

INDICE

Introduzione

I. Il regime internazionale di protezione dei rifugiati.

- 1. La Convenzione di Ginevra del '51 e il Protocollo aggiuntivo.
 - 1.1 Le origini della Convenzione
 - 1.2 La Convenzione di Ginevra: condizioni per l'attribuzione dello *status* di rifugiato
 - 1.3 Principi fondamentali : il principio di *non refoulement*
 - 1.4 segue.. le clausole di eccezione
 - 1.5 Forme di controllo e repressione previste nella Convenzione e nel sistema Nazioni Unite

II. L'Alto Commissariato per i rifugiati

- 1. Le origini e il mandato dell'Alto Commissariato
 - 1.1 Gli organi
 - 1.2 L'accordo tra Governo italiano e UNHCR
- 2. Le persone di competenza dell'UNHCR
- 3. Il finanziamento
- 4. L'attività dell'Alto Commissariato
 - 4.1 L'ampliamento del mandato
 - 4.2 Gli obiettivi dell'UNHCR
 - 4.3 Prassi dell'UNHCR in materia di "*gender-based persecutions*"

III. La normativa dell'Unione europea in materia d'asilo

- 1. L'evoluzione delle norme comunitarie in materia
 - 1.1 Il periodo della cooperazione intergovernativa: dall'Accordo di Schengen al Trattato di Maastricht
 - 1.2 Il Trattato di Amsterdam e la "comunitarizzazione del Terzo Pilastro"
- 2. La politica comune degli Stati in materia di asilo
 - 2.1 Le direttive adottate

2.2 La comunitarizzazione della Convenzione di Dublino e il sistema Eurodac

2.3 La seconda fase del regime comune in materia d'asilo

2.4 Il Fondo europeo per i rifugiati

- 3. La dimensione esterna dell'asilo

3.1 La dimensione esterna dell'asilo nella fase di pre-adesione e nel processo negoziale

3.2 L' "Approccio Globale" in materia di migrazione e asilo

3.3 L' Agenzia Frontex per il controllo delle frontiere esterne.

- 4. Valutazioni conclusive: diritto d'asilo o diritto a chiedere asilo?

IV. La prospettiva nazionale

I- LE FONTI

- 1 Il diritto d'asilo nella Costituzione italiana

1.1 Il diritto d'asilo nel dibattito svoltosi nell'Assemblea Costituente

1.1.2 L'esercizio delle libertà democratiche

1.1.3 La riserva di legge

1.1.4 Il quadro legislativo di attuazione della Convenzione del '51, la sovrapposizione di asilo e rifugio

1.2 Il diritto d'asilo come diritto soggettivo perfetto all'ingresso e al soggiorno

1.3 Diritti e doveri dei rifugiati nella legislazione italiana

- 2. Evoluzione normativa in materia di asilo e immigrazione: dalla legge Martelli alla Bossi Fini

2.1 La L.39 del 1990

2.2 Le condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato

2.3 La Commissione Nazionale per il diritto d'asilo e le commissioni territoriali

2.4 I rimedi contro il diniego della domanda di asilo e la questione della sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di allontanamento in caso di impugnazione.

2.5 Il trattenimento del richiedente asilo : profili costituzionali

- 3. Principali novità introdotte alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale a seguito del recepimento della normativa comunitaria

3.1 L'effetto sospensivo del ricorso giurisdizionale

3.2 La libertà di circolazione

- 4. Recente prassi italiana in materia di rifugiati:
 - 4.1 Trattato di Bengasi tra Italia e Libia la situazione dei rifugiati in Italia.
 - 4.2 Rapporti Italia-Malta: la contesa diplomatica nel caso della nave Pinar.
- 5. Il problema migratorio tra disciplina nazionale e comunitaria.

Homo Homini Bono

Chi non il potere di proteggere qualcuno, non ha neanche il diritto di prendere da lui l'obbedienza.

E al contrario: chi cerca protezione e l'accetta, non ha il diritto di negare l'obbedienza.

Carl Schmitt, *Dialogo sul potere*

Nella filosofia di Hannah Arendt, il diritto di asilo, dall'illuminismo in avanti, si è configurato come il simbolo dei diritti umani, come rappresentativo di una visione democratica dello Stato, come espressione di tolleranza e rispetto: come "il diritto ad avere diritti" (*right to have rights*). Tale diritto costituisce la condizione di attuabilità per l'esercizio di altri diritti e libertà che di norma, per i cittadini di uno Stato democratico discendono dallo *status civitatis*, cioè dal diritto di cittadinanza. Tuttavia, per gli individui privati del diritto di cittadinanza, il diritto ad avere diritti non può coincidere con il diritto di cittadinanza. Pertanto, l'unica possibilità di ottenere uno *status* giuridico è quella di ottenere l'asilo politico da uno stato ospitante.

Tuttavia, dopo essere stato una sorta di emblema dei diritti umani questo istituto giuridico è entrato in crisi all'indomani del Secondo conflitto mondiale dimostrando la propria inadeguatezza al trovare soluzione per esodi di massa sempre più imponenti. E' però proprio in quegli anni che viene pensato il contesto normativo internazionale con l'adozione della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati e la creazione della relativa organizzazione internazionale, l'Alto Commissariato per i Rifugiati, il cui mandato iniziale fu quello di vigilare sull'attuazione della Convenzione. Negli anni della Società delle Nazioni furono fatti dei tentativi per la tutela di alcune categorie di rifugiati, come gli ebrei tedeschi, gli armeni poiché questa tematica è sempre esistita. Tuttavia, mancava un regime complessivo, condiviso e vincolante in materia.

Così, gli anni successivi al secondo conflitto mondiale furono molto importanti per la definizione normativa della disciplina. Gli orrori perpetrati durante la guerra segnarono le coscienze dei molti che avevano beneficiato dell'istituto dell'asilo, diventando rifugiati politici, per i quali il riconoscimento internazionale di tale diritto costituì una priorità politica e umana fondamentale. Così la Convenzione di Ginevra all'art.1 A fissò le condizioni per la definizione di rifugiato, considerato come colui 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, che si trova al di fuori del paese di cui è cittadino e non può o non vuole avvalersi della protezione di questo paese: oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori dal paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra.*"

Il riconoscimento di tale *status* sembrava dovesse interessare *prima facie* un numero molto ristretto di individui. In realtà, il carattere di crescente complessità dei conflitti globali ha

esteso la portata di applicazione di tale disciplina. Pertanto, i singoli Stati europei dopo essersi singolarmente adeguati agli *standards* internazionali posti dalla Convenzione di Ginevra e dal relativo Protocollo del 1967, si sono resi conto della necessità di adottare una disciplina comune. La lenta evoluzione comunitaria in materia, messa in luce nel terzo capitolo dell'elaborato, ha seguito le mutazioni delle istituzioni comunitarie. Pertanto, da mera forma di cooperazione intergovernativa inserita dal Trattato di Maastricht con un nuovo Titolo IV, venne infine comunitarizzata dal Trattato di Amsterdam, finalizzato alla progressiva instaurazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia comune", considerando così le materie dell'asilo e dell'immigrazione come oggetto di una politica comune dell'Unione. Dal 1° maggio 1999, le norme del c.d. Terzo Pilastro -gli Accordi di Schengen e le modifiche apportate da Maastricht- sono state quindi "comunitarizzate" incorporate quindi nel Primo Pilastro dell'Unione Europea. La disciplina positiva in tema di diritto d'asilo è prevista principalmente nel Trattato sulla Comunità Europea (TCE) in cui, con il Trattato di Amsterdam è stato inserito il Titolo IV "*Visto, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone.*"

In questo settore la Comunità ha adottato una serie di atti volti a uniformare il sistema di tutela previsto per i richiedenti asilo e i rifugiati. Tali atti sono stati recepiti dai singoli ordinamenti adottando le *c.d.* norme minime previste dall'Unione.

L'Italia ha integrato questi atti di fonte comunitaria all'interno del proprio ordinamento. Nel nostro ordinamento, la materia dell'asilo non ha avuto un *iter* uniforme. Nonostante il diritto d'asilo sia sancito a livello costituzionale, in Italia non vi è tuttora una norma organica sul diritto d'asilo. Nel quarto capitolo relativo alla disciplina in materia è posto in rilievo l'evoluzione normativa italiana, dalla legge Martelli ai recenti adeguamenti richiesti dall'Unione Europea, la cui analisi dimostra un carattere frammentario e carente di organicità. A seguito dell'analisi normativa verrà riportata la prassi italiana in materia. Di particolare importanza per i nostri fini sarà l'analisi di due casi molto importanti: quello libico e quello maltese.

Infine nell'ultimo capitolo, verrà preso in considerazione l'ampliamento delle forme di tutela. Nuove tendenze globali, come evidenziate dall'Alto Commissario per i rifugiati Antonio Guterres, in combinazione con la recessione economica globale stanno rendendo più profonde le crisi nei paesi d'origine dei richiedenti asilo. La crescita della popolazione, l'urbanizzazione, il riscaldamento globale, la scarsità di cibo sono fattori che inducono le popolazioni a migrare. Ed è proprio nelle zone più toccate da questi elementi di crisi che si

trovano i due terzi dei rifugiati del mondo e i tre quarti dei 14 milioni di sfollati. Sono questi cambiamenti che portano ad un conseguente ampliamento dell'accesso alla protezione internazionale. Nuovi *status* giuridici come l'istituzione della protezione sussidiaria, i diritti connessi agli sfollati, i *c.d displaced people*, fino addirittura a quelli che sono stati definiti i "rifugiati ambientali".

Allora, di fronte al cambiamento dello scenario internazionale come si pone la Convenzione di Ginevra, può ancora essere considerato uno strumento adeguato per rispondere a queste nuove sfide? Queste ultime riflessioni verranno analizzate nell'ultimo capitolo

I. Il quadro giuridico del regime internazionale di protezione dei rifugiati

- *1. La Convenzione di Ginevra del 1951 e il Protocollo di New York del 1967*

1.1 Le origini della Convenzione

I primi tentativi di instaurare un regime per la protezione internazionale dei rifugiati si ebbero negli anni immediatamente successivi alla Prima Guerra Mondiale. Tra il 1917 e il

1926 quasi due milioni di persone tra Russi e Armeni furono costretti ad abbandonare le proprie terre e si trovarono al di fuori degli Stati di cui avevano la nazionalità, non potendo beneficiare dei diritti connessi allo *status* di cittadino.

Considerato il profilo umanitario di questo nuovo fenomeno e la necessità di garantire una tutela a circa due milioni¹ di persone che si trovarono a vivere al di fuori del loro paese, senza alcun diritto riconosciuto, il Presidente del Comitato Internazionale della Croce Rossa, Gustav Ador sollecitò un intervento da parte della Società delle Nazioni.

Nel 1922 il Primo Alto Commissario della Società delle Nazioni per i Rifugiati, il diplomatico norvegese Fridtjof Nansen², negoziò i primi accordi che suddividevano i rifugiati in categorie, determinate in base allo Stato di provenienza. I primi Accordi in tal senso riguardavano la popolazione russa identificandola come persone di origine russa che non godevano più della protezione del loro paese d'origine e che non avevano acquisito nessun'altra nazionalità.

Tuttavia, data l'ampiezza della definizione di rifugiato adottata, emersero fin da subito delle criticità in materia di identificazione. Così, come già capito dall'Alto Commissario della Società delle Nazioni per i Rifugiati, *“the characteristic and essential feature of the problem was that persons classed as “refugees” have no regular nationality and are therefore deprived of the normal protection accorded to the regular citizens of the State”*.³

Nansen, cercò di risolvere questo problema inserendo sia nel primo accordo che nel secondo, concluso nel 1924 per i rifugiati armeni, delle clausole relative ai documenti d'identità e di viaggio. Venne così rilasciato un documento, chiamato certificato di identità, a cui ci si riferisce come *“passaporto Nansen”*, che avrebbe dovuto ricostruire l'identità di queste persone che sarebbero state poi integrate nella società che li avrebbero riconosciuti. I primi a beneficiarne furono gli armeni e i russi grazie agli Accordi sottoscritti.

Venne creato un sistema in cui i rappresentanti dell'Alto Commissariato erano autorizzati a svolgere delle azioni che rientravano nelle classiche prerogative statuali, come l'identificazione dei cittadini.

¹ In quegli anni il primo grande gruppo di persone (1.500.000 profughi) che viveva al di fuori del proprio paese era costituito dai russi che avevano appartenuto all'esercito zarista e fuggivano dalla Rivoluzione Bolscevica.

² Nansen con l'attività dell'Alto Commissariato ottenne nel 1922 il Nobel per la pace.

³ “Report of the Secretary General on the Future organisation of refugee work” LN Doc 1930 XIII.2 in: Hathaway James C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, New York, 2005

In quegli anni il rifugiato era considerato una vera e propria “anomalia nel diritto internazionale”.⁴ Egli non beneficiava né della condizione di reciprocità⁵ che caratterizza il rapporto tra Stati in merito alla questione degli stranieri, e né godeva della protezione del proprio Stato d’origine. Gli era dunque preclusa la facoltà di beneficiare della protezione diplomatica, ultimo strumento per la protezione degli stranieri. Era chiaro che qualora non fossero stati sottoscritti degli accordi bilaterali tra Stati, la condizione giuridica del rifugiato non sarebbe stata tutelata.

Nei primi strumenti internazionali adottati nel quadro della Società delle Nazioni i motivi che spingevano le popolazioni a migrare erano irrilevanti. Si faceva riferimento unicamente alla mancanza di protezione da parte dello Stato d’origine con il quale erano negoziati, caso per caso, degli accordi a tutela di determinate categorie di persone.

Questi primi sforzi di inquadramento giuridico non attribuivano vere e proprie responsabilità agli Stati se non blande forme di cooperazione con l’allora Alto Commissariato per i rifugiati. Ciononostante, la problematica degli spostamenti forzati di popolazioni non accennava a diminuire e così la Commissione intergovernativa della Società delle Nazioni adottò nel 1933⁶ una *Convenzione relativa allo status dei rifugiati* che costituì il primo esempio di trattato vincolante in materia di diritti umani⁷. Molti dei diritti elencati nella Convenzione riprendevano quelli previsti dagli Accordi del 1928⁸. Venne tuttavia inserito per la prima volta l’obbligo a carico degli Stati di *non refoulement* e in virtù del principio di parità di trattamento e non discriminazione, i rifugiati beneficiavano dei diritti al medesimo titolo dei cittadini.

Questa ambiziosa Convenzione non ebbe molto seguito tra gli Stati, e fu così che anche il successivo “*Accordo Provvisorio sui rifugiati provenienti dalla Germania (1936)*”⁹ non fece molti passi avanti in termini di diritti riconosciuti. L’Accordo si limitava a vincolare gli Stati al divieto di *refoulement*, a riconoscere lo *status* di rifugiato e a garantirne l’accesso alla giustizia. Il testo del 1936 oltre ad indicare il requisito della mancanza di

⁴ Comunicazione tra International Refugee Office e Consiglio Economico e Sociale, UN DOC. E/1392, July 11, 1949, at App.1

⁵ Qualora, secondo la normativa nazionale, la concessione del diritto ad uno straniero sia soggetta alla concessione di un trattamento analogo da parte del paese di nazionalità dello straniero. La nozione di reciprocità non si applica ai rifugiati poiché essi non godono della protezione del paese d’origine.

⁶ Adottata il 28 ottobre 1933 ed entrata in vigore il 13 giugno 1935. La Convenzione fu ratificata da soli otto Stati.

⁷ Vi il precedente della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio del 9 dicembre 1948, entrata in vigore il 12 gennaio 1951.

⁸ Accordi del 30 giugno 1928 relativo ai rifugiati assiri o assiro-caldei e assimilati di origine siriana o curda e rifugiati turchi

⁹ L’Accordo sui rifugiati provenienti dalla Germania fu adottato il 14 luglio 1936 solo sette vi aderirono.

protezione da parte del proprio governo introduceva una condizione aggiuntiva: la persecuzione politica. Restringeva ulteriormente il campo escludendo dallo *status* di rifugiato coloro che si erano spostati per motivi di convenienza personale. L'accordo provvisorio del 1936 venne esteso l'anno successivo anche ai rifugiati austriaci e trasformato nel 1938 in una Convenzione.

Questa evoluzione normativa dimostra come gli Stati siano passati dal considerare i rifugiati alla stregua di qualsiasi altro straniero, alla volontà di istituire un regime particolare, rivolto esclusivamente ai rifugiati. Questo ambizioso traguardo sarà raggiunto solo con la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* del 1951.

1.1.2 Lavori preparatori e nascita della Convenzione

Nel 1946 vi fu il primo tentativo di creare un'organizzazione internazionale specializzata nella tutela dei rifugiati, l'International Refugee Office (IRO), la cui attività fu tuttavia alquanto breve. L'IRO riuscì a concludere un accordo di mandato solo con Francia, Belgio, Italia e Lussemburgo, con tutti gli altri Stati doveva agire mediante richieste di autorizzazione per intervenire in specifiche situazioni. L'organizzazione si occupava prevalentemente di rimpatrio per coloro che si trovavano fuori dal proprio paese all'indomani del Secondo Conflitto Mondiale. Tra il 1947 e il 1951 l'IRO rimpatriò più di un milione di persone nelle Americhe, in Israele, in Sud Africa e in Oceania. L'organizzazione cessò la propria attività nel 1951 per motivi in parte finanziari e in parte fu vittima delle dinamiche di Guerra Fredda che si manifestarono all'interno della Comunità internazionale.

Nella fase finale di attività dell'IRO fu richiesto al Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) di cominciare a studiare la possibilità di creare una nuova organizzazione che si occupasse dei rifugiati e nel contempo di elaborare un nuovo strumento giuridico internazionale in materia. Il Comitato degli esperti approvò un testo che in larga misura considerava ancora il sistema delle categorie. La nuova Convenzione avrebbe dovuto coprire coloro i quali fossero già riconosciuti come rifugiati, le vittime dei regimi nazisti e fascisti fino ad una piccola definizione riservata a coloro che sarebbero diventati rifugiati in futuro.

Su questa questione dei "neo-rifugiati" ci furono forti discussioni. Gli Stati Uniti, da parte loro, erano favorevoli al mantenimento di un sistema organizzato per categorie per evitare

un'eccessiva perdita di controllo degli Stati in materia rinviando ad accordi successivi la questione dei "neo-rifugiati".

Francesi ed inglesi premevano per una definizione più larga e generosa, che si rifacesse alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Su proposta inglese si guardò al rifugiato in quanto persona, non avente protezione dal proprio Stato d'origine e con un fondato timore di persecuzione per motivi politici e religiosi.

Le discussioni furono portate avanti durante la Conferenza dei Plenipotenziari convocata nel luglio (dal 2 al 25) 1951 per ottenere un massimo numero di adesioni. Si volevano così evitare gli errori commessi in passato, garantendo il più ampio consenso sul testo della Convenzione, senza limitarsi ad un comitato di esperti, seppure rappresentanti governativi.

Il 28 luglio 1951 la Conferenza approvò il testo con ventiquattro voti a favore e due astensioni¹⁰. Nel luglio 1951, la *Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati* fu aperta alla firma ed entrò in vigore il 22 aprile 1954¹¹.

1.2 La Convenzione di Ginevra

La Convenzione delle Nazioni Unite viene spesso definita la Magna Charta dei rifugiati. In effetti, la Convenzione rappresenta un tentativo, unico nella storia della normativa internazionale relativa ai rifugiati, di stabilire un codice dei diritti dei rifugiati che copra tutti gli aspetti fondamentali della vita e garantisca ai rifugiati, come minimo, un trattamento simile a quello di stranieri che non godono di particolari privilegi.

La Convenzione è suddivisa in 7 capitoli per un totale di 46 articoli, completata da un *Allegato* di 16 paragrafi relativo alle modalità di rilascio, rinnovo, proroga di validità del Documento di viaggio per i rifugiati (*Convention Travel Document*).

L'art. 33 sul divieto di *refoulement* al pari dell'art.1 (sulla definizione di rifugiato), l'art.3 (non discriminazione), l'art.4 (sulla libertà di religione) e l'art.16 (sul libero accesso ai

¹⁰ Gli Stati partecipanti erano: 17 europei (Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Principato di Monaco, Repubblica Federale di Germania, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, Santa Sede, Svezia, Svizzera, Turchia e Jugoslavia) 5 americani (Brasile, Canada, Colombia, Stati Uniti, Venezuela), 2 asiatici (Israele e Iraq), 1 africano (Egitto) e 1 dell'Oceania (Australia). Le due astensioni furono dell'Iraq e degli Stati Uniti.

¹¹ Sono attualmente 146 gli Stati che hanno aderito ad uno o ambedue degli strumenti normativi dell'ONU fonte www.unhcr.it

tribunali) sono disposizioni fondamentali¹² della Convenzione che non possono essere oggetto di riserve.

Per completare la descrizione del testo della Convenzione, si aggiunge un *Preambolo* di 6 paragrafi i quali fanno riferimento *inter alia* alla necessità di “*rivedere e codificare gli accordi internazionali precedenti relativi allo status di rifugiato ed estendere l’applicazione di questi strumenti e la protezione da essi garantita a mezzo di un nuovo Accordo*” ed integrato da un Atto proprio della Conferenza dei plenipotenziari delle Nazioni Unite denominato “*Atto finale*”, in 4 parti, di cui l’ultima recante una serie di raccomandazioni ai Governi in materia di :

- a) documenti di viaggio per i rifugiati
- b) unità familiare
- c) cooperazione tra organizzazioni intergovernative e organizzazioni non governative qualificate
- d) solidarietà internazionale ai fini dell’asilo e delle possibilità di risistemazione
- e) estensione del trattamento previsto dalla Convenzione .

La Convenzione di Ginevra ha lo scopo di fornire un minimo *standard* di trattamento per i rifugiati nei loro paesi d’asilo e costituisce grazie alle interpretazioni sempre più estensive adottate dagli Stati firmatari, lo strumento fondamentale di tutela di diritti fondamentali dell’uomo di colui che:

(...)a seguito di avvenimenti verificatesi anteriormente al 1° gennaio 1951, temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le suo opinioni politiche, che si trova al di fuori del paese di cui è cittadino e non può o non vuole avvalersi della protezione di questo paese: oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori dal paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra...(Art.1.A)

Alla sezione b del medesimo articolo si specifica che:

“ai fini della presente Convenzione, le parole “avvenimenti verificatesi anteriormente al 1° gennaio 1951 di cui all’articolo 1 sez. a potranno essere interpretate al senso di :

¹² Anche gli artt. da 34 a 46 incluso non possono essere oggetto di riserva, ma si tratta di articoli riguardanti aspetti “tecnici” della Convenzione (firma, ratifica, adesione, entrata in vigore, denuncia, revisione, regolamento delle controversie).

a) "avvenimenti verificatesi anteriormente al 1° gennaio 1951 in Europa

b) "avvenimenti verificatesi anteriormente al 1° gennaio 1951 in Europa o altrove ciascuno Stato contraente, all'atto della firma della ratifica o dell'adesione, preciserà con una dichiarazione la portata che intende riconoscere a questa espressione dal punto di vista degli obblighi da esso assunti in virtù della presente Convenzione.

Sono pertanto due i limiti previsti dalla Convenzione per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Il primo di carattere geografico ed il secondo di carattere temporale. Da queste limitazioni si capisce come le intenzioni dei redattori della Convenzione fossero di porre in essere uno strumento temporaneo: la Convenzione non aveva quindi il fine di creare uno strumento permanente per la tutela dei rifugiati e né di fornire una definizione astratta di persecuzione, ma quello di intervenire in un particolare momento storico per porre rimedio alla mancanza di protezione internazionale e tutela giuridica in capo a soggetti coinvolti negli eventi di quegli anni. In questo senso la Convenzione si inseriva nel solco degli Accordi sopra citati sottoscritti sotto l'egida della Società delle Nazioni.

Solo con la sottoscrizione del Protocollo di New York del 1967¹³ la Convenzione divenne finalmente uno strumento universale. Venne abolita la limitazione temporale della Convenzione, impegnando gli Stati contraenti anche per gli eventi futuri che sarebbero rientrati nella fattispecie prevista dalla Convenzione stessa. Per quel che concerne la limitazione geografica¹⁴, è evidente che come più volte richiamato, la Convenzione rispecchiava il contesto in cui fu sottoscritta : escludeva dallo status coloro che non fuggivano dai regimi socialisti dell'Europa dell'est. Tale limitazione cadde definitivamente dopo il 1989 quando i paesi dell'Europa dell'est presero parte alla Convenzione.

1.2.1 Requisiti per il riconoscimento dello status

¹³ Il Protocollo, firmato a New York il 31.1.1967, entrato in vigore il 4.10.1967 al sesto strumento di ratifica, fa seguito alla Risoluzione n. 2198 dell'1.12.1966 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e costituisce un Accordo nuovo ed autonomo per gli stati che non avevano aderito alla Convenzione del 1951 non prevedendo alcuna riserva geografica. Per gli Stati che facevano parte della Convenzione ne modifica il contenuto (salvo la riserva geografica per chi l'aveva adottata), eliminando la riserva temporale. (d'ora in poi il Protocollo) Nascimbene B. (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004.

¹⁴ Oggi tale riserva è mantenuta dal Congo, dalla Turchia, Malta, Madagascar e da Monaco (questi due ultimi insieme alla Namibia e St. Kitts e Nevis hanno mantenuto la riserva temporale). In virtù dell'Art. I (3) possono essere mantenute in vigore solo le riserve fatte prima dell'entrata in vigore del Protocollo.

La Convenzione non indica alcuna procedura da seguire per la determinazione dello *status* di rifugiato, lasciando ai Governi dei Paesi membri il compito di stabilire le procedure ritenute più opportune. Il riconoscimento dello *status* di rifugiato è tuttavia legato al ricorrere di una serie di condizioni la cui verifica nel caso concreto viene detta eleggibilità.

1) La prima delle tre clausole d'inclusione prevede il "fondato timore di persecuzione". Tuttavia, in alcun modo viene specificato quali situazioni possano essere ricondotte a tali fattispecie né viene fornita un' esemplificazione. Saranno pertanto i singoli Stati a definire quali comportamenti messi in atto da un'autorità statale costituiranno un "reale timore di persecuzione". Vi sono quindi due componenti: un elemento oggettivo e un elemento soggettivo. Un ruolo centrale nella valutazione della posizione dell'interessato è assunto dall'esame delle sue dichiarazioni. Oltre alla soggettività vi è la fondatezza del timore. Alcuni criteri di obiettività presi in considerazione possono essere l'intollerabilità della vita nel paese d'origine, la verifica della sorte subita da parenti, amici o appartenenti allo stesso gruppo razziale e sociale. Per quel che riguarda il termine "persecuzione", se la Convenzione non dice nulla a riguardo alcuni elementi sono tuttavia desumibili dall'Art.33.1 secondo cui gli Stati contraenti non potranno espellere o respingere un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita e la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità. Oggi, secondo un'interpretazione che prende in considerazione altri strumenti internazionali per la tutela dei diritti umani, si ritiene che costituisca una persecuzione "*la privazione intenzionale e grave di diritti fondamentali della persona per le stesse ragioni di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad una determinata categoria sociale, opinioni politiche.*"¹⁵

E' utile notare che da queste accezioni di persecuzione vengono esclusi coloro che fuggano dal loro paese, individualmente o in casi di esodi di massa, a seguito di eventi che ne possano mettere astrattamente a rischio la vita ma che non siano riconducibili a vere e proprie persecuzioni individuali. Sono quindi esclusi dalla Convenzione i cosiddetti "*displaced people*" o sfollati che trovano tutela in altri strumenti internazionale. Tuttavia, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) ritiene che le persone che fuggono da situazioni di conflitto in cui lo Stato sia "*unwilling*" o "*unable*" di proteggerli, possono a certe condizioni ricadere nella protezione prevista dalla Convenzione.¹⁶

¹⁵ Paolo Benvenuti in Pineschi L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, 2006

¹⁶ Executive Committee, Conclusion No. (XLIII) 1992, Pineschi (*op.cit.*)

2) Il secondo elemento di inclusione è costituito dall'allontanamento dal paese d'origine. Gli Stati sono tenuti a ritenere ammissibile la domanda di asilo presentata dalla persona che ha fatto ingresso nel territorio dello Stato nel quale ha motivo di ritenersi sicuro oppure dalla persona che si trova in uno Stato estero. Il diritto di chi si trovi nel territorio di uno Stato estero risulta rafforzato dall'Art.31 della Convenzione che prende in considerazione i richiedenti asilo in situazione irregolare nel paese d'accoglimento:

Gli Stati contraenti non prenderanno sanzioni penali a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell'art1, per quanto si presentino senza indugio alle autorità e giustifichino con motivi validi la loro entrata e il loro soggiorno irregolari. (Art. 31.1)

Tale disposizione ha assunto grande importanza data il frequente ricorso da parte degli Stati a legislazioni restrittive sull'immigrazione e l'asilo.

Inoltre, non deve sussistere nessuna discriminazione tra colui che si trova a contatto con le autorità statali in frontiera rispetto a coloro che sono riusciti ad entrare nel territorio dello Stato, anche se illegalmente.

Pertanto è obbligo dello Stato ammettere alla valutazione di eleggibilità le domande di asilo di coloro che si presentino in frontiera e si pongano in contatto con l'autorità dello Stato, anche se non sono in possesso di documenti idonei all'ingresso regolare.

3) Il terzo elemento di inclusione è costituito dall'assenza di protezione dello stato d'origine. Nel considerare se un richiedente asilo abbia accesso alla protezione nel suo paese di origine, gli Stati membri non dovrebbero negare automaticamente la protezione in base al fatto che un'organizzazione¹⁷ è presente sul territorio, ma verificare se la singola persona abbia accesso ad una protezione effettiva.

1.2.2 La definizione di rifugiato nei due strumenti regionali di protezione

Per meglio capire la portata della definizione di rifugiato è utile richiamare due strumenti di tutela dei rifugiati utilizzati in Africa ed in Sud America.

¹⁷ Per esempio un partito politico.

La Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA)¹⁸ ha introdotto una nozione di rifugiato ben più ampia rispetto a quella contenuta nella Convenzione di Ginevra. All'art.1 si considera infatti rifugiato non solo colui che abbia un fondato timore di persecuzione, ma anche colui che sia costretto a fuggire da una guerra e generalmente da eventi che abbiano pregiudicato in maniera seria l'ordine pubblico in parte o nell'intero paese. L'articolo 1.(2) considera le seguenti cause ai fini dell'attribuzione dello status di rifugiato:

“un’aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell’ordine pubblico in tutto o in una parte del paese d’origine o di cittadinanza”.

Nella identificazione di queste categorie vi sono degli elementi che rispecchiano il contesto internazionale dell'epoca in cui era presente una certa conflittualità ideologica tra Paesi in via di sviluppo e Paesi occidentali che sfociò nella Dichiarazione del '74¹⁹ sul nuovo ordine economico internazionale. L'Africa era anche il teatro della Guerra Fredda che si traduceva in conflitti interetnici che diedero luogo a vasti movimenti di popolazione.

La conseguenza di questo allargamento della definizione di rifugiato determina un processo di accertamento dello *status* che risulta essere completamente diverso. Laddove la Convenzione risulta essere applicata su base strettamente individuale, la Convenzione dell'OUA prende in considerazione condizioni di affluenza di massa. Considerate quindi certe circostanze nel Paese d'origine, si ritiene che tutti coloro che siano venuti da detto paese siano rifugiati, fino a quando non si provi che alcuni di essi non lo sono.

Tuttavia, dato il carattere di complementarità della Convenzione, le persone che ricadono nel comma 2 dell'art. 1 non sono estranee alla definizione della Convenzione del 1951 ripresa nel primo comma, ciò che spesso determina una sovrapposizione di *status*. Ciononostante, la Convenzione del 1969 dell'OUA deve essere considerata come una Convenzione che integra e quindi estende la nozione di rifugiato, in un contesto di piena compatibilità con la definizione del '51. La Convenzione OUA rimane quindi uno strumento regionale spesso richiamato poiché è l'unico strumento regionale vincolante che estende la nozione di rifugiato.

¹⁸ Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in africa, dell'Organizzazione dell'Unità Africana adottata ad Addis Abeba il 10 settembre 1969 ed entrata in vigore il 20 giugno 1974.

¹⁹ L'Assemblea Generale costituiva il foro privilegiato per avanzare proposte di riforme del sistema internazionale. Nel 1974, con la risoluzione dell'Assemblea Generale n.3201 adottata per *consensus* il 1° maggio 1974, insieme alla risoluzione n.3202 fu instaurato il Nuovo Ordine Economico Internazionale.

Altro riferimento regionale è la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati adottata in America Latina nel 1984. Tuttavia, contrariamente alla Convenzione Africana, questa Dichiarazione è stata adottata come atto finale di un colloquio a cui hanno partecipato delegati governativi ed eminenti giuristi latino-americani di dieci Paesi sud-americani riuniti a Cartagena, in Colombia, per discutere la protezione internazionale dei rifugiati nella regione. Seppur non vincolanti giuridicamente, le disposizioni della Dichiarazione di Cartagena sono state incorporate nella legislazioni di numerosi Stati dell'America Latina. Queste norme hanno tuttavia prodotto delle importanti innovazioni estendendo il concetto di rifugiato rispetto alla Convenzione del 1951. Anche in questo caso è importante il riferimento al contesto storico: l'America Latina in quegli anni era soggetta a esodi di massa di popolazione e vi erano enormi flussi di rifugiati.

La definizione di rifugiato proposta è di natura addizionale rispetto a quella della Convenzione, infatti la Dichiarazione raccomanda che essa debba comprendere, oltre alla definizione di rifugiato prevista nella Convenzione del 1951, anche le persone che hanno abbandonato il loro paese a causa del fatto che le loro vite, la loro salvezza o la loro libertà, sono state minacciate.

In generale, la definizione fa riferimento ai casi di minacce alla vita, alla sopravvivenza e alla libertà di una persona ovvero nel caso in cui vi siano state violenze generalizzate, aggressioni esterne, conflitti interni, violazioni massicce dei diritti umani, o altre circostanze che hanno seriamente compromesso l'ordine pubblico. Si tratta quindi di una definizione estremamente ampia che comprende una serie di ipotesi diverse, e più estese rispetto alla definizione tradizionale a carattere soggettivo e individualistico.

1.2.3 Diritti e doveri dei rifugiati

La Convenzione del '51 disciplina diritti e doveri dei rifugiati ai capi II (relativo alla condizione giuridica), III (sull'attività lucrativa), IV (sul benessere sociale) e V (riguardante i provvedimenti amministrativi). Fermo restando l'obbligo generale di ogni rifugiato di conformarsi alle leggi e ai regolamenti del paese in cui risiede così come al rispetto delle misure per il mantenimento dell'ordine pubblico (art.2), vi sono una serie di diritti che devono essere riconosciuti in capo all'individuo rifugiato.

Nella Convenzione possono essere individuati diversi *standard* di trattamento che variano dalla posizione meno favorevole del rifugiato in quanto straniero a quella più favorevole che sancisce il principio di parità di trattamento tra rifugiati e cittadini dello Stato di asilo.

L'art.7 sull'esenzione della condizione di reciprocità stabilisce che *“ciascuno Stato Contraente deve concedere ai rifugiati il trattamento concesso agli stranieri in generale”* evidenziando così un *“livello minimo di protezione”* che deve essere sempre garantito. Al secondo paragrafo viene chiarito che dopo un soggiorno di tre anni tutti i rifugiati devono fruire dell'esenzione della condizione di reciprocità. Infatti, la Convenzione assimila lo *status* dei rifugiati a quello dei cittadini del paese d'asilo in una serie di settori importanti quali:

- la pratica del culto e l'educazione religiosa (art.4),
- l'istruzione elementare e secondaria pubblica (art.22),
- l'assistenza pubblica (art.23), la previdenza sociale(art.24), e il diritto al lavoro (artt.17 par.3)
- l'accesso alle corti di giustizia (art.16 al quale non sono ammesse riserve)
- proprietà intellettuale (art.14)
- l'assistenza legale

Per ciò che concerne in particolare l'attività lucrativa, alla quale sarà dedicata ulteriore attenzione nel capitolo terzo, è utile sottolineare che l'esercizio di un'attività professionale dipendente deve essere subordinata al trattamento più favorevole, concesso nelle stesse circostanze ai cittadini di uno Stato estero. Medesimo trattamento deve essere garantito a coloro che svolgono regolarmente, sul territorio dello Stato ospite, professioni indipendenti e liberali. E' specificato all'art.18 che per ciò che riguardano le professioni liberali deve essere riconosciuto il trattamento *“più favorevole possibile e in ogni caso un trattamento non meno favorevole di quello concesso, nelle stesse circostanze, agli stranieri in generale”*. Altri diritti ,oltre l'esercizio di attività lucrative, sono sottoposti al regime del *“trattamento più favorevole”*, in particolare il diritto alla proprietà mobiliare e immobiliare (art.13), il diritto di associazione (art.15) e il diritto all'alloggio (art.21).

1.3 Principi fondamentali : il principio di non refoulement.

E' comunemente riconosciuto nel diritto internazionale che gli Stati non incontrino obblighi nell'ammissione di stranieri nel proprio territorio. Né la Convenzione di Ginevra, né il successivo Protocollo hanno come oggetto il diritto d'asilo ma il solo regime giuridico

applicabile a coloro che hanno ottenuto lo *status* di rifugiato. Alla definizione di rifugiato non segue quindi l'attribuzione di un diritto soggettivo all'asilo territoriale, né un preciso obbligo da parte dello Stato di adottare provvedimenti di asilo. Va peraltro evidenziato che *“la Convenzione non accorda espressamente ai rifugiati un diritto d'asilo, rispettando in ciò la piena sovranità dello Stato nel decidere a chi accordare rifugio e protezione”*²⁰. Tra la nozione di rifugiato e l'asilo esiste sicuramente una correlazione, ma è opinione diffusa in dottrina, che le due posizioni giuridiche non vadano confuse a livello internazionale: *“è bene evidenziare che se è possibile godere dell'asilo senza beneficiare della status giuridico di rifugiato, a contrario nessuna disposizione convenzionale prevede che il riconoscimento dello status di rifugiato comporti un obbligo da parte di uno Stato di accordare l'asilo. La stessa Convenzione di Ginevra, che costituisce il testo fondamentale in materia di protezione dei rifugiati, non fa che un generico riferimento al diritto d'asilo”*²¹.

Tuttavia, ad avviso di alcuni autori²², un limitato diritto di asilo, consistente più nel non essere allontanato piuttosto che un diritto alla protezione, deriva indirettamente all'art.33, par.1 della Convenzione, che sancisce il principio di *non refoulement*. L'articolo prevede che:

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. (Art 33.1).

Il principio di *non-refoulement*, così sancito nella Convenzione era già presente nell'art. 3 della cosiddetta Convenzione Nansen del 1933 e nell'art. 5 della Convenzione del 1938 relativa ai rifugiati della Germania. Questo obbligo di *non-refoulement* si differenzia dal diritto di ottenere asilo per almeno due motivi²³. In primo luogo perché l'art. 33 vieta unicamente le misure che metterebbero a rischio la vita del rifugiato stesso, non costituisce un obbligo positivo di accettazione del rifugiato. Quindi, gli Stati possono negare l'accesso

²⁰ Nascimbene B., Il futuro della politica europea d'asilo, in ISPI, Working Paper, giugno 2008.

²¹ Mafrolla E.M., Evoluzione del regime internazionale in materia di asilo, p.536, in Palermo P., *Il diritto di asilo nello spazio europeo: tra rifugio, asilo comunitario e convenzione europea dei diritti umani*, in Forum di quaderni costituzionali, 22 luglio 2009

²² Mazzeschi R., *Il diritto d'asilo 50 anni dopo la Dichiarazione Universale*, p.693

²³ *“(...)Non refoulement is not commensurate with a right to asylum” Hathaway in G.S Goodwin-Gill op.cit*

fin quando la vita del rifugiato non è a rischio²⁴, quando il rischio è reale, senza alcuna alternativa devono accettare il rifugiato.

La seconda distinzione con il diritto d'asilo si deriva dal fatto che il principio di *non-refoulement* è strettamente legato alla concreta esistenza del rischio di essere perseguitato. Lo *status* di rifugiato è essenzialmente uno *status* transitorio, una volta cessato il rischio di essere perseguitato, potenzialmente cessa anche il proprio *status* di rifugiato, in quanto nulla obbliga lo Stato a non rimpatriare il rifugiato nel proprio Stato d'origine.

1.3.1 I Beneficiari

La prima questione da affrontare consiste nell'identificazione del soggetto a vantaggio del quale il principio deve trovare applicazione.

La protezione dal *refoulement* così come enunciato dall'art.33.1 si applica ad ogni persona che è rifugiato in base alla Convenzione del 1951, cioè a chiunque soddisfi i criteri enunciati nella definizione di rifugiato contenuta all'art 1(A) della Convenzione e non rientrino in una delle disposizioni di esclusione (vedi infra). Poiché una persona è rifugiato ai sensi della Convenzione del 1951 quando egli o ella soddisfa i criteri enunciati nella definizione di rifugiato, la determinazione dello *status* di rifugiato ha una natura dichiarativa e non attributiva: una persona non diventa rifugiato perché è stata riconosciuta come tale, ma è riconosciuta come tale proprio perché rifugiato.²⁵ Ne segue che il principio di *non refoulement* si applica non solo ai rifugiati, ma anche a coloro il cui *status* non è stato formalmente dichiarato²⁶.

Il principio del divieto di respingimento è di particolare importanza per i richiedenti asilo, come tutela complementare rispetto all'esito della procedura. L'operare del principio a favore del richiedente asilo costituisce una necessaria misura cautelare rispetto al pericolo imminente di un danno grave, ingiusto, irreparabile per la persona.

Per il godimento del diritto di *non refoulement* non è quindi necessaria la previa attribuzione dello *status* di rifugiato. Questo si deriva dall'art 32 Conv. che vieta l'espulsione del rifugiato regolarmente residente nel territorio dello Stato d'asilo, se non

²⁴ "State parties may therefore deny entry to refugees so as there is no chance that their refusal will result in the return of the refugee to face the risk of been persecuted" in Hathaway op.cit p.301

²⁵ Vedi: UNCHR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, 1979, Reedited Ginevra, 1992 (ora "UNHCR Handbook")

²⁶ "A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfills the criteria contained in the definition. This would necessarily occurs prior to the time at which his refugee status is formally determined (...)He does not become a refugee because of recognition, but he is recognized because he is a refugee". UNHCR Handbook

per eccezionali motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale. Non vi è quindi ragione che l'art successivo ripeta la disposizione. Non potendo a priori stabilire quali aspiranti rifugiati siano meritevoli di tutela prevista dalla Convenzione e quali no, si assiste in materia ad un'estensione del divieto alle *displaced persons* nei casi di esodi di massa²⁷. Costituisce una prassi consolidata tale da aver formato oramai una regola di diritto internazionale consuetudinario.

Inoltre, in ogni occasione in cui uno Stato di "primo rifugio" abbia accolto masse di profughi per fornire assistenza sanitaria e materiale, quest'ultimo ha più volte sottolineato il carattere temporaneo di tale intervento senza far sorgere diritti o aspettative di stabilimento nel paese ospitante. Tuttavia, nel caso in cui gli Stati non siano preparati a garantire asilo a persone che cercano protezione internazionale sul loro territorio, sono tenuti a trasferirle in un luogo in cui la loro vita o libertà non sia direttamente o indirettamente messa in pericolo²⁸. E' comunque richiesto agli Stati di fornire agli individui che cercano protezione internazionale²⁹ accesso sul proprio territorio e ad eque ed efficienti procedure d'asilo.

1.3.2 Applicazione extra-territoriale del principio

La responsabilità dello Stato in tema di *non refoulement* non è limitata a ciò che accade sul proprio territorio. Nonostante gli Stati siano spesso maggiormente inclini a svolgere determinate azioni di respingimento al di fuori del proprio territorio, è stato sostenuto³⁰ secondo un indirizzo affermatosi in tema di tutela della persona umana, che gli individui entrano nella giurisdizione di uno Stato qualora si trovino sotto il controllo effettivo dello Stato, o qualora siano lese da coloro che agiscono a nome dello Stato, dovunque ciò accada. Il criterio decisivo non è se quella determinata persona si trovi sul territorio nazionale di un determinato Stato quanto piuttosto se egli o ella sia soggetto all'effettiva autorità di detto

²⁷ A favore di questa estensione di pronunciano Nascimbene in *Diritto degli Stranieri*, 2004 e Godwin Gill

²⁸ vedi: *Refugee Protection in International law: UNHCR's Global consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, par.76

²⁹ E' generalmente riconosciuto che eque e sufficienti procedure costituiscono un elemento essenziale ai fini della piena e inclusiva protezione prevista dalla Convenzione fuori dal contesto di situazioni di afflusso di massa. Vedi: UNHCR, *Asylum Process (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, EC/GC/01/12, May 2001, par.4-5

³⁰ vedi. Pineschi *op.cit.* p.168

Stato³¹ ovunque esso sia: all'interno del territorio dello Stato, ai posti di frontiera o in zone internazionali.

Inoltre il divieto di respingimento si applica unicamente al “Paese di primo asilo”, cioè il Paese che accoglie i rifugiati provenienti direttamente dal Paese in cui sono stati o potrebbero essere perseguitati. Se un rifugiato che ha ottenuto asilo temporaneo cerca in un secondo momento, una volta scaduto il permesso di soggiorno, protezione in un secondo Paese potrebbe essere respinto verso le frontiere del primo Paese senza che vi sia violazione dell'Art.33 della Convenzione. Qualora il paese di primo asilo dovesse rifiutare di accogliere il rifugiato si assiste al fenomeno dei “rifugiati in orbita”, nessun Paese avrà violato il divieto di *refoulement* ma di fatto il rifugiato sarà respinto.

Queste incongruenze e la mancanza di una normativa sull'asilo porteranno pochi anni dopo l'adozione del Protocollo di New York alla “*Dichiarazione del 1967 sull'asilo territoriale delle Nazioni Unite*”. Malgrado gli sforzi della comunità internazionale di impegnare gli Stati nel riconoscimento del diritto all'asilo territoriale ai rifugiati, la Dichiarazione non fece che ribadire tre principi condivisi dalla comunità internazionale. La solidarietà nei confronti dei paesi di primo asilo, il *non refoulement* e la non ostilità nei confronti dello Stato d'origine del rifugiato. La Dichiarazione ribadisce che la concessione dell'asilo è un'azione pacifica e umanitaria che nessuno Stato può giudicare ostile.

La ragione per la quale non si è mai giunti ad un accordo internazionale sul diritto di asilo sta nella scarsa propensione degli Stati a rinunciare alle proprie prerogative in materia di ingresso e uscita sul proprio territorio. D'altronde neanche la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo prevedeva l'obbligo di attribuire un diritto soggettivo perfetto, bensì stabiliva all'art. 14 il diritto di “cercare” di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni.

1.3.3 *Il 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 internazionale. Affinché una norma entri a far parte del diritto

³¹ 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

internazionale consuetudinario sono necessari due elementi: una coerente pratica da parte degli Stati e la *opinio juris*³².

Del principio di *non refoulement* si afferma oggi, senza alcun dubbio, il carattere consuetudinario³³ e inderogabile. Ben si comprende quindi come l'art. 42.1 precluda agli Stati che procedono alla ratifica della Convenzione la possibilità di apporre riserve alla regola in oggetto. Inoltre, come evidenziato dall'UNHCR, gli Stati hanno abbondantemente indicato di accettare il principio di *non refoulement* come vincolante, come dimostrato in numerose istanze nelle quali gli Stati hanno risposto alle rappresentanze dell'UNHCR fornendo spiegazioni o giustificazioni di casi di *refoulement*, confermando implicitamente l'accettazione del principio. In una Dichiarazione adottata a conclusione del Meeting ministeriale degli Stati parte³⁴, questi hanno riconosciuto: “(...)la continua rilevanza (..) di questo sistema internazionale di diritti e principi(... compreso il principio di *non refoulement*, la cui applicabilità è inserita appieno nel diritto internazionale consuetudinario”³⁵.

1.3.4 L'articolo 3 nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

Se come si è visto il principio di *non refoulement*, così come menzionato dalla Convenzione di Ginevra e nella sua lettura corrente, consente interpretazioni restrittive e non trova applicazione se non nei confronti dei soggetti che possano qualificarsi come rifugiati secondo i criteri in essa indicati, altri strumenti del diritto internazionale possono essere rilevanti senza incontrare i limiti menzionati. E' allora utile in questo senso il richiamo ad un altro strumento di tutela dei diritti umani: la Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950³⁶.

Il richiamo al principio di *non refoulement* si ha all'art. 3 che vieta la sottoposizione di alcuno a torture o a pene e trattamenti inumani e degradanti. La Corte europea per i diritti

³² La convinzione da parte degli Stati che tale pratica sia obbligatoria a causa dell'esistenza di una norma che ne richiede l'applicazione.

³³ Executive Committee, Conclusion No.17 (XXXI), 1980 e anche G. Goodwin-Gill *op.cit.*

³⁴ La Conferenza si è tenuta il 12 e 13 dicembre del 2001 ed è stata successivamente avallata dall'Assemblea Generale.

³⁵ Vedi: UNHCR, *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non refoulement(...)*Ginevra, 2007

³⁶ Ratificata dall'Italia con legge 848 del 4.8.1955. L'obbligo di *non refoulement* degli Stati nei confronti dei rifugiati si può trovare anche in trattati regionali e specificatamente anche nella Convenzione dell'OUA del 1969 all' art.II (3). Il medesimo principio è ribadito nella Conclusione contenuta nella Sezione III (5) della Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984.

dell'uomo ha esteso la portata dell'articolo da una responsabilità diretta dello Stato che mette in atto condotte che siano contrarie all'art.3 ad una condotta anche solo mediata dello Stato in questione. Le pronunce più recenti della Corte hanno individuato casi di violazione della norma da parte di Stati che non fossero direttamente responsabili delle condotte vietate ma che si fossero limitati a respingere o espellere stranieri verso i confini di Stati in cui queste condotte fossero state messe in atto o avrebbero potuto esserlo.

La Corte ha portato avanti una giurisprudenza coerente che l'aveva condotta, già nel passato (vedi *Soering c. Regno Unito*³⁷, *Chahal c. Regno Unito* e il recente caso *Saadi c. Regno Unito*) ad estendere il divieto di cui all'art 3 ad istituti non regolati dalla Convenzione come l'extradizione, l'espulsione e diritto d'asilo. Ciò perché la protezione accordata dall'Art 3 CEDU è maggiore di quella riconosciuta dagli Art. 32 e 33 della Convenzione ONU del 1951 relativa allo *status* di rifugiato. Il rischio rappresentato per la collettività dal soggetto che si intende espellere, non riduce in alcun modo il rischio di trattamenti disumani che la stessa persona potrebbe subire e né può essere bilanciato con le esigenze di sicurezza.

Oltre al diverso beneficiario rispetto all'art 33 Conv., l'art 3 CEDU garantisce una diversa protezione rispetto a quella che discende dalla Convenzione di Ginevra. Il principio di *non refoulement* consiste non solo nel divieto di essere respinto verso i confini del proprio paese d'origine, ovvero da quello in cui teme di essere perseguitato. La Corte europea, nell'interpretazione che offre dell'articolo impedisce non solo l'invio dello straniero nel paese ove possa essere sottoposto a pene o trattamenti ma anche verso qualsiasi paese dal quale questo possa poi essere respinto verso quello d'origine.

Ulteriore differenza in merito ai beneficiari consiste nella limitazione nell'applicazione dell'art.33. Se nella Convenzione si esclude dal godimento di tale protezione chi sia stato condannato per reati gravi e chi possa costituire una minaccia per la sicurezza dello Stato, tale limitazione soggettiva non sussiste nella CEDU. A contrario, la Corte ha sempre ribadito che la condotta, se pur efferata³⁸, del ricorrente non rileva ai fini della protezione garantita dall'art.3, così come non rileva la natura della presunta infrazione commessa dalla parte ricorrente³⁹.

³⁷ Sentenza *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989 serie A n°161 e *Chahal c. Regno Unito*, n° 22414/93, 15 novembre 1996, *Saadi c. Italia* ricorso n°37201/06

³⁸ Vedi caso *Saadi c. Italia* in cui la presunta attività terroristica del ricorrente non rileva ai fini della valutazione ex art.3 CEDU.

³⁹ Caso Corte Diritti dell'Uomo 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, 1996, §76, sull'assolutezza del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti sul quale la natura dell'infrazione commessa dalla vittima è irrilevante ai sensi dell'art.3 CEDU.

1.4 segue.. le clausole di eccezione

Il divieto di respingimento non è un diritto assoluto, inderogabile, e può subire un'eccezione nell'ipotesi prevista dall'art.33.2. Il principio di *non refoulement* non potrà essere invocato da un rifugiato, già riconosciuto come tale, quando vi siano gravi motivi per considerare la persona un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui si trova; oppure da un rifugiato il quale, essendo stato oggetto di condanna già passata in giudicato per un crimine o delitto particolarmente grave, rappresenti una minaccia per la comunità di detto Stato.

E' evidente che se da un lato i rifugiati sono una categoria particolare di stranieri, sono comunque tenuti al rispetto delle leggi dello Stato. A un rifugiato può essere impedito di restare nel territorio dello Stato ospite nel caso in cui ricorrano due motivi:

- a) in caso di serio pericolo per la sicurezza dello Stato ospite;
- b) nel caso che la sua provata condotta criminale costituisca un perdurante pericolo per la comunità (in principio le condanne penali non incidono sullo status di rifugiato).

Deve comunque esistere una stretta connessione tra l'allontanamento del rifugiato e l'eliminazione del pericolo. Queste situazioni devono essere interpretate in modo assolutamente restrittivo tenendo conto altresì degli obblighi a carico dello Stato derivanti da altri strumenti internazionali posti a tutela dei diritti umani.

Per beneficiare della protezione prevista dalla Convenzione bisogna rispondere ai *cd.* criteri di eleggibilità. Vi sono tuttavia delle categorie di persone che sono escluse dal possibile riconoscimento dello status di rifugiato. Per esclusione della protezione internazionale dei rifugiati si intende il diniego di riconoscere lo *status* a persone che rientrano nell'ambito dell'art.1 (A) della Convenzione del '51 ma che non hanno titolo a ricevere la protezione in base alla Convenzione perché:

- stanno ricevendo protezione o assistenza da un' Agenzia delle Nazioni Unite diversa dall'UNCHR⁴⁰ (art.1 (D))
- non hanno bisogno di protezione internazionale perché sono state riconosciute dalle autorità di un altro paese nel quale hanno preso residenza e godono dei diritti e degli obblighi derivanti dal possesso della sua nazionalità (art.1 (E))

⁴⁰ Rientrano in questa categoria i rifugiati palestinesi sfollati a seguito della creazione dello Stato d'Israele, assistiti dall'Agenzia di soccorso e lavori delle Nazioni Unite per i rifugiati palestinesi del Vicino Oriente (*United Nations Relief and Works Agency for Palesatine Refugees in the Near East, UNRWA*)

- sono considerati non meritevoli di protezione internazionale sulla base di serie ragioni per ritenere che abbiano commesso *a) un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, nel senso degli strumenti internazionali contenenti disposizioni relative a siffatti crimini; b) un crimine grave di diritto comune al di fuori del Paese di accoglimento e prima di esservi ammesso in qualità di rifugiato; c) azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite.*

Da queste disposizioni bene emerge come il diritto internazionale dei rifugiati rispecchiasse le nuove disposizioni in materia di diritti umani adottate dopo la Seconda Guerra Mondiale come risposta alle brutali violazioni avvenute durante il conflitto. D'altronde, la stessa Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, mentre all'art.14.1 afferma il diritto di ogni individuo di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni, al paragrafo 2 pone il limite secondo cui il diritto d'asilo non può essere invocato quando l'individuo è ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite. La *ratio* di queste clausole di esclusione è di impedire che la protezione sia posta a vantaggio di individui non meritevoli e che l'istituto dell'asilo costituisca un modo per fuggire alle proprie responsabilità in materia penale.

E' necessario sottolineare che le clausole di esclusione dell'art 1.F hanno natura di "eccezione" rispetto alla prevalente finalità umanitaria della Convenzione, devono essere interpretate in senso restrittivo, dopo una attenta valutazione individuale, per proteggere l'integrità dell'istituto dell'asilo.

1.4.1. La relazione tra l'art. 33.2 e l'art.1.F

L'utilizzo di questi due articoli viene spesso confusa nella pratica degli Stati. L'art 1.F è stato introdotto dagli Stati parti che si consideravano più soggetti agli ingressi di massa. Detto articolo si applica a coloro che non hanno ancora ottenuto lo status di rifugiato e di fatto non ne permette l'ottenimento. Permette una forma di pre-selezione all'ingresso, considerato che lo Stato può far valere l'art.1F senza ricorrere ad un vero e proprio processo per valutare l'entità del crimine che deve tuttavia essere caratterizzato da una certa gravità.

L'art. 33.2 è rivolto a coloro che rientrano nella definizione di rifugiato ai sensi dell'art 1.A. e che potrebbero beneficiare del diritto di *non refoulement*. Generalmente si considera che l'art.33.2 si applichi ai crimini commessi nello Stato di rifugio ed il presunto criminale ha il medesimo trattamento di qualsiasi altro criminale essendo inoltre soggetto alle norme

sull'extradizione. “*Ordinarily an Article 1.A refugee cannot be returned as a consequence of Article 33.1, but a Convention refugee loses the guarantee if Art.33.2 supervenes*”⁴¹. Di fronte ad una minaccia che ricada nella fattispecie prevista dall'art.33.2, lo Stato di asilo può respingere un individuo anche qualora questo possa subire serie persecuzioni.

1.5 Forme di controllo e repressione previste nella Convenzione e nel sistema Nazioni Unite

Se da una parte si è detto che la *status* di rifugiato è “attributivo” nel senso che il rifugiato è tale poiché ha determinate caratteristiche, è altresì vero che il rifugiato necessita dell'assistenza del proprio Stato per godere dell'effettiva protezione. In quanto “non-cittadini” sono spesso sotto scacco delle istituzioni. Diversamente dalle precedenti organizzazioni poste a tutela dei rifugiati, l'UNHCR non ha uno specifico compito di far applicare la Convenzione ma un generico ruolo di supervisore. Nelle intenzioni dei redattori la responsabilità principale per il rispetto dei diritti dei rifugiati spettava agli Stati stessi. Tuttavia, qualora uno Stato decida di delegare il proprio dovere di fornire assistenza amministrativa ad una organizzazione internazionale, la responsabilità principale ricade comunque su detto Stato.

La Convenzione, all'art.25 richiede ad ogni Stato (sia di primo asilo che in qualsiasi altro Stato in cui il rifugiato dovesse trovarsi) di porre in essere un sistema amministrativo che garantisca un effettivo godimento dei diritti previsti nella stessa. Tuttavia, non è specificato il contenuto dell'”assistenza amministrativa” da fornire.

Come si è detto, gli Stati si opposero alla possibilità di attribuire ad un organizzazione internazionale il controllo complessivo del rispetto della Convenzione, così stabilirono un generico dovere di supervisione sull'applicazione delle disposizioni previste dalla Convenzione (art.35. Conv.). Indipendentemente dal ruolo assai limitato, l'UNHCR rimane comunque uno strumento fondamentale per ciò che concerne il rispetto dei diritti dei rifugiati.

Malgrado il ruolo centrale dell'agenzia delle Nazioni Unite, il sistema per l'applicazione della Convenzione resta poco trasparente. Se da una parte gli operatori dell'UNHCR sul

⁴¹ UNHCR, *Refugee Protection in International law*, Cambridge, 2003

campo sono tenuti a rendere conto del proprio operato agli “*headquarters*”, gli Stati non sono tenuti a giustificare eventuali violazioni dei diritti previsti nella Convenzione.

L’art. 35 che disciplina la cooperazione delle autorità locali con le Nazioni Unite, il cui medesimo obbligo è previsto all’art.II del Protocollo del 1967, è spesso una pratica che rimane a livello interstatale⁴². Questo obbligo di cooperazione tra Stati e Agenzia ha un carattere evolutivo e deve adattarsi a qualsiasi mutamento nel mandato dell’UNHCR.

Ulteriore obbligo che ricade sugli Stati è quello del “*reporting*” previsto al secondo comma del medesimo articolo sia della Convenzione che del Protocollo. Ambedue le disposizioni richiedono agli Stati di fornire dei rapporti:

- a) sullo statuto dei rifugiati,
- b) sull’esecuzione della Convenzione
- c) su leggi, ordinanze e decreti che sono o entreranno in vigore per quanto concerne i rifugiati.(art.35.2 Convenzione).

Questi rapporti servono per facilitare il compito dell’UNCHR di riferire annualmente all’Assemblea Generale mediante il Consiglio Economico e Sociale, così come previsto dallo statuto dell’Alto Commissariato.

L’art. 35 non crea obblighi per gli Stati che non abbiano ratificato uno dei due strumenti internazionali. Tuttavia possono esistere degli obblighi di cooperazione con l’UNHCR derivanti da altri strumenti di tutela dei rifugiati. L’art VII della Dichiarazione OUA⁴³ del 1969 e la Raccomandazione II (e) della Dichiarazione di Cartagena del 1984 costituiscono un esempio di tale dovere di cooperazione.

Questo obbligo di cooperazione non consiste in un mero dovere morale ma ha la propria base giuridica nell’art. 56 della Carta delle Nazioni Unite che prevede un generico obbligo di cooperazione con le Nazioni Unite, chiaramente estendibile all’UNHCR in quanto organo sussidiario dell’Assemblea Generale.

L’art.35 della Convenzione svolge oggi tre funzioni fondamentali. Costituisce il fondamento giuridico dell’obbligo che sorge in capo agli Stati di accettare la protezione assicurata dall’UNHCR per i rifugiati e obbliga gli Stati a fornire le informazioni qualora

⁴² Gli Stati sono tenuti ad aggiornare l’UNHCR e il Segretario Generale delle Nazioni Unite sullo stato della propria legislazione in materia di applicazione della Convenzione. Ulteriori richieste di informazioni possono essere richieste agli Stati federali da parte degli Stati ai fini di conoscere la legislazione presente nei singoli Stati (Art.41 Conv).

⁴³ Organizzazione dell’Unità Africana, Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa, Addis Abeba, 1969, entrata in vigore il 20 giugno 1974.

vengano richieste dalla stessa Agenzia. Serve inoltre come fondamento giuridico per garantire la portata vincolante di alcuni atti dell'UNHCR.

Sono gli Stati parti che al verificarsi di gravi violazioni da parte di un membro della Convenzione (in termini di interpretazione o di applicazione della Convenzione), possono chiedere di conferire la questione alla Corte di Giustizia (art. 38 Conv.). Nonostante vi sono siano state alcune proteste formali⁴⁴, l'indifferenza e la paura di ripercussioni nelle relazioni diplomatiche bilaterali hanno portato gli Stati a disinteressarsi di eventuali violazioni della Convenzione. Di fatto, la procedura di ricorso alla Corte Internazionale di Giustizia prevista dall'art.38 non è mai stata applicata.

Ci si potrebbe quindi domandare perché la Convenzione non abbia previsto un meccanismo effettivo, garantito da un sistema di esperti indipendenti, che vigilasse sulla corretta applicazione della Convenzione.

La mancata istituzione di un meccanismo di supervisione indipendente non può essere spiegato se non come "un'anomalia storica"⁴⁵. La Convenzione del 1951 è stato il secondo trattato sui diritti umani ad essere adottato, dopo la Convenzione sul Genocidio, anch'essa priva di un meccanismo indipendente per il controllo sull'applicazione. In parte ciò si può spiegare facendo riferimento al contesto storico e al carattere innovativo della tutela dei diritti umani che gli Stati volevano ancora mantenere sotto la loro sovranità. Negli anni '60, con i successivi sviluppi in materia, il controllo sull'attività degli Stati divenne una prassi abituale prevista in quasi tutti i trattati stipulati in materia di diritti umani.

Una spiegazione alternativa vede nel ruolo di supervisione fornito dall'UNHCR una giustificazione per la mancanza di un meccanismo di controllo addizionale. Il diritto internazionale dei rifugiati è infatti l'unica branca del diritto internazionale dei diritti umani ad avere la propria organizzazione⁴⁶ il cui compito è di vigilare sull'applicazione della Convenzione. Dato il ruolo rivestito dall'Alto Commissario, un meccanismo aggiuntivo di controllo sembrava superfluo.

In realtà possono essere elencati almeno due motivi che illustrano l'inadeguatezza di un sistema di controllo unicamente incentrato sull'Agenzia delle Nazioni Unite.

Negli anni '90 l'UNHCR ha subito una sostanziale trasformazione. E' passata da un'agenzia preposta alla mera supervisione della Convenzione ad uno strumento per il

⁴⁴ Le proteste riguardavano le politiche di chiusura adottate negli anni '70 da parte di alcuni Stati durante gli sbarchi dei "boat people" vietnamiti.

⁴⁵ "(...)an historical anomaly", Hathaway, 2005, *op.cit.* p.995

⁴⁶ Nel migliore dei casi, le altre Convenzioni delle Nazioni Unite in materie di diritti dell'uomo possono contare sul limitato ruolo dell'Alto Commissariato per i diritti dell'Uomo per l'applicazione dei trattati.

riconoscimento dello *status* di rifugiato. In tutte le più recenti emergenze di rifugiati, l'UNHCR è lo strumento mediante il quale viene attribuita la protezione internazionale. L'UNHCR deve far fronte ad un vero e proprio dilemma etico in quanto da controllore dell'operato altrui è passata oggi a dover controllare il proprio operato.

Inoltre, attribuendo di fatto responsabilità all'UNCHR, gli Stati si svuotano di quell'osservanza e di quella forza di persuasione nei confronti degli altri Stati parti. Tuttavia, neanche l'UNHCR può esercitare delle vere e proprie forme di pressione verso gli Stati per un maggior rispetto della Convenzione. Non avendo forme di finanziamento autonome, è molto legata ai contributi derivanti dagli Stati, nei confronti dei quali è spesso difficile protestare per il mancato rispetto della Convenzione senza cadere nella possibilità di mettere a rischio l'esistenza stessa dell'organizzazione. Data quindi la stretta dipendenza politica ed economica, l'UNHCR non può svolgere quel ruolo di giudice terzo ed indipendente spesso richiesto.

E' opinione condivisa⁴⁷ che il livello di applicazione della Convenzione è ad oggi alquanto insufficiente, "*since the degree of implementation of the 1951 Convention and other relevant instruments for the protection of refugees remains unsatisfactory, strengthening the monitoring of the implementation of these instruments is in the interest of all actors in the field of refugee protection*"⁴⁸". La mancata attuazione della Convenzione lede *in primis* l'interesse legittimo del rifugiato ad essere tutelato ma anche gli stessi Stati membri per i quali il disinteresse per i rifugiati non può che acuire la pressione da parte di altri richiedenti asilo. Questa situazione si presenta come un vero e proprio ostacolo per l'UNHCR per ciò che concerne l'assistenza agli Stati nella gestione di queste situazioni. Si configura quindi come un problema per l'intera comunità internazionale poiché non considera effettivamente la portata del sistema internazionale di protezione dei rifugiati, il quale ha funzionato relativamente correttamente in questi anni rispondendo in modo flessibile alle esigenze di protezione dei rifugiati.

Tuttavia non vi è ancora consenso sul meccanismo da adottare per migliorare l'efficacia del sistema. Né il controllo garantito da un'organizzazione indipendente, né meccanismi interstatuali e né forme di controllo su iniziativa individuale vengono accettati in modo unanime da parte degli Stati. Nei molteplici fori di riunioni viene riaffermata la necessità di

⁴⁷ Vedi Goodwin-Gill, Oxford, 2007 e Hathaway, Cambridge, 2005, UNHCR, *Refugee Protection in international law*, Cambridge, 2003

⁴⁸ UNHCR, *Refugee Protection in international law*, Cambridge, 2003 p.663

rafforzare il ruolo dell'Alto Commissario senza tuttavia chiarire gli obiettivi e gli strumenti per una riforma condivisa.

Forse la comunità internazionale si trova oggi di fronte a quello che Hathaway ha definito “*the challenge of political will*”⁴⁹. Nonostante molti Governi affermino di rispettare i diritti dei rifugiati, questi evitano di assumersi delle responsabilità internazionali in materia di protezione di coloro che sono costretti a migrare.

E' quindi giocoforza ammettere che nessuna organizzazione internazionale sarà mai in grado di costringere gli Stati ad assumersi degli obblighi che ledano i propri interessi fondamentali. La vera sfida è dunque trovare un meccanismo di rispetto della Convenzione che incontri le priorità degli stessi Stati. Solo quando il rispetto della Convenzione costituirà la norma, si potrà pensare di istituire un meccanismo di controllo capace di sanzionare le violazioni della Convenzione.

II. L'Alto Commissariato per i Rifugiati

2.1 Le origini e il mandato

⁴⁹ Hathaway, Cambridge, 2005 op cit. p.998

Dopo il fallimento della prima organizzazione sui rifugiati, l'IRO, gli Stati convergevano sulla necessità di istituire una nuova agenzia specializzata. Tuttavia, non vi era l'accordo per la definizione dello scopo e del mandato della futura organizzazione. Gli Stati Uniti proponevano di creare un'agenzia con un mandato temporaneo le cui funzioni avrebbero dovuto limitarsi all'assistenza legale prestata al rifugiato. La maggior parte dei Governi europei voleva invece attribuire alla nascente organizzazione una dotazione finanziaria importante affinché aiutasse i Governi nell'assistenza ai rifugiati.⁵⁰ Il Regno Unito, immune da massicci flussi di rifugiati, riteneva che la questione dovesse mantenersi sotto la sovranità degli Stati d'arrivo proponendo quindi un'organizzazione con dei compiti ristretti.

Questi interessi divergenti giocarono un ruolo fondamentale nella definizione del mandato dell'Agenzia e della propria autonomia rispetto ai Governi. Di conseguenza, lo statuto dell'Alto Commissariato per i rifugiati adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite attraverso la Risoluzione 428 (V) del 14 Dicembre del 1950 non poté non riflettere le posizioni espresse dagli Stati più potenti della comunità internazionale⁵¹.

Così come specificato nel primo Capitolo dello Statuto, l'UNHCR doveva agire sotto il controllo dell'Assemblea Generale⁵², in quanto organo sussidiario della stessa, e venivano assegnategli due funzioni fondamentali:

- 1) assicurare una protezione internazionale ai rifugiati
- 2) cercare soluzioni permanenti per le persone di propria competenza, come il rimpatrio volontario -laddove fossero esistite le condizioni per il rientro-, l'integrazione nelle società di destinazione o il reinsediamento in Paesi di secondo asilo.

L'espressione "protezione internazionale" deve essere intesa in riferimento alla mancanza di protezione diplomatica e consolare nei confronti dei rifugiati ed alla possibilità di essere sottoposti ad abusi nello Stato in cui si trovano. L'Alto commissariato si troverebbe così investito del ruolo di "ambasciatore" dei rifugiati, inteso come forma di tutela garantita da uno Stato per i propri cittadini all'estero. Le "soluzioni permanenti" alle quali lo Statuto fa

⁵⁰ Era questa la posizione di Francia e dei Paesi del Benelux, vedi, Loescher G., *The United Nations High Commissioner for Refugees, Global Institutions*, 2008 p.13

⁵¹ Gli Stati Uniti e il Regno Unito ebbero un ruolo fondamentale nei negoziati per l'adozione del mandato.

⁵² Nel primo paragrafo dello Statuto si legge che l'Alto Commissario doveva agire "under the authority of the General Assembly" e portare avanti il proprio mandato "under the auspices of the United Nations"

riferimento rientrano nell'idea che lo *status* di rifugiato costituisca un periodo transitorio nella vita di un individuo durante il quale l'UNHCR svolge il ruolo di uno Stato, fintantoché il rifugiato possa reintegrarsi pienamente in una comunità statale.

Lo Statuto delimitava ulteriormente il compito dell'UNHCR inserendo una definizione di rifugiato⁵³ e una limitazione temporanea per il proprio operato. Inoltre, benché dichiarasse che l'organizzazione si sarebbe dovuta occupare di categorie e gruppi di rifugiati piuttosto che di individui conteneva una definizione di individuale applicazione. All'art. 6 (B) si considera:

“il fondato timore di persecuzione a causa di razza, religione e nazionalità o opinione politica, associato alla impossibilità o al rifiuto di avvalersi della protezione diplomatica del proprio paese”.

In questa definizione emerge la vocazione universale dell'UNHCR poiché indipendentemente dalla nazionalità, l'agenzia decide autonomamente in materia evitando, come era avvenuto ai tempi di Nansen, che la valutazione di eleggibilità di un certo gruppo diventasse oggetto di negoziati o compromessi tra Stati. Per ciò che concerne la riserva temporale, l'UNHCR poteva cooperare unicamente con coloro che avevano ottenuto lo *status* di rifugiato prima del 1° gennaio 1951.

1.2 Gli organi

Lo Statuto precisava che l'Alto Commissario avrebbe dovuto essere eletto dall'Assemblea Generale su nomina del Segretario Generale con un mandato di cinque anni. L'Alto Commissariato avrebbe dovuto condurre la propria attività conformemente alle linee guida emanate dall'ECOSOC e dall'Assemblea Generale alla quale riferisce annualmente attraverso l'ECOSOC. Nel 1958, è stato creato dall'ECOSOC, su richiesta dell'Assemblea Generale, l'organo principale dell'organizzazione: il Comitato esecutivo (ExCom). Questo è composto da Stati membri eletti dal Consiglio Economico e Sociale e si riunisce annualmente per una settimana, nel mese di ottobre. Il suo compito principale è quello di approvare i programmi di assistenza dell'Alto Commissariato e le spese amministrative.

Ulteriore limitazione di autonomia è costituita dal bilancio dell'Organizzazione. Nello Statuto è precisato che unicamente le spese amministrative per il funzionamento dell'Alto

⁵³ E' importante sottolineare come nel mandato originale fosse esclusa la tutela per i rifugiati interni i c.d. *internally displaced people*.

Commissariato sarebbero state coperte dal *budget* ordinario delle Nazioni Unite, tutte le altre voci di spesa sarebbero state finanziate da contributi volontari.

Queste limitazioni esprimevano in modo chiaro le volontà degli Stati: porre in essere un'organizzazione che non avrebbe creato né una minaccia alla sovranità degli Stati, né generato obblighi finanziari in capo agli stessi.

1.2 L'accordo tra Governo italiano e Alto Commissariato per i rifugiati

Il 2 aprile 1952 è stato concluso un accordo tra Nazioni Unite e Governo italiano in conseguenza del quale è stata creata una delegazione dell'Alto Commissariato in Italia⁵⁴.

Dopo aver riconosciuto all'art.1 la facoltà dell'Alto Commissariato di esercitare in favore dei rifugiati le funzioni a lui affidate dall'Assemblea Generale della Nazioni Unite, fatte salve le attribuzioni sovrane del Governo e della legislazione nazionale, l'Accordo attribuisce infatti alla sua Delegazione in Italia il compito di “*coopérer, sur la requête du Gouvernement, à l'identification des réfugiés et à la vérification de leur éligibilité*” (art.2, n.1, lett.a)

Questa previsione è stata attuata creando⁵⁵ nel 1953 una Commissione paritetica per i rifugiati. Questa ha il compito di determinare l'eleggibilità di coloro che richiedono il riconoscimento della qualifica ai sensi della Convenzione del 1951.

La Commissione è composta da due rappresentanti del Governo (uno del Ministero degli Esteri e uno del Ministero dell'Interno) e un rappresentante dell'UNHCR Italia. Questa emette il suo giudizio in via definitiva ma può modificarlo nel caso vengano allegati dal richiedente o da altro interessato nuovi elementi di fatto.

All'art. 2 dell'Accordo vengono enumerate altre funzioni svolte dalla Delegazione. Esse devono mirare a favorire il rimpatrio volontario e incoraggiare la cooperazione con altri istituti internazionali operanti nel campo dell'immigrazione.

E' interessante per quel che diremo in seguito, il n.2 dell'art.2; esso infatti stabilisce che a richiesta del Governo, l'UNHCR possa svolgere altre funzioni amministrative in favore dei profughi, nell'ambito delle sue competenze. Questa norma è rilevante poiché permette di ampliare le funzioni dell'organo la cui azione si voleva invece circoscrivere in sede internazionale.

⁵⁴ Tale accordo è stato reso esecutivo con legge 15 dicembre 1954 n.1271.

⁵⁵ La Commissione è stata creata con decreto ministeriale del 24 novembre 1953.

Questa Commissione paritetica sembra essere, in forma embrionale, un'anticipazione delle Commissioni istituite mediante la l. 189/2002 che saranno analizzate nel IV capitolo.

2. Le persone di competenza dell'UNHCR

Le “persone di competenza dell'UNHCR” sono quelle in cui bisogni di protezione e assistenza sono di interesse per l'Agenzia, ne fanno parte:

- I rifugiati ai sensi della Convenzione e i richiedenti asilo
- Le persone in fuga da conflitti o da avvenimenti che abbiano gravemente turbato l'ordine pubblico (ovvero, i rifugiati ai sensi della Convenzione dell'OUA e dalla Dichiarazione di Cartagena)
- I rimpatriati (ovvero, gli ex rifugiati)
- Gli apolidi
- .Gli sfollati all'interno dei propri paesi (in determinate circostanze)

Per rifugiati si intendono coloro previsti: dalla Convenzione di Ginevra e dal Protocollo addizionale del 1967, dalla Convenzione dell'OUA del 1969, dallo Statuto dell'UNCHR. Si aggiungono gli individui beneficiari di una tutela internazionale⁵⁶ e coloro definiti dal 2007 i *c.d. refugee-like situations*⁵⁷.

I richiedenti asilo sono coloro che, lasciato il proprio paese d'origine e avendo fatto richiesta d'asilo, sono ancora in attesa di una decisione da parte delle autorità del paese ospitante riguardo al riconoscimento dello *status* di rifugiato⁵⁸.

In seguito ad una richiesta del Segretario Generale delle Nazioni Unite, la protezione e l'assistenza dell'Alto Commissariato, da qualche anno si sono progressivamente estese anche ad alcune categorie di persone che non erano incluse nel mandato originario dell'organizzazione contemplato nella Convenzione di Ginevra e nel Protocollo relativo. Il gruppo più consistente di individui in cui è sorta la competenza dell'UNHCR è quello degli sfollati (Internally Displaced Persons). Questi ultimi sono gruppi o individui costretti a

⁵⁶ Tutela prevista dalla normativa nazionale non contemplata dalla Convenzione di Ginevra. Esempi di tale protezione può essere la protezione sussidiaria oppure quella umanitaria.

⁵⁷ Nel 2007 sono state aggiunte due “sub-categorie”: i “refugee-like situation” e i “IDP-like situation”. I primi sono individui che si trovano fuori dal loro paese d'origine e subiscono rischi simili a quelli previsti dai rifugiati, ma il cui *status* non è stato riconosciuto per ragioni tecniche.

⁵⁸ I dati presentati nel rapporto del 2008 prendono in considerazione i richiedenti asilo la cui domanda alla fine del 2008 non era ancora stata valutata.

lasciare le loro case, i loro paesi d'origine come conseguenza di un conflitto armato, di situazioni di violenza generalizzata, di violazioni dei diritti umani o di disastri naturali o provocati dall'uomo e che non hanno attraversato le frontiere internazionalmente riconosciute di uno Stato .

I rimpatriati, sono coloro che hanno spontaneamente fatto ritorno nel loro paese d'origine. Un apolide è una persona che nessuno Stato, sulla base delle proprie leggi, considera un suo cittadino. L'apolide può essere un rifugiato, ma non lo è necessariamente. L'impegno dell'UNHR a favore dell'apolidia si fonda sullo stretto legame tra apolidia e sfollamento, lo sfollamento può essere causa dell'apolidia e lo sfollamento può essere una conseguenza dell'apolidia,. L'UNHCR ha più volte richiamato l'attenzione dell'Assemblea Generale per una maggiore protezione e conseguente riduzione dell'apolidia

Altri gruppi o individui sui quali l'UNHR ha competenza ma che non ricadono necessariamente in una fattispecie sopra elencata ma a cui l'UNHCR garantisce protezione sulla base della propria finalità umanitaria.

<i>Rifugiati e "refugee-like"</i>	<i>Richiedenti asilo</i>	<i>Sfollati (IDP)</i>	<i>Rifugiati rimpatriati</i>	<i>Apolidi</i>	<i>Altri gruppi</i>	<i>Totale competenza UNHCR</i>
10.478.621	827.323	14.405.405	603.943	6.572.167	166.856	33.054.315 ⁵⁹

Figura 1 Fonte: UNHCR/governments, 10 giugno 2009

3. Il finanziamento

Il problema dell'UNHCR è sempre stato quello relativo al finanziamento e alla gestione delle relazioni con i paesi donatori. Come già detto, il bilancio delle Nazioni Unite copriva unicamente le spese relative all'amministrazione dell'Agenzia, qualsiasi altra spesa avrebbe dovuto essere coperta dai contributi volontari degli Stati. Nei primi anni di attività, l'UNHCR riusciva ad operare con un *budget* molto modesto dato che la finalità principale era unicamente l'assistenza legale. Tuttavia, con l'ampliamento del mandato, aumentarono anche le necessità dell'organizzazione per far fronte alle numerose emergenze umanitarie.

⁵⁹ Nel totale non abbiamo preso in considerazione gli sfollati rimpatriati che costituiscono un gruppo di 1.361.436 persone e che portano il totale delle persone di competenza dell'UNHCR a 34.415.751

Nel 1994 l'UNHCR registrò il bilancio più alto della sua storia, in cui la parte finanziata dalle Nazioni Unite non rappresentava più del 3% del totale. Attualmente, le Nazioni Unite assicurano all'UNHCR la copertura del 2% del bilancio, finanziando soltanto un terzo delle spese amministrative, per il restante 98% l'Agenzia deve raccogliere fondi attingendo ai contributi dei governi donatori, alle associazioni non governative, alle imprese e ai privati. Dal 1° gennaio 2000, tutti i programmi sono stati unificati sotto uno stesso bilancio al fine di fornire ai Governi e ai donatori un quadro globale più trasparente delle operazioni e contemporaneamente di avere maggiore flessibilità nella gestione delle risorse finanziarie. Durante le emergenze più complesse, l'UNHCR riceve aiuti straordinari sotto forma di merci, cibo, medicine, personale logistico che vanno ad integrare le limitate risorse dell'Agenzia.

La mancanza di un meccanismo fisso di finanziamento da parte degli Stati ha generato delle conseguenze negative per l'organizzazione. In primis, non ha permesso di elaborare dei Piani d'azione con orizzonti temporali pluriennali. Inoltre, gli interventi in zone che richiedevano strategie di lungo periodo sono stati spesso soggetti all'incertezza del bilancio, determinando uno stato di crisi permanente all'interno dell'organizzazione stessa. La concentrazione dei contributi da parte dei donatori "tradizionali" (vedi figura 1) si configura come una limitazione di indipendenza da parte dell'organizzazione che è tenuta ad attribuire una considerazione particolare alle istanze di tali Paesi. Coloro che finanziano l'organizzazione possono infatti specificare le condizioni attraverso le quali i fondi devono essere utilizzati. Questa pratica molto frequente nel linguaggio dell'UNHCR è conosciuta come "earmarking". Nel Global Report del 2006 si legge che nel medesimo anno solo il 20 % delle risorse era privo di restrizioni, il 53 % dei finanziamenti era subordinato ad essere utilizzato in determinati paesi e per specifici programmi, mentre il 22% doveva "unicamente" essere impiegato in specifiche regioni. La possibilità di poter influenzare il *budget* permette un sicuro afflusso di fondi all'organizzazione, che la proibizione di porre condizione probabilmente non garantirebbe.

E' indubbio che questa pratica subordina l'attività dell'Alto Commissariato al previo gradimento da parte degli Stati, più che all'interesse dei rifugiati. Considerato che gli Stati partecipano al finanziamento dell'Organizzazione in ragione del loro interesse nazionale e i principali contribuenti sono sostanzialmente dieci (vedi figura 1), si capisce come l'Alto Commissariato rifletta gli interessi di questi paesi ai quali di fatto è attribuito un eccessivo potere d'indirizzo dell'attività dell'organo.

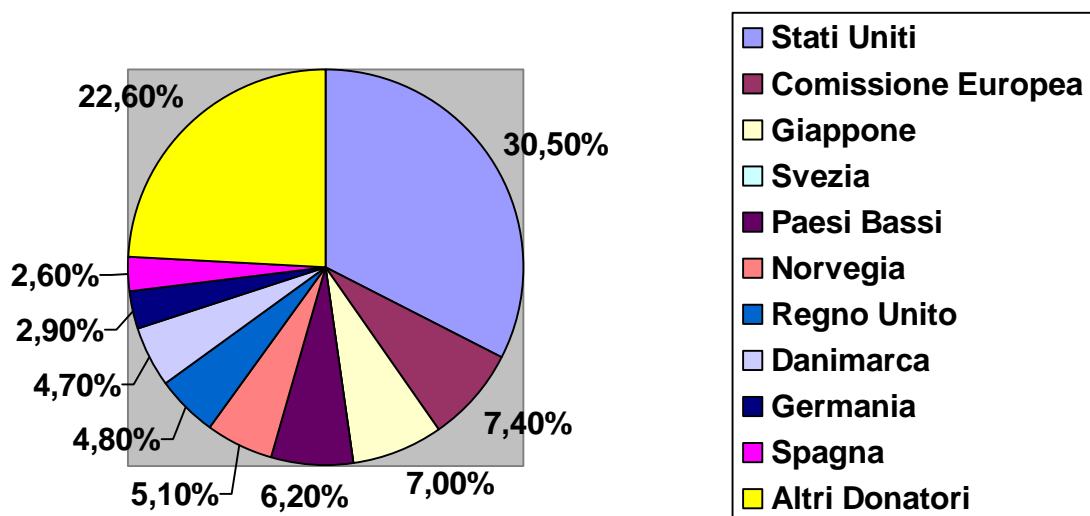


Figura 2, I dieci Paesi donatori più importanti nel 2006, UNHCR, Global Report, 2006

Da questo grafico si evince il ruolo preminente degli Stati Uniti, il cui potere e ruolo durante la Seconda Guerra Mondiale hanno permesso di influenzare in modo determinante sia i programmi dell'Alto Commissariato che la scelta del personale.

Nell'ultimo periodo, al fine di diversificare al massimo le proprie entrate e di rendersi maggiormente indipendente, l'UNHCR ha deciso di potenziare la propria immagine avviando una campagna di marketing c.d. "face-to face", come hanno già fatto in passato organizzazioni del calibro di "Save the children". Il "face-to-face" è una modalità di raccolta fondi basata sul invito personale a effettuare donazioni regolari tramite domiciliazione bancaria o postale o carta di credito. L'attività si svolge prevalentemente in strada, in un luogo di pubblico accesso, o porta a porta e costituisce un mezzo efficace ed efficiente attraverso il quale le persone possono sostenere le Organizzazioni non governative.

Per far fronte alle incongruenze evidenziate dei meccanismi di finanziamento, l'UNHCR cerca fonti alternative di finanziamento nel settore privato, come multinazionali e fondazioni. Esempi di tali fonti alternative sono costituite dall'investimento fatto in nuovi tipi di iniziative di raccolta fondi, come il "face-to-face" grazie alle quali l'organizzazione ONU cercherà di smarcarsi il più possibile dalle "tradizionali" fonti di finanziamento.

Allo stato attuale, qualsiasi nuova forma di finanziamento volta a potenziare l'indipendenza dell'agenzia può rappresentare una via credibile per il futuro dell'organizzazione così da ridurre la soggezione dell'UNHCR da eccessive forme di condizionamenti.

4. *L'attività dell'Alto Commissariato*

4.1 *L'ampliamento del mandato*

L'UNHCR è un'organizzazione che ha subito fortissimi cambiamenti nel corso degli anni. Si pensi che nel 1950 aveva 34 dipendenti con sede a Ginevra e con un bilancio annuale di 300,00 dollari. Cinquant'anni dopo, l'UNHCR contava 6.500 dipendenti dislocati in tutto il mondo e un *budget* annuale di più di un miliardo di dollari⁶⁰.

Si è quindi assistito negli ultimi anni ad un'evoluzione e ad un ampliamento dello Statuto dell'UNHCR. Fino al 2003 l'UNHCR non era dotato di un mandato a tempo indeterminato, bensì dopo la prima Risoluzione del 1950 che fissava a tre anni l'attività dell'UNHCR, ci furono unicamente dei parziali rinnovi. Solo nel dicembre 2003, l'Assemblea Generale approvò una risoluzione che eliminava qualsiasi limitazione temporale e manteneva in essere l'UNHCR fintanto che il "*problema dei rifugiati non fosse risolto*".

In realtà fu proprio il frequente ricorso all'Assemblea Generale che permise un'estensione del mandato. Nei primi anni della sua attività, l'UNHCR si trovò a dover far fronte a nuove emergenze : nel 1956 la crisi ungherese causò la fuga di 200 mila persone dall'Austria e dalla Jugoslavia, nel frattempo vi fu la guerra d'indipendenza algerina che provocò degli spostamenti di popolazioni verso Tunisia e Marocco. Durante il periodo della Guerra Fredda, l'Assemblea Generale adottò una serie di risoluzioni che permisero all'UNHCR di far fronte a delle situazioni emergenti in Africa e in Asia che includevano la protezione di vari gruppi di persone rientranti nella Convenzione di Ginevra⁶¹. Negli anni '60, l'UNHCR si trovò ad intervenire in Africa e fu proprio in quegli anni che esplose la crisi tuttora irrisolta tra le etnie hutu e tusti in Rwanda e Mozambico. In quegli anni il fenomeno dei rifugiati assunse definitivamente una dimensione mondiale. Fu proprio in quegli anni, che

⁶⁰ Dati presi da Loescher G., *The United Nations High Commissioner for Refugees, Global Institutions*, 2008 p.79

⁶¹ Alcuni di questi gruppi sono i c.d. "rifugiati sotto mandato", altri sono i rimpatriati, gli apolidi e in determinate circostanze gli sfollati.

fu fatto un passo avanti nel diritto internazionale con la sottoscrizione del Protocollo di New York e la firma ad Addis Abeba nel 1969 della Convenzione OUA. Gli anni '70 furono invece caratterizzati da nuovi scenari in Asia, con la guerra in Indocina. Furono invece gli anni '80 a segnare una crescita vertiginosa del numero di rifugiati che arrivò a 15 milioni. Consistenti spostamenti di rifugiati si verificarono in Africa e in diversi paesi dell'America Latina.

Dopo la fine della Guerra Fredda, l'espansione dell'area di attività dell'UNHCR fu sempre più su richiesta del Segretario Generale delle Nazioni Unite e del Consiglio di Sicurezza⁶². Tuttavia, nonostante questo interesse multilaterale, l'idea diffusa consisteva nel considerare il problema dei rifugiati come una tematica esclusiva dell'UNHCR ciò che non permise l'adozione di una visione complessiva della questione.

Per inquadrare l'attività dell'UNHCR bisogna fin da subito chiarire che la maggior parte degli interventi dell'Agenzia si svolge "sul campo". Per "campo" si intende sia il paese di arrivo dei rifugiati che quello d'origine, ma anche i Paesi d'asilo o i Paesi donatori. Condizione preliminare per l'intervento dell'UNHCR è la richiesta da parte del Governo assistito e, in alcuni casi non rientranti sotto la tutela prevista dalla Convenzione, è necessari una risoluzione dell'Assemblea Generale.

In tutte queste operazioni l'Alto Commissariato collabora con una molteplicità di agenzie specializzate delle Nazioni Unite, organizzazioni internazionali e regionali tra le quali l'Unione Africana, l'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE), la NATO. I *partners* più rilevanti sono il Programma Alimentare Mondiale, il Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo (UNDP), il Dipartimento per le operazioni di *peace-keeping* (DPKO), l'Organizzazione Internazionale per le migrazioni (IOM) e la Croce Rossa Internazionale.

Il principale punto di riferimento dell'UNHCR è generalmente il Ministero degli Affari Esteri del paese in questione. Tuttavia, poiché le questioni attinenti alla protezione dei rifugiati investono diversi ambiti di responsabilità, l'UNHCR opera di concerto con ministeri e uffici incaricati degli affari interni, della giustizia, dell'immigrazione, dei diritti umani, nonché con la polizia e le forze armate.

⁶² Nel 2004 DPKO e UNHCR hanno firmato un Memorandum in cui si ribadisce l'importanza della cooperazione tra i due organi delle Nazioni Unite. Vengono richiamate le operazioni in cui hanno cooperato -Kosovo, Timor Est, Sahara Occidentale, Afghanistan- e si enfatizza il legame tra l'emergenza delle migrazioni forzate e il mantenimento della pace e della sicurezza.

A livello nazionale, l'UNHCR non ha nessun potere per imporsi sulle scelte operate dai singoli Governi in materia di asilo. Il ruolo dell'Agenzia è quello *c.d.* di *advocacy* e in un certo senso svolge anche un ruolo di “gruppo di pressione” sulle politiche adottate dagli Stati in materia.

4.2 Gli obiettivi dell'UNHCR

Tra gli obiettivi dell'UNHCR vi è quello di trovare delle soluzioni permanenti che consentano ai rifugiati di ricostruirsi una vita. La soluzione più auspicabile è senza dubbio il rimpatrio volontario nel proprio paese d'origine che deve avvenire in condizioni di sicurezza e sulla base di una libera scelta del rifugiato. In caso contrario, l'UNHCR persegue due alternative: l'integrazione nel paese di primo asilo o il trasferimento in paese terzo (in inglese *resettlement*). Negli ultimi anni, un gran numero di rifugiati ha potuto reinsediarsi, grazie all'assistenza dell'UNHCR, in una decina di paesi di reinsediamento “storici”⁶³ che prevedono quote annuali per questi progetti. Di recente, nove⁶⁴ paesi emergenti hanno seguito questo esempio.

Tuttavia, da quanto si evince dall'ultimo rapporto⁶⁵ sull'attività dell'organizzazione, la possibilità di soluzioni durevoli è spesso residuale. Infatti, nel 2008, nonostante i tentativi dell'UNHCR, il numero di rifugiati e di IDP (*internally displaced persons*) sotto il proprio controllo rimane ai livelli dell'anno precedente (25 milioni), costituendo così i tre quarti delle persone di competenza dell'agenzia. La mancanza di soluzioni durevoli e il perdurarsi⁶⁶ di condizioni di emergenza e precarietà costituisce una vera e propria sfida per l'Agenzia, per i rifugiati e per la comunità internazionale intera. I dati presentati dall'UNHCR dimostrano che i rimpatri di massa di sfollati sono diminuiti: i dati in materia dimostrano in fatti una continua decrescita dal 2004 ad oggi. Infatti, a seguito dei noti eventi internazionali, molti paesi hanno introdotto norme restrittive nelle proprie legislazioni in materia di immigrazione e asilo. Tali misure hanno colpito anche i programmi di reinsediamento, invertendo la tendenza all'aumento che si stava registrando negli anni precedenti. Il reinsediamento assume particolare rilievo nella strategia in tre punti, *three-pronged proposal*, lanciata di recente dall'UNHCR per migliorare la gestione

⁶³ Tra i paesi “storici” possono essere ricordati l'Australia, il Canada, la Danimarca, la Finlandia, la Norvegia, la Nuova Zelanda, i Paesi Bassi, gli Stati Uniti, la Svezia e la Svizzera.

⁶⁴ I paesi di reinsediamento emergenti sono: l'Argentina, il Benin, il Burkina Faso, il Cile, l'Irlanda, l'Islanda, il Regno Unito e la Spagna.

⁶⁵ UNHCR, 2008 Global Trends: refugees, asylum seekers, returnees internally displaced and stateless persons, 16 giugno 2009.

⁶⁶ Si stima che la durata media di permanenza nei campi UNHCR sia di 12 anni.

dell'asilo nei paesi dell'Unione europea e procedere così verso un sistema comune a livello europeo. Una di queste direttrici, la *regional prong*, mira a promuovere soluzioni durature alla condizione dei rifugiati nella regione di origine e incoraggiare sempre più paesi ad attuare programmi di reinsediamento.

Lo Statuto elenca una serie di attività e misure di cui l'Alto Commissario può servirsi per ottemperare alle sue funzioni di tutela: promozione di ratifiche e supervisione dell'applicazione di convenzioni internazionali in materia, monitoraggio⁶⁷ e in alcuni Paesi coinvolgimento diretto nelle procedure per la determinazione dello *status* di rifugiato, nonché la promozione di legislazione nazionale in linea con gli standard internazionali in materia. Sul piano operativo, il personale dell'UNHCR si impegna a proteggere i rifugiati attraverso un'ampia gamma di attività: rispondendo a situazioni di emergenza, trasferendo i campi profughi lontano da zone di frontiera per migliorarne le condizioni di sicurezza, assicurando che le donne rifugiate abbiano accesso alla distribuzione del cibo e dei servizi sociali, riunendo le famiglie separate, fornendo informazioni sui loro paesi d'origine così che possano decidere in maniera ponderata l'eventuale ritorno, documentando la necessità di un rifugiato di reinsediarsi in un paese di secondo asilo, visitando i centri di detenzione e consigliando i Governi su progetti di legge in materia di rifugiati.

4.3 Prassi dell'UNHR in materia di "gender-based persecution"

L'attività dell'UNHCR è cresciuta e si è sostanzialmente differenziata in una pluralità di settori d'intervento. Come è stato detto, questo è stato reso possibile grazie alle risoluzioni adottate dall'Assemblea Generale, ma anche grazie alla prassi dell'organo esecutivo dell'UNHCR: l'ExCom. Da questo punto di vista, si è assistito quindi ad una

⁶⁷ La responsabilità di supervisione dell'UNHCR in base al proprio Statuto è ripresa nell'art.35 della Convenzione del 1951 e nell'art.II del Protocollo del 1967.

interpretazione evolutiva della Convenzione di Ginevra. Un caso⁶⁸ particolare che merita attenzione è l'evoluzione che vi è stata in materia di persecuzione di genere nel riconoscimento dello *status* di rifugiato. Fino ai recenti sviluppi in materia di tutela dei diritti umani, le pratiche discriminatorie basate sul genere e le mutilazioni genitali femminili non costituivano violazioni dei diritti umani. Soprattutto per l'ultima fattispecie elencata, tali azioni rientravano semplicemente nella sfera privata dell'individuo. I recenti sviluppi giurisprudenziali hanno messo in luce come le condotte lesive nei confronti delle donne costituiscano una chiara violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti. In virtù del nesso che esiste tra diritti umani e diritti dei rifugiati, questa evoluzione si è tradotta anche in quest'ultimo settore.

Infatti dal 1985, molti sforzi sono stati fatti dal Comitato esecutivo dell'UNHCR per applicare la Convenzione di Ginevra in virtù del principio di non-discriminazione anche alle donne vittime di violenze⁶⁹ e persecuzioni⁷⁰. Dieci anni dopo, il 7 ottobre 1995, il Comitato Esecutivo:

call[ed] upon the High Commissioner to support and promote efforts by States towards the development and implementation of criteria and guidelines on responses to persecution specifically aimed at women(. . .)
*In accordance with the principle that women's rights are human rights, these guidelines should recognize as refugees women whose claim to refugee status is based upon well-founded fear of persecution for reasons enumerated in the 1951 Convention and 1967 Protocol, including persecution through sexual violence or gender-related persecution*⁷¹.

Questa prassi coerente e costante costituita da *guidelines* e da *papers* del Comitato Esecutivo ha dato vita ad una tutela generalizzata in materia di tutela delle donne tale da riflettersi anche in diverse giurisprudenze⁷² e nella condotta di molti Stati⁷³.

⁶⁸ Nell'ultimo capitolo, sarà dedicata una maggiore attenzione alla questione dell'ampliamento delle forme di riconoscimento dello *status* di rifugiato.

⁶⁹ Si richiedeva inoltre di inserire nella tutela prevista dalla Convenzione anche fattispecie non espressamente previste quali la gravidanza forzata, le mutilazioni genitali, lo stupro, lo sfruttamento sessuale, la sterilizzazione, il traffico di essere umani e la prostituzione.

⁷⁰ Comitato Esecutivo, Conclusione N. 39 (XXXVI) 1985, *Refugee Women and International Protection*, par.s. b e k.

⁷¹ Comitato Esecutivo, Conclusione N. 77 (XLVI) 1995, *General Conclusion on International Protection*, par.a. g, UN doc. A/AC.96/878, IIIA.1. Vedi anche: UNHCR, *Division of International Protection, 'Gender-Related Persecution: An Analysis of Recent Trends'*, *International Journal of Refugee Law*, 1997, pp. 79–113.

⁷² Su questo punto è importante la giurisprudenza della Corte Penale Internazionale e la trasposizione nel proprio Statuto dei *c.d. "gender-based crimes"* come elementi per la valutazione di crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Riferimenti a queste tematiche sono rintracciabili anche nelle giurisprudenze dei Tribunali

Grazie agli stimoli da parte dell'UNHCR, gli Stati hanno riconsiderato le proprie condotte permettendo un più equo accesso al riconoscimento dello *status* di rifugiato anche alle donne vittime di violenze. Ciononostante, alle violenze subite deve corrispondere l'elemento della seria persecuzione individuale e del danno grave e fondato in caso di non accoglimento della domanda d'asilo". E' importante ricordare per questi fini, che secondo l'UNHCR, il concetto di "persecuzione" non richiede che il persecutore sia direttamente il governo, ma bisogna dimostrare in realtà la carenza della protezione dello Stato d'origine del richiedente asilo. Questa specificazione, ripresa in molteplici atti dell'UNHCR, serve per rispondere alle critiche di coloro che temevano che una tale apertura nei confronti delle persecuzioni di genere avrebbe aperto la porta ad eccessive richieste le cui motivazioni in realtà ricadevano esclusivamente nella *domestic jurisdiction* degli Stati in quanto previste da leggi nazionali.

Per meglio comprendere il concetto di "genere" è utile distinguerlo dal concetto di "sesso". Se quest'ultimo riguarda le differenze biologiche tra l'uomo e la donna, il concetto di "genere" è una costruzione culturale, che prende in considerazione le relazioni di potere tra l'uomo e la donna. La definizione del concetto di *gender* non è generalmente condiviso ma permette di prendere in considerazione gli aspetti culturali del rapporto uomo-donna. La prassi del Comitato esecutivo è stata su questo fronte molto importante poiché non vi era nessun riferimento alle questioni di genere e di orientamento sessuale né nella definizione di rifugiato, né nella Convenzione nel complesso⁷⁴.

In realtà è stato sostenuto come questa omissione fosse di fatto priva di rilevanza in quanto l'art.1. A è sempre stato interpretato alla luce del principio di non discriminazione tra uomini e donne, principio fondante della Convenzione.

Ne consegue che in virtù del principio di universalità, la definizione di rifugiato si applica a chiunque, salvo a coloro che ne non ne hanno titolo ai sensi della Convenzione stessa (art.1D. 1E, 1F).

internazionali per la exYugoslavia e per il Rwanda. A titolo di esempio può anche essere ricordata la giurisprudenza della Camera dei Lords: *Islam v. Secretary of State for the Home Department and R. v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah*, UK House of Lords.

⁷³Luglio 1996 (Australia); Immigration and Refugee Board, '*Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing, Gender-Related Persecution*', 25 Nov. 1996 (Canada); Immigration and Naturalization Service, '*Work Instruction No. 148 (Paesi Bassi): Women in the Asylum Procedure*', 1997 (Paesi Bassi)

⁷⁴ Nella definizione sono cinque i motivi che possono costituire la persecuzione: la razza, la religione, la cittadinanza, l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, le opinioni politiche. L'art. 3 relativo al principio di non discriminazione fa riferimento unicamente alla razza, alla religione o al paese d'origine.

Interpretazioni estensive per quel che riguarda le discriminazioni determinanti lo *status* di rifugiato sono state permesse dal frequente ricorso all'espressione "*perseguitato per la sua appartenenza ad un determinato gruppo sociale*". La prassi del Comitato Esecutivo ha dimostrato come in alcuni casi la tutela potesse essere estesa anche a individui perseguitati per le proprie inclinazioni sessuali, nonostante l'elemento non fosse chiaramente ricompreso nelle cinque determinanti dello *status* di rifugiato. E' stato inoltre chiarito che l'elemento del gruppo sociale si ha qualora si condividano "*shared attitudes and value systems intrinsic to the nature of the persons concerned which go to their identity or status*"⁷⁵. Quindi nonostante l'elemento sessuale non ricada espressamente nella tutela prevista dalla Convenzione, grazie all'ampia interpretazione del "*gruppo sociale*" sostenuta dal Comitato Esecutivo dell'UNHCR è stato fornito un ulteriore elemento di tutela e di aggiornamento della Convenzione senza necessità di rivederla formalmente.

Nonostante la Convenzione sia sempre stata caratterizzata dall'universalità della definizione di rifugiato, il mancato esplicito riferimento alla discriminazione sulla base del genere poteva costituire un'attenuante per quel che concerne un'applicazione parziale e "*gender biased*" dello riconoscimento dello *status* di rifugiato. Per colmare queste lacune, grazie alla prassi dell'UNHCR, si è assistito ad una tutela più ampia e finalmente esplicita per le donne vittime di persecuzione che ha consentito di non dover aggiungere uno specifico riferimento alla questione di genere.

Questi ampliamenti della tutela prevista dalla Convenzione ad opera del Comitato Esecutivo dell'UNHCR hanno costituito e tuttora costituiscono un meccanismo ottimale per rispondere alle esigenze di revisione di qualsiasi strumento internazionale. La costante

⁷⁵ Haines R. *Gender-related persecution*, documento redatto per conto l'UNHCR per una tavola rotonda di esperti riguardante "*gender-related persecutions*" nell'ambito delle *Global Consultations on International Protection* per il cinquantenario della Convenzione di Ginevra,

attenzione da parte dell'UNHCR permette di aggiornare la Convenzione e di considerarla ancora attuale.

Così, l'UNHCR, per cercare di svolgere sempre al meglio il proprio mandato ha dovuto adattarsi alle nuove situazioni che emergevano in un contesto diverso rispetto a quello del 1951. Spesso la propria capacità di adattamento ha costituito la forza stessa dell'organizzazione che le ha permesso di rileggere la propria vocazione alla luce di nuove sfide. Ciononostante, l'ampliamento eccessivo del proprio mandato ha portato l'UNHCR a gestire una quantità eccessiva di operazioni in modi contrastanti. Gli interventi umanitari degli anni '90 risultarono spesso lontani dalla propria finalità principale che è quella di proteggere e trovare soluzioni di lungo periodo.

Più che ampliare la propria attività in terreni ancora troppo scivolosi per l'organizzazione, l'UNHCR dovrebbe riaffermare il proprio ruolo di protezione dei rifugiati e di garante del rispetto dell'applicazione della Convenzione del 1951.

III. La normativa dell'Unione europea in materia d'asilo

- *1. L'evoluzione delle norme comunitarie in materia*

1.1 Il periodo della cooperazione intergovernativa dall'Accordo di Schengen al Trattato di Maastricht

Tutti i Paesi membri dell'Unione Europea hanno recepito nei loro ordinamenti la Convenzione di Ginevra e il Protocollo di New York, riferimenti in materia di asilo sono presenti anche all'art.18 della Carta di Nizza⁷⁶. Per comprendere quindi le ragioni che hanno spinto la Comunità europea a adottare norme proprie in materia di asilo, è opportuno ricordare come la disciplina dell'asilo abbia avuto un'evoluzione lenta e caratterizzata da diverse tappe.

Nei Trattati istitutivi delle Comunità europee del 1957, prima forma di integrazione europea con vocazione economica, la tematica del trattamento dei cittadini terzi era materia riservata alla competenza esclusiva degli Stati e non vi erano previsioni che disciplinassero lo *status* giuridico di rifugiati e richiedenti asilo. Il già presente fenomeno migratorio aveva connotati diversi rispetto a quello attuale, era prevalentemente intracomunitario e con finalità economiche; L'immigrazione non comunitaria e quella c.d. "umanitaria" ricoprivano così un ruolo marginale.

Inizialmente, salvo qualche tentativo di intromissione delle istituzioni comunitarie⁷⁷, l'opzione scelta dagli Stati non fu quella di attribuire alla Comunità una nuova competenza ma di privilegiare la via della cooperazione intergovernativa. Possiamo quindi considerare ai fini di una migliore comprensione che la cooperazione intergovernativa in materia di asilo e rifugiati si articola in due fasi, separate tra loro dal Trattato di Maastricht sull'Unione Europea⁷⁸ (TUE).

1.1.2 La prima fase

⁷⁶ L'art 18 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 afferma "il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra (...)"

⁷⁷ Tra le prime proposte bisogna richiamare l'intenzione della Commissione manifestata nel Libro Bianco del 1985 sul completamento del mercato interno, di presentare entro il 1988 una proposta di direttiva su rifugiati e richiedenti asilo. In Zagato L., *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006

⁷⁸ Trattato di Maastricht che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi. Sottoscritto il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1 gennaio 1993.

Nella “prima fase” (1986-1992) la materia dell’asilo e dell’immigrazione ha avuto degli sviluppi molto importanti: dall’Accordo di Schengen⁷⁹ del 14 giugno 1985 sulla eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, alla Convenzione di Applicazione di detto Accordo adottata il 19 giugno 1990, e infine la Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990 sulla determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda d’asilo presentata in uno degli Stati membri.

L’Accordo concluso a Schengen nel 1985 tra Germania, Francia e Benelux sull’eliminazione graduale dei controlli alle frontiere interne è completato nel 1990 da una Convenzione di applicazione alla quale aderiscono successivamente altri Stati membri tra i quali l’Italia⁸⁰. La Convenzione di Schengen dedica gli artt. da 28 a 38 (capitolo VII, titolo II) alla determinazione dello Stato responsabile dell’esame della domanda d’asilo.

La Convenzione, ribadendo gli obblighi assunti dagli Stati in sede internazionale con la Convenzione di Ginevra e con il relativo Protocollo, si propone di porre un argine al fenomeno dell’*asylum shopping*, cioè la presentazione ad opera del richiedente di successive domande d’asilo a più Stati membri alla ricerca della legislazione a lui più favorevole.

Secondo la Convenzione, l’unico Stato responsabile è quello attraverso il quale il richiedente asilo è entrato nel territorio comunitario (anche in caso di ingresso irregolare): quello che precedentemente ha rilasciato il visto o un titolo di soggiorno. Tale norma era temperata dalla clausola familiare e da quella umanitaria (ex art.36). Quest’ultima prevede che uno Stato, non competente ai sensi della Convenzione possa comunque valutare la richiesta per motivi umanitari (familiari o culturali) su richiesta dello Stato membro che l’abbia ricevuta. Inoltre, ai sensi dell’art.35 lo Stato che ha riconosciuto lo *status* di rifugiato è tenuto a valutare le richieste di asilo dei familiari (congiunto, ascendenti diretti, figli minori) di quest’ultimo.

Contenuto molto simile a tali disposizioni presenta la Convenzione di Dublino del 1990⁸¹. Il Protocollo di Bonn⁸² prevedeva che le disposizioni della Convenzione di Schengen

⁷⁹ Con l.n°338 del 30 settembre 1993 l’Italia ha ratificato e dato esecuzione agli Accordi di Schengen. Con l. n° 253 del 23 dicembre 1992 l’Italia ha ratificato e dato attuazione alla Convenzione di Dublino.

⁸⁰Il Regno Unito e l’Irlanda rimangono fuori dalla Convenzione, pur partecipando a taluni aspetti della cooperazione Schengen. Specifiche disposizioni sono invece previste per la Danimarca. Associate a Schengen sono anche l’Islanda e la Norvegia, pur non essendo Stati membri dell’Unione europea. Anche la Svizzera ha firmato un accordo con l’Unione europea e la Comunità europea con cui si è associata *all’acquis* di Schengen.

⁸¹ Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990, *sulla determinazione dello Stato competente a valutare una richiesta di asilo presentato in uno degli Stati della Comunità Europea*.

avrebbero cessato di essere applicabili a vantaggio di quelle contenute nella Convenzione di Dublino alla sua entrata in vigore. Tale Convenzione era diretta a risolvere il problema dei “rifugiati in orbita”, cioè i richiedenti asilo rinvii da uno Stato membro ad un altro in quanto nessuno Stato si ritiene né competente né responsabile per l’esame della domanda d’asilo, e il già menzionato fenomeno dell’*asylum shopping* (o *forum shopping*). I parametri individuati dalla Convenzione riprendono quelli previsti da Schengen: lo Stato che permette l’ingresso, regolare o meno, del richiedente asilo nell’ambito del territorio dell’Unione è responsabile della valutazione dell’istanza, indipendentemente da dove essa sia stata presentata.

Nel momento in cui, con il Trattato di Maastricht⁸³, gli Stati membri introducevano un titolo IV del Trattato dell’Unione Europea contenente le disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, né la Convenzione di Schengen né quella di Dublino erano ancora entrate in vigore. Il Trattato di Maastricht sarebbe entrato in vigore prima delle due Convenzioni⁸⁴.

1.1.3 La seconda fase

Il Trattato di Maastricht costituiva un momento di svolta obbligata, inaugurando la seconda fase della cooperazione intergovernativa nelle politiche migratorie e di asilo. Per un verso, riceveva conferma della persistente volontà degli Stati membri di mantenere tale materia all’esterno dell’ambito comunitario, per l’altro verso il Trattato formalizzava tale cooperazione inserendola nel Terzo Pilastro⁸⁵.

Il diritto di asilo veniva così disciplinato per la realizzazione degli obiettivi dell’Unione e in particolare della libera circolazione delle persone, dei servizi, cui era preliminare il controllo delle frontiere esterne. Ai fini della realizzazione della libera circolazione, la

⁸² L’art. 142 par.1 della Convenzione di Schengen aveva previsto un Comitato Esecutivo che con Risoluzione del 26 aprile 1994 si era trasformato in Protocollo approvato da tutte le Parti contraenti alla Convenzione (c.d. Protocollo di Bonn)

⁸³ Il Trattato di Maastricht è stato firmato il 7 febbraio 1992 e entrato in vigore il 1° novembre 1993

⁸⁴ La Convenzione di Schengen è entrata in vigore il 26 marzo 1995. La Convenzione di Dublino è entrata in vigore addirittura tra il settembre ’97 (per i dodici Stati originari che avevano firmato la Convenzione) l’ottobre ’97 (Austria e Svezia) e il gennaio ’98 (Finlandia). Con l. n°338 del 30 settembre 1993 l’Italia ha ratificato e dato esecuzione agli Accordi di Schengen. Con l. n° 253 del 23 dicembre 1992 l’Italia ha ratificato e dato attuazione alla Convenzione di Dublino.

⁸⁵ Il Trattato di Maastricht modifica la struttura europea arricchendola di un Terzo Pilastro in cui si sarebbe sviluppata la cooperazione tra Stati in materia di giustizia e sicurezza (GAI Titolo VI TUE). Nel terzo pilastro rientrano nove settori ritenuti di interesse comune: asilo; attraversamento delle frontiere esterne; immigrazione; lotta contro la droga e la tossicodipendenza; lotta contro la frode su scala intracomunitaria; cooperazione giudiziaria in materia civile e penale; cooperazione doganale e cooperazione tra servizi di polizia.

politica di asilo, considerata ai sensi dell'art. K 1 TUE “*una questione di interesse comune*”, veniva inserita tra i settori in cui gli Stati membri potevano prendere posizioni comuni⁸⁶ e dar vita ad azioni comuni “*qualora sulla base del principio di sussidiarietà gli obiettivi dell'Unione potessero essere meglio realizzati con un'azione comune che tramite azione dei singoli Stati*” (art K 3). Inoltre, gli Stati membri erano tenuti ad informarsi e a consultarsi reciprocamente in seno al Consiglio per coordinare le loro azioni.

Ai sensi del Trattato, la politica d'asilo, doveva rispettare la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e la Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati tenendo conto della protezione che gli Stati membri concedono alle persone perseguitate per fini politici (art. K 2)

Tuttavia si è spesso parlato dell'inadeguatezza⁸⁷ dei risultati conseguiti dalla cooperazione intergovernativa “post Maastricht” in materia di asilo. Questo sistema ha infatti dimostrato i propri limiti con la crisi jugoslava, con il disfacimento dello Stato albanese e con la seguente crisi del Kosovo e con la conseguente mancata assistenza internazionale a queste popolazioni. Inoltre, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, le prime applicazioni in materia hanno evidenziato le sovrapposizioni tra il Terzo Pilastro e gli Accordi di Schengen rendendo così evidente la necessità di ricondurre la disciplina ad un *unicuum*.

1.2 Il Trattato di Amsterdam e la “comunitarizzazione del Terzo Pilastro”

Sulla base del sostanziale fallimento della cooperazione intergovernativa prevista dal Capo VI del Trattato di Maastricht, il Trattato di Amsterdam,⁸⁸ finalizzato alla progressiva instaurazione di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia comune”, considera le materie dell'asilo e dell'immigrazione come oggetto di una politica comune dell'Unione.

Dal 1° maggio 1999, le norme del c.d. Terzo Pilastro⁸⁹ -gli Accordi di Schengen e le modifiche apportate da Maastricht- sono state “comunitarizzate” incorporate quindi nel

⁸⁶ Le posizioni comuni comportano per gli Stati membri l'obbligo di conformarsi sul piano interno e nella loro politica estera. Le azioni comuni sono azioni coordinate dagli Stati membri, attuate in nome o nel quadro dell'Unione.

⁸⁷ Vedi per esempio L.Zagato, in op. cit, p.40 e Bilotta Cappelletti, il Diritto d'asilo, CEDAM, Padova, 2006. E' da notare poi che il Parlamento europeo e la Commissione hanno presentato decise istanze al fine di essere coinvolte in modo più significativo ed incisivo nelle materie in questione.

⁸⁸ Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999.

⁸⁹ Soltanto la cooperazione di polizia e quella giudiziaria in materia penale a cui il nuovo trattato aggiunge la prevenzione e la lotta contro il razzismo e la xenofobia, resteranno soggette alle disposizioni del terzo pilastro.

Primo Pilastro dell'Unione Europea. La disciplina positiva in tema di diritto d'asilo è prevista principalmente nel Trattato sulla Comunità Europea (TCE) in cui, con il Trattato di Amsterdam è stato inserito il Titolo IV “*Visto, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone*”(artt.61-69).

E' stato così previsto che nei primi cinque anni dall'entrata in vigore di detto Trattato, il Consiglio –su proposta della Commissione o su iniziativa di un altro Stato membro, previa consultazione del Parlamento Europeo- potesse adottare all'unanimità misure utili ad attuare progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art.67 TCE). Trascorso detto quinquennio in cui il Consiglio era dotato di ampio potere discrezionale, il potere d'iniziativa legislativa sarebbe stato trasferito esclusivamente alla Commissione, comunque tenuta a valutare qualsiasi richiesta formulata dagli Stati membri.

Il Consiglio poteva, inoltre decidendo all'unanimità –previa consultazione del Parlamento europeo- assoggettare uno o più settori afferenti, tra l'altro il diritto d'asilo, alla procedura di codecisione e al voto a maggioranza qualificata.

Il Trattato di Amsterdam ha rafforzato il ruolo della Corte di Giustizia, che in precedenza non aveva la competenza⁹⁰ a controllare le misure adottate dal Consiglio. In virtù del nuovo Titolo IV la Corte sarà competente nei seguenti casi: qualora una giurisdizione nazionale di ultima istanza le chieda di pronunciarsi su una questione di interpretazione delle disposizioni di questo titolo e degli atti comunitari derivati per emanare la propria sentenza; qualora il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro le chiedano di pronunciarsi su una questione di interpretazione di questo titolo e degli atti comunitari derivati.

Nell'ambito delle disposizioni previste dal Titolo IV TCE, l'art.63 par.1 attribuisce la competenza ad adottare misure di asilo “a norma della Convenzione di Ginevra” del '51, del relativo Protocollo del 1967, nonché “degli altri trattati permanenti”. Il richiamo agli strumenti internazionali è verosimilmente da intendersi nel senso che le normative comunitarie dovrebbero essere conformi a quanto da essi previsto; di conseguenza il contrasto con la Convenzione di Ginevra e con gli altri trattati operanti in materia dovrebbe

⁹⁰ Solo le convenzioni potevano contenere una clausola che attribuisse competenza alla Corte per interpretare le disposizioni e per pronunciarsi nelle controversie riguardanti la loro applicazione

determinare l'illegittimità dell'atto normativo incompatibile anche qualora non ricorrano i presupposti enunciati dalla Corte di Giustizia⁹¹.

Inoltre, il richiamo alla Convenzione di Ginevra lascia anche intendere che dovrebbe essere accolta dalla Comunità la nozione di rifugiato enunciata dalla Convenzione. Potrebbe, tuttavia, essere elaborata una definizione più ampia rispetto a quella della Convenzione. Il diritto comunitario ha dato successivamente (nella direttiva 2004/83 su cui vedi *infra*) una definizione di rifugiato qualificando come tale qualsiasi cittadino di un paese terzo il quale, per il fondato timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova al di fuori del paese di cui ha la cittadinanza e non può o non vuole avvalersi della protezione di quel paese, oppure un apolide che si trova fuori dal paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni del rifugiato (art.2 comma 1, lett.c dirett. 2004/83).

In particolare l'art.63 par.1 indica le misure che devono essere adottate in materia di asilo a norma della Convenzione di Ginevra. Si precisano quattro settori: uno (lett.a) sui criteri e meccanismi relativi alla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo, gli altri tre (lett.b,c,d) sulle norme minime in materia di accoglienza dei richiedenti asilo, di attribuzione della qualifica di rifugiato e di procedure applicabili alla concessione o revoca dello *status* di rifugiato. In questi settori gli Stati membri sono tenuti ad applicare norme minime ciò che non pregiudica la possibilità per gli Stati di prevedere norme interne più favorevoli ai richiedenti asilo.

L'art.63 par.2 prevede poi l'adozione di misure applicabili ai rifugiati e agli sfollati⁹² in due settori:

a) quello delle norme minime per assicurare protezione temporanea agli sfollati che non possono ritornare nel proprio paese e per le persone che richiedono protezione internazionale; b) quello della promozione di un equilibrio degli sforzi fra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza.

⁹¹ La Corte di Giustizia richiede che l'accordo sia vincolante per la Comunità; ciò non si verifica per la Convenzione perché la Comunità non ne è parte e ne può essere prospettato un fenomeno di sostituzione come è avvenuto nel caso del GATT in quanto la competenza in materia di asilo non è esclusiva. In ogni caso nemmeno il secondo presupposto affinché la non conformità ad un accordo determini l'illegittimità di un atto normativo- cioè che l'accordo produca effetti diretti- sembra sussistere riguardo a gran parte delle disposizioni della Convenzione di Ginevra. In La libera circolazione delle persone, Adinolfi A. in Strozzi. Diritto dell'Unione Europea

⁹² Alla stregua del diritto comunitario occorre distinguere i richiedenti asilo dagli sfollati. Infatti, questi ultimi sono costretti ad abbandonare il proprio Paese per ragioni diverse dalla persecuzione individuale e dunque non appare applicabile in loro favore la normativa in materia d'asilo.

Nel porre il fondamento per l'azione della Comunità in questa materia, gli Stati hanno quindi dato riconoscimento ad istanze di tutela non soddisfatte nell'ambito del vigente sistema convenzionale di protezione dei rifugiati, tenendo conto delle forme di protezione complementare e sussidiaria da essi elaborata al fine di accordare ai richiedenti asilo una protezione adeguata nel caso non avessero potuto godere di una protezione adeguata ai sensi della Convenzione di Ginevra, ma avessero comunque bisogno di una tutela internazionale⁹³.

Oltre alle previsioni contenute negli artt. 61-69 TCE, in materia di trattamento del richiedente asilo è pertinente anche il Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione. Poiché gli Stati membri tendono a riconoscersi reciprocamente "paesi di origine sicura", il Protocollo esclude che una domanda d'asilo presentata da un cittadino di uno stato membro possa essere presa in considerazione, tranne in alcune condizioni tassativamente indicate.

Un primo caso si presenta allorché uno Stato abbia preso misure eccezionali ai sensi dell'art.15⁹⁴ della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) derogando così agli obblighi che derivano dalla Convenzione. Un secondo caso si ha nell'ipotesi in cui nei confronti dello Stato membro del quale il richiedente è cittadino sia stata avviata una procedura per violazione grave e persistente dei diritti fondamentali. Vi è infine il caso in cui uno Stato membro accetti unilateralmente di valutare la domanda di asilo pur partendo dalla presunzione che tale domanda sia infondata.

1.2.1 Dal Consiglio europeo di Tampere all'Aia.

Il Trattato di Amsterdam ha dunque stabilito per la prima volta una competenza della Comunità in materia di asilo, creando la base giuridica⁹⁵ per l'adozione di norme comunitarie.

Il quadro politico per l'esercizio di tale nuova competenza comunitaria è stato fissato dal Consiglio Europeo di Tampere del 14-15 ottobre 1999 in cui si sono delineate le linee di azione per la realizzazione di un vero e proprio spazio europeo di libertà, sicurezza e

⁹³ La volontà di allargare la protezione si può già derivare dagli abrogati articoli K1 e K2 del Trattato di Maastricht sull'Unione Europea. L'articolo K2 stabiliva che le norme relative all'asilo si applicavano unicamente a coloro che erano perseguitati per fini politici.

⁹⁴ L'art.15 ammette la possibilità di derogare alle disposizioni (salvo il c.d. "nucleo duro") nel caso di guerra o altro pericolo pubblico in stretta misura in cui la situazione lo richiede e conformemente al diritto internazionale.

⁹⁵ Si parla dell'art.63 come base giuridica poiché le disposizioni del Titolo IV sono prive di effetti diretti.

giustizia. In particolare, le Conclusioni di Tampere hanno individuato quattro settori in cui sviluppare politiche comuni: asilo ed immigrazione; spazio europeo di giustizia; lotta contro la criminalità; maggiore incisività dell'azione esterna.

Per la questione dell'asilo fu adottato un Programma che indicava gli atti che avrebbero dovuto rappresentare l'attuazione dell'art.63. I capi di Stato e di Governo raccomandarono lo sviluppo di una politica comune dell'Unione che includesse l'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo, basato sulla Convenzione di Ginevra in ogni sua componente e sui valori comuni a tutti gli Stati membri, oltre che nel rispetto del principio di *non-refoulement*. Il piano di base per l'attuazione di tale regime consisteva nell'instaurazione di una procedura comune in materia di asilo e di uno *status* uniforme validi nell'intera Unione e si articolava in due fasi:

- 1) una prima fase di breve periodo (1999-2005) in cui si proponeva di armonizzare gli ordinamenti giuridici nazionali attraverso l'adozione di norme minime che garantissero equità, efficienza e trasparenza. Tale fase si basava su quattro punti: la determinazione dello Stato responsabile per la domanda di asilo, l'elaborazione di norme minime riguardo la procedura di asilo, la qualifica e il contenuto dello status di rifugiato e di protezione sussidiaria.
- 2) Una seconda fase, di lungo periodo, volta all'effettiva creazione di una procedura comune in materia di asilo e all'instaurazione di uno status uniforme per coloro che hanno ottenuto l'asilo o la protezione sussidiaria validi nell'intera Unione.

Al successivo Consiglio europeo dell'Aia del 4-5 novembre 2004 vennero elencate dieci priorità⁹⁶ dell'Unione dirette a rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2005-2010. Tuttavia il Consiglio si limitò a ribadire quanto stabilito a Tampere e adottò un Programma per il perfezionamento delle iniziative fino a quel momento perseguite. Per mettere in pratica tali obiettivi, il 10 giugno 2005 il Consiglio approvò, su proposta della Commissione, un Piano d'azione⁹⁷ che elenca misure molto precise e concrete, con relative scadenze, per l'attuazione delle priorità del programma dell'Aia.

⁹⁶Si tratta in particolare di rafforzare i Diritti fondamentali e la cittadinanza, lottare contro il terrorismo, definire un'impostazione equilibrata relativa all'immigrazione, instaurare una procedura comune d'asilo, massimizzare le ricadute positive dell'immigrazione, definire una gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione, trovare un giusto equilibrio fra tutela della vita privata e sicurezza in sede di scambio di informazioni, elaborare un'impostazione strategica contro la criminalità organizzata, garantire un effettivo spazio europeo di giustizia e condividere le responsabilità e gli interventi di solidarietà.

⁹⁷ "Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del programma dell'Aia inteso a rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia dell'Unione europea"

- 2. La politica comune degli Stati in materia di asilo

Questa prima fase, volta alla creazione di un regime europeo in materia di asilo, aveva l'obiettivo di istituire delle norme minime comuni che portassero ad una armonizzazione delle discipline nazionali, ferma restando la possibilità di istituire norme interne più favorevoli. Tra il 1999 e il 2005, gli strumenti adottati per la protezione dei rifugiati sono stati molteplici: si sottolineano in particolare quattro direttive specifiche e quattro regolamenti che trovano nell'art.63 par.1,2 lett.a il loro fondamento giuridico.

- a) quattro direttive: la direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea, la direttiva 2003/9/CE sulle condizioni di accoglienza la direttiva 2004/83/CE sulle qualifiche, la direttiva 2005/85/CE sulle procedure,
- b) quattro regolamenti che costituiscono il c.d. sistema di Dublino: il regolamento CE 343/2003 (reg. Dublino II, che modifica la Convenzione di Dublino del 1990), il regolamento CE 2725/2000 (reg. Eurodac) e i rispettivi regolamenti di attuazione (CE 407/2002 e 1560/2003).

2.1 Le direttive adottate

La procedura seguita per l'adozione della normativa derivata è prevista all'art.67 par.1 TCE che prevede il potere di iniziativa legislativa condiviso tra Stati membri e Commissione con un ruolo meramente consultivo del Parlamento e la necessità dell'unanimità per le decisioni del Consiglio⁹⁸.

- La direttiva 2001/55⁹⁹ ha il merito di estendere la protezione internazionale ad

una portata ben più ampia di beneficiari rispetto alla Convenzione di Ginevra. Di fatto copre un settore, quello degli sfollati¹⁰⁰ non tutelato dalla normativa internazionale e prevede un meccanismo di redistribuzione degli oneri per gli Stati che accolgono sfollati. Inoltre, la direttiva istituisce lo *status* di "protezione temporanea" non previsto dalla

⁹⁸ Con le modifiche introdotte al Trattato di Amsterdam dal Trattato di Nizza e a seguito della decisione del Consiglio n°2004/927/CE del 22.12.04 si applica, a decorrere del 1° gennaio 2005, la procedura di codecisione, utilizzata nella "seconda fase" della politica di asilo.

⁹⁹ Tale direttiva è stata attuata dal Decreto legis. 7 aprile 2003 n°85, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n° 93 del 22 aprile 2003.

¹⁰⁰ La direttiva si rivolge a "*persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica*" nonché "*le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistemiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni*"

Convenzione del '51 come strumento straordinario che non ha tuttavia l'obiettivo di sostituirsi al riconoscimento dello *status* di rifugiato per coloro che ne abbiano titolo. Perché venga concessa la protezione temporanea il Consiglio è tenuto ad accertare, con decisione adottata a maggioranza qualificata, l'esistenza di un afflusso massiccio¹⁰¹ di persone.

Ciononostante, la direttiva suscita alcune perplessità¹⁰² in merito al diritto al lavoro. Nell'ambito della Convenzione del '51 il diritto al lavoro è disciplinato all'art.17 Capo III in cui viene stabilito che ai rifugiati deve essere garantito il *“trattamento più favorevole, concesso nelle stesse circostanze ai cittadini di uno Stato estero, per ciò che concerne l'esercizio di un'attività professionale dipendente.”* Ad ogni modo, ai sensi del par.2 del medesimo articolo, i rifugiati non possono essere subordinati alle *“misure restrittive”* prese nei confronti di stranieri salvo che queste siano già applicate prima dell'entrata in vigore della Convenzione. Addirittura, l'ultimo paragrafo chiede agli Stati di considerare la parificazione dei diritti tra cittadini e rifugiati qualora questi siano entrati nel territorio di uno Stato parte sulla base di un programma di assunzione di mano d'opera.

Queste disposizioni previste nella Convenzione del '51 particolarmente favorevoli ai rifugiati non vengono riprodotte nella direttiva 2001/55. In effetti, ai sensi dell'art.12 (dirett.) il diritto al lavoro può essere compresso per dare precedenza ai cittadini dell'Unione o a quelli appartenenti allo Spazio economico europeo o a cittadini di Stati terzi legalmente residenti nel territorio dello Stato membro.

Altro limite sembra essere il mancato riferimento al diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione, se si considera che gli Stati membri, conformemente alle convenzioni sottoscritte dovrebbero riconoscerlo a tutti.

Si può comunque concludere affermando che tale direttiva costituisce un importante sviluppo verso il rafforzamento degli istituti di protezione internazionale anche nei confronti di individui non espressamente presi in considerazione dalla Convenzione del '51. La tutela prevista a livello comunitario sembra quindi garantire una protezione maggiore rispetto agli strumenti internazionali in materia.

- La direttiva 2003/9¹⁰³, relativa all'accoglienza dei richiedenti asilo prevede

¹⁰¹ Per afflusso massiccio la dirett. in oggetto all'art.2 par.d, intende l'arrivo nella Comunità di “un numero considerevole di sfollati, proveniente da un paese determinato o da una zona geografica determinata” sia che l'arrivo sia spontaneo o agevolato da programmi di evacuazione da zone di crisi.

¹⁰² Come sottolineano Bilotta e Cappelletti in *Diritto d'asilo*,2006

¹⁰³ Tale direttiva è stata attuata con il Decreto legislativo 30 maggio 2005 n°140, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n°168 del 21 luglio 2005.

l'obbligo di applicare *standards* minimi di trattamento in tutti i casi e in tutte le fasi della procedura nonché la possibilità per gli Stati membri di mantenere o introdurre condizioni più vantaggiose. Ai sensi dell'art. 3 par.3, la direttiva non si applica a coloro che beneficiano di protezione conformemente alla dirett. 2001/55, ferma restando la possibilità per gli Stati membri di applicare tale direttiva anche a coloro che *non* rientrano nella definizione di rifugiato della Convenzione ai sensi dell'art.1A o che si siano visti negare lo *status* di rifugiato. Può quindi essere ribadita la tesi secondo la quale la tutela garantita dal diritto comunitario sembra essere ben più ampia rispetto a quella prevista dalla Convenzione.

Gli obblighi ai quali sono soggetti gli Stati sono previsti all'art. 5 che stabilisce un dovere di informazione per i richiedenti asilo entro 15 giorni dalla presentazione della domanda per informarli su qualsiasi beneficio riconosciuto (per esempio assistenza legale) e sugli obblighi loro spettanti in riferimento alle condizioni di accoglienza. Inoltre ai sensi dell'art.6 entro tre giorni dalla presentazione della domanda deve essere attribuito un documento individuale al rifugiato che attesti la propria condizione di richiedente asilo e che gli permetta di soggiornare legalmente sul territorio dello Stato durante la valutazione della propria domanda.

Tuttavia, la direttiva lascia un'ampia discrezionalità allo Stato membro nel limitare o prescrivere condizioni alla libertà di circolazione e residenza dei richiedenti asilo e perfino di confinarli in un determinato luogo (art.5 par.4) quando queste limitazioni dovrebbero costituire misure straordinarie. E' stato osservato¹⁰⁴ che tali disposizioni pongono un problema di compatibilità con l'art.2 comma 3 del Protocollo 4 della CEDU per il quale nessuna restrizione può essere posta alla libertà di circolazione se non quelle previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute, della morale o dei diritti o della libertà altrui.

Altro punto forte di criticità è suscitato dall'art.16 par.2 che consente agli Stati membri di rifiutare l'accoglienza qualora il richiedente "*non abbia dimostrato di aver presentato la sua domanda non appena ciò fosse ragionevolmente fattibile*" dopo il suo arrivo nello Stato membro. Il criterio del "*ragionevolmente fattibile*", se applicato rigidamente può porre il possibile ricorrente, privo di mezzi e di relazioni linguistiche e di informazioni, nella concreta impossibilità di avviare la procedura d'asilo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ L.Zagato, *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, 2006 e Bigotta e Cappelletti, *op.cit*

¹⁰⁵ Commento fatto alla direttiva dall'UNHCR.

Vengono inoltre mantenute le limitazioni che comprimono il diritto al lavoro, così come messe in luce nella direttiva 2001/55¹⁰⁶ (*vedi supra*). Inoltre, durante la fase in cui la domanda di asilo è pendente, il richiedente asilo non può avere accesso al lavoro salvo che dopo un anno l'esito della procedura non sia stato ancora deciso.

- Il Consiglio, con la direttiva 2004/83¹⁰⁷ (c.d. direttiva qualifiche) *recante norme minime sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale* ha voluto dare una risposta a tutte quelle situazioni che, all'epoca della Convenzione di Ginevra non avevano rilievo. A questo fine la direttiva ha previsto in aggiunta allo *status* di rifugiato, uno *status* di protezione, sussidiaria, per le situazioni non sono riconducibili all'ambito di applicazione della Convenzione. Se con riferimento allo *status* di rifugiato, la direttiva disciplina a livello comunitario una materia fino ad allora regolata dalla Convenzione fornendo un'interpretazione vincolante per tutti gli Stati membri, rispetto alla protezione sussidiaria la direttiva opera un'armonizzazione delle discipline nazionali che prevedono tale *status* di protezione.

Se da un verso tale direttiva amplia la nozione di responsabile di persecuzioni verso il richiedente asilo “*ai partiti e alle organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente di esso*” (art.6 lett.b), dall'altro prevede al contempo una tutela aggiuntiva rispetto alla Convenzione del'51.

Ai sensi dell'art.2, i soggetti ammissibili a tale protezione sono coloro che pur non possedendo i requisiti per essere ammessi allo *status* di rifugiato, sono comunque esposti al rischio di un danno grave¹⁰⁸ ove rimpatriati. Sono inoltre ammissibili casi in cui la richiesta di protezione sorga per avvenimenti accaduti nel Paese d'origine successivamente alla partenza (c.d. protezione *sur place*). La previsione a livello comunitario della protezione sussidiaria costituisce dunque un ulteriore passo avanti a livello nazionale rispetto alla tutela offerta dall'art.3 CEDU.

E' tuttavia discrezione degli Stati membri applicare alle domande di protezione sussidiaria le disposizioni delle direttive 2003/9 (*vedi supra*) e 2005/85 (*vedi infra*) in merito ai mezzi

¹⁰⁶ La medesima disposizione della direttiva 2001/55 è ripresa all'art.11 par.4 è stabilito che per “ *Per ragioni legate alle politiche del mercato del lavoro, gli Stati membri possono dare la priorità ai cittadini dell'UE e ai cittadini degli Stati parti dell'accordo sullo spazio economico europeo, nonché ai cittadini di paesi terzi in soggiorno regolare*”.

¹⁰⁷ La direttiva è stata attuata con il Decreto legislativo del 19 novembre 2007 n°251, in vigore dal 19 gennaio 2008.

¹⁰⁸ Per danno grave, ai sensi dell'art. 15 si deve intendere condanna a morte, tortura o altra forma di trattamento inumano o degradante, o infine “minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazione di conflitto armato interno o internazionale”.

di ricorso. Ne consegue che il diritto all'impugnazione delle decisioni negative è conferito ai soli richiedenti asilo; la sua estensione a quanti richiedano forme di protezione sussidiaria è lasciata invece alla discrezionalità degli Stati membri.

La differenza tra i due *status* è sostanziale, derivando a seconda del riconoscimento dell'uno o dell'altro, una protezione di contenuto differente, in particolare data l'ampia discrezionalità attribuita agli Stati per definire il contenuto dei diritti della protezione sussidiaria. La distinzione tra i due istituti non dovrebbe essere quindi rappresentata dalla necessità di protezione o meno, che è medesima e dovrebbe essere soddisfatta allo stesso modo, ma nella presenza o meno di una base giuridica internazionale che riconosca tale bisogno.

Si discute spesso in materia di istituire uno *status* uniforme che garantisca la stessa tutela a chi richiede protezione internazionale, sia che soddisfi i criteri previsti dalla Convenzione di Ginevra, come interpretati dal diritto comunitario, sia che tali criteri non soddisfatti, ma sia ammissibile alla protezione sussidiaria.

Tale soluzione avrebbe degli indubbi vantaggi, permetterebbe di attribuire la protezione internazionale a coloro che ne hanno bisogno, presentando semplicemente una richiesta di protezione internazionale e spetterebbe all'autorità competente decidere se ammetterla come protezione sussidiaria o come *status* di rifugiato. Si ridurrebbero così le impugnazioni in caso di mancato riconoscimento dello *status* di rifugiato, e di riconoscimento della protezione sussidiaria: avendo i due *status* il medesimo contenuto, verrebbe meno l'interesse ad agire.

- La direttiva 2005/85¹⁰⁹ del Consiglio *recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato* (“Direttiva Procedure”) prevede all'art 3 par.4 che gli Stati membri possano applicare tale direttiva nei procedimenti volti a garantire qualsiasi forma di tutela internazionale. Questa direttiva introduce per la prima volta il ruolo consultivo dell'UNHCR ai fini della domanda di asilo.

La direttiva rinvia molte questioni alla legislazione nazionale occupandosi prevalentemente di fornire delle definizioni (per esempio: il concetto di paese di primo asilo e di paese terzo sicuro) che dovrebbero costituire i presupposti per l'adozione di procedure eque ed efficaci. Qualora la domanda d'asilo provenga da un cittadino di un “paese terzo sicuro”, questa è

¹⁰⁹ Tale direttiva è stata attuata con Decreto legislativo del 28 gennaio 2008 n°25, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n°40 del 16 febbraio 2008. Su tale direttiva pende la minaccia di un ricorso del Parlamento europeo, ai sensi dell'art.230 del Trattato, per mancata presa in considerazione da parte del Consiglio dei molteplici emendamenti presentati dal Parlamento europeo.

“dichiarata infondata salvo che siano invocati gravi motivi per non ritenere sicuro quel Paese nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente”. Tra i gravi motivi possono essere comprese gravi discriminazioni e repressioni di comportamenti riferiti al richiedente e che risultano oggettivamente perseguiti nel Paese d'origine o di provenienza e non costituenti reato per l'ordinamento italiano. Il direttore del Consiglio Italiano per i Rifugiati, Christopher Hein, ha fortemente criticato questo concetto, in quanto in tal modo si *“potrà causare il diniego pressoché automatico di una richiesta presentata da un cittadino proveniente da un Paese che rientra in tale definizione, ledendo in tal modo il principio di soggettività che è alla base del diritto d'asilo. (...) Ogni richiesta di protezione deve essere esaminata individualmente e non su base di presupposti astratti e generalizzati”*¹¹⁰.

In merito a questa direttiva, B. Nascimbene¹¹¹ sottolinea com, da un lato il livello di armonizzazione è troppo basso e dall'altro è sostituito da un margine di flessibilità troppo alto (su 46 disposizioni, ben 42 sono clausole di deroga) perché si possa ritenere raggiunto l'obiettivo posto a Tampere di norme comuni per procedure di asilo eque ed efficaci.

2.2 La comunitarizzazione della Convenzione di Dublino e il sistema Eurodac

Un ulteriore atto che completa la “prima fase” del sistema di asilo comune europeo è il regolamento 343/2003 (Dublino II). Tale regolamento riproduce nei principi e nei criteri per l'identificazione dello Stato responsabile dell'esame della domanda d'asilo la Convenzione di Dublino del 1990, la quale viene modificata con alcune disposizioni frutto dell'evoluzione della materia. La gerarchia dei criteri per l'individuazione dello Stato competente rimane comunque immutata rispetto alla Convenzione di Dublino.

L'obiettivo di tale regolamento è quello di creare un regime unico per identificare con chiarezza e rapidità lo Stato membro, considerato paese sicuro per i cittadini di Stati terzi, competente ad analizzare la domanda d'asilo e per evitare scarichi di responsabilità da parte degli Stati.

¹¹⁰ CIR, 18 gennaio 2007.

¹¹¹ B.Nascimbene ISPI Working Paper, Il futuro della politica d'asilo, n°25-Giugno 2008

A partire dal momento in cui uno Stato riceve una domanda di asilo¹¹², uno Stato membro ha tre mesi per presentare una richiesta di presa in carico allo Stato che ha ricevuto la domanda, se si ritiene competente all'esame della domanda; trascorso tale periodo, il primo Stato è responsabile. Tale procedura riproduce la c.d. *sovereignty clause* prevista all'art.3 par.2 in cui se uno Stato membro, diverso da quello da cui spetterebbe l'esame (secondo i criteri stabiliti) decide di esaminare la richiesta, non è necessario a tal fine il consenso dell'interessato, contrariamente alla disposizione originaria¹¹³ prevista nella Convenzione. Il regolamento introduce poi una sanzione per lo Stato che non rispetta il termine per il trasferimento del richiedente (sei mesi dal momento dell'accettazione da parte dello Stato competente): alla sua scadenza, infatti, la responsabilità dell'esame della domanda ricade sullo Stato membro inadempiente.

Di particolare interesse risulta la novità introdotta in tema di domande di asilo presentate nelle zone internazionali di transito negli aeroporti (Art.12). Spesso gli Stati hanno utilizzato queste zone per aggirare l'obbligo di *non refoulement* della Convenzione del '51 (art.33), confinando i richiedenti asilo in dette zone impedendo loro di raggiungere la frontiera, dove deve essere garantito l'obbligo l'art 33 della Convenzione. La nuova disposizione secondo cui "*quando la domanda di asilo è presentata in una zona internazionale di transito di un aeroporto di uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo, detto Stato membro è competente per l'esame della domanda*", dovrebbe quindi garantire l'accesso alla protezione anche a chi la richiede in dette zone.

E' giocoforza ammettere che tale regolamento riproduce gli aspetti più deficitari della Convenzione di Dublino in particolare quello della determinazione dello Stato competente, che genera dei dubbi di compatibilità con gli obblighi assunti in sede internazionale. Secondo alcuni autori¹¹⁴ quindi il regolamento Dublino II costituirebbe "un arretramento" rispetto ai parametri di tutela della Convenzione di Dublino.

Altro atto che ha suscitato alcune perplessità è il regolamento 2725/2000 che istituisce il sistema EURODAC, per l'efficace funzionamento del regolamento di Dublino. Il sistema EURODAC prevede la costituzione di un sistema informatico con un' unità centrale dotata

¹¹² Il meccanismo si applica solo alle domande di protezione internazionale, ai sensi della Convenzione di Ginevra, non ha trovato accoglimento la richiesta di alcuni Stati (Finlandia, Olanda e Svezia) di allargare la tutela alle ipotesi di protezione sussidiaria. In questo senso, *tutte le domande di protezione devono essere considerate domande di asilo, salvo che il cittadino di uno Stato terzo solleciti esplicitamente un distinto tipo di protezione, che può essere richiesto con domande separate* (art.2 lett, c reg.).

¹¹³ Ci si riferisce all'art.3 par.4 della Convenzione secondo il quale: "*ogni Stato membro ha diritto di prendere in esame una domanda di asilo presentatagli da uno straniero anche se detto esame non gli compete (...) a condizione che il richiedente asilo vi consenta.*"

¹¹⁴ L. Zagato, *op.cit.* e Bilotta e Cappelletti, *op. cit.*

di una banca dati in cui vengono raccolte le impronte digitali dei richiedenti asilo trasmesse dagli Stati membri e gestite dalla Commissione per conto degli Stati (art. 3). Gli Stati, unici soggetti a poter prelevare le impronte, sono responsabili per la correttezza del rilevamento e del trattamento dei dati e per la legalità dell'uso dei dati ricevuti dal sistema centrale. Le categorie di persone alle quali devono essere prelevate le impronte sono tre:

- 1) i richiedenti asilo al momento della domanda (art.4), il cui dati devono essere conservati per dieci anni salvo cancellazione per acquisita cittadinanza dello Stato e congelamento nel caso di riconoscimento dello *status* di rifugiati.
- 2) gli stranieri fermati per attraversamento di una frontiera esterna dell'UE (Art.8, 9). In tal caso i dati vengono conservati per due anni.
- 3) i cittadini di paesi terzi irregolarmente presenti sul territorio. In questo caso, non solo il rilievo e la trasmissione delle impronte di costoro da parte dello Stato membro sono facoltative, ma l'impronta può essere utilizzata solo per un confronto immediato, senza registrazione né mantenimento nel sistema.

A questo punto alcune considerazioni devono essere fatte. Considerata l'attenzione ad assicurare la legalità e la finalità limitata del regolamento 2725/2000, l'inserimento dei dati riguardanti i richiedenti asilo mal si configura con le esigenze di proporzionalità e adeguatezza che la disciplina dei dati richiede¹¹⁵. Vengono divulgati, anche se tra Stati, dati particolarmente sensibili senza particolare attenzione alla privacy di coloro la cui vita è spesso a rischio. E' inoltre fonte di dubbio la mancata equiparazione dei richiedenti asilo al regime degli stranieri. Infatti, il trattamento previsto per i richiedenti asilo sembra essere peggiore rispetto a coloro che sono cittadini di Stati terzi presenti irregolarmente sul territorio. Tale norma sembra quindi porsi in netto contrasto con la più volte richiamata finalità umanitaria della Convenzione di Ginevra, alla quali tutti gli atti comunitari sono tenuti a conformarsi.

2.3 La Seconda fase del regime comune europeo di asilo

Quanto sopra illustrato costituisce quella che è stata considerata dal Consiglio di Tampere come la prima fase della politica comune in materia di asilo. Gli strumenti legislativi analizzati miravano a armonizzare le norme, garantire alle persone autenticamente

¹¹⁵ Commento di L. Zagato, *op. cit.*

bisognose di essere protette l'accesso ad un livello adeguato di protezione e al contempo far avere un trattamento equo ed efficiente a quanti non ricadano in una protezione specifica. L'obiettivo ultimo del regime comune europeo, secondo quanto previsto dal Programma dell'Aja, consisteva nell'istituire una procedura comune ed uno *status* uniforme riconosciuti in tutta l'Unione, per tutte le persone bisognose di protezione internazionale. Il Programma dell'Aia invitava quindi la Commissione ad effettuare una valutazione del recepimento e dell'attuazione degli strumenti giuridici adottati e nel contempo avviare la seconda fase del regime europeo comune in materia di asilo con la presentazione di nuove proposte per permetterne l'adozione entro 2010.

Nel febbraio 2006, come primo atto, la Commissione ha presentato una Comunicazione sul rafforzamento della cooperazione pratica nel settore della politica d'asilo, conformemente a quanto richiesto dal Consiglio europeo. Tale rafforzamento risponde alla necessità di dare un'applicazione uniforme ed efficiente agli strumenti normativi adottati fino ad ora, con l'obiettivo di realizzare un sistema comune interamente armonizzato non solo dal punto di vista normativo ma anche della prassi. Il successivo passo avanti verso un'effettiva costituzione del regime d'asilo è stata la pubblicazione del Libro verde il 6 giugno 2007 sul futuro regime comune europeo in materia d'asilo¹¹⁶. Con questa iniziativa, la Commissione intendeva lanciare un'ampia consultazione i cui risultati hanno di fatto portato alla pubblicazione di un programma d'azione volto alla effettiva costituzione del regime d'asilo europeo.

Così, il 17 giugno 2008, la Commissione ha adottato la comunicazione "Una Politica d'immigrazione comune per l'Europa: principi, azioni e strumenti" e il "Piano strategico sull'asilo –un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione Europea-. Queste due disposizioni affrontano le gli aspetti del Programma dell'Aia che non erano ancora stati presi in considerazione per quanto riguarda l'immigrazione e l'asilo. Il Piano strategico definisce l'architettura della seconda fase del sistema europeo d'asilo e riguardo a questo il Vice Presidente dell'Unione, responsabile della Commissione giustizia libertà e sicurezza, Jacques Barrot ha affermato: *"Con questo piano strategico la Commissione vara la seconda fase del sistema europeo comune di asilo, i cui obiettivi globali sono ribadire e rafforzare la tradizione umanitaria e garantista dell'Unione e creare condizioni di parità effettive per accedere alla protezione nell'Unione europea. Questo significa che dovremo migliorare le norme giuridiche comuni, accrescere la qualità del processo decisionale intensificando la cooperazione pratica fra i sistemi nazionali d'asilo, e instaurare*

¹¹⁶ COM (2007) 301, non pubblicato in Gazzetta Ufficiale

maggior solidarietà fra gli Stati membri e fra l'Unione e i paesi terzi nell'accoglienza dei rifugiati."

Il piano strategico¹¹⁷ propone di migliorare la definizione, a livello UE, degli standard di protezione, così da raggiungere gli obiettivi ambiziosi fissati dal programma dell'Aia, modificando gli strumenti giuridici esistenti. Nel contempo riconosce che, se l'obiettivo è raggiungere la convergenza a livello di decisioni sull'asilo, e quindi pari condizioni di accesso alla protezione in tutta l'Unione europea, allora è necessario che la convergenza giuridica trovi un complemento in meccanismi adeguati di cooperazione pratica (scambio di informazioni e buone prassi, formazioni comuni, ecc.).

Sarà inoltre istituito nel 2009 un Ufficio europeo di sostegno per l'asilo che coordini le attività di cooperazione pratica. Tale Ufficio non avrà il compito di analizzare le domande, ma *"favorirà in base alla conoscenza comune dei paesi d'origine, l'uniformazione delle prassi, delle procedure e, di conseguenza, delle decisioni nazionali"*(lett.a del Patto). Il piano strategico prevede poi un numero di strumenti per promuovere la solidarietà (come mettere a disposizione degli esperti di altri Stati membri nei casi di afflussi di massa) nei confronti di quegli Stati membri il cui sistema d'asilo sia sottoposto a un onere eccessivo. Si propone inoltre una forma di ripartizione volontaria e coordinata dei rifugiati tra gli Stati membri per la quale dovrebbero essere messi a disposizione dei crediti specifici secondo gli strumenti finanziari comunitari esistenti. In ultimo, invita la Commissione a presentare proposte di cooperazione per sostenere i paesi terzi che ospitano un gran numero di rifugiati, fra cui l'istituzione di un sistema di reinsediamento e l'espansione dei programmi di protezione regionale esistenti sotto il controllo dell'UNHCR.

2.4 Il Fondo Europeo per i rifugiati

Nel 2003, sulla base dei dati Eurostat, il Regno Unito ha continuato ad essere la metà più ambita dei richiedenti asilo con 61.050 domande, seguito da Francia (51 940) e dalla Germania (50 065). In proporzione al numero di abitanti la Svezia (31 410) e l'Austria(32

¹¹⁷ Patto Europeo sull'immigrazione e sull'asilo.

360) hanno ricevuto il maggior numero di domande d'asilo. Nello stesso anno hanno richiesto asilo in Portogallo solo 115 persone e addirittura solo 5 in Lettonia. Di fronte a questa situazione fortemente squilibrata gli Stati membri sono intervenuti al fine di ripartire gli oneri di accoglienza, integrazione e rimpatrio volontario di persone che richiedono protezione internazionale. Per rispondere alle richieste del Consiglio europeo di Tampere, il Consiglio ha istituito nel 2000 il Fondo europeo per i rifugiati (FER) come primo passo per un regime comune di asilo. Il primo FER istituito per un periodo quinquennale (2000-2004)¹¹⁸ ha creato un sistema di ripartizione delle risorse per riequilibrare gli oneri, spesso diseguali, sostenuti dagli Stati membri nell'accoglienza di rifugiati e sfollati. Il fondo comunitario costituisce un mezzo al quale gli Stati membri bisognosi possono attingere per istituire procedure d'asilo eque ed efficaci.

I destinatari delle azioni del FER sono coloro che hanno ottenuto lo *status* di rifugiato o altra forma di protezione internazionale e degli sfollati che beneficiano di un regime di protezione temporanea.

L'obiettivo finale del Fondo rimane comunque quello di creare un sistema unico di asilo, che garantisca un livello elevato di protezione, alle stesse condizioni in tutti gli Stati membri, per tutte le persone bisognose.

2.4.1 Le azioni finanziate dal Fondo

In linea con l'obiettivo del Programma dell'Aia, il Fondo mira a finanziare progetti di *capacity building* creando situazioni di accoglienza durevoli per i beneficiari. Il Fondo permette di sostenere le azioni degli Stati nei settori seguenti:

- Accoglienza: miglioramento delle condizioni di accoglienza e delle procedure in

termini di infrastrutture e di servizi (alloggio, assistenza materiale, assistenza sanitaria, assistenza sociale, assistenza nelle pratiche amministrative e giuridiche);

- l'integrazione di coloro che beneficiano di una forma di protezione internazionale

stabile (assistenza per la presa a carico delle necessità immediate, adattamento socioculturale) con l'obiettivo di rendere tali persone più autonome possibile;

¹¹⁸ L'importo di riferimento per il periodo in oggetto è pari a 216 milioni di euro (dati www.europa.eu). Tale Fondo è stato rinnovato con decisione del Consiglio del 2 dicembre 2004 per il periodo 2005-2010. La Danimarca è l'unico Stato membro che non aderisce al FER, in virtù della clausola di esenzione dalle politiche comuni in materia di giustizia e affari interni.

- il rimpatrio volontario e reinserimento nel paese d'origine mediante collaborazione con l'UNHCR. L'aiuto comunitario favorisce l'accesso a informazioni affidabili, alla necessaria consulenza, alla formazione e all'assistenza al reinserimento.

Gli Stati membri sono i principali responsabili dell'attuazione delle misure sovvenzionate dal fondo e organizzano il coordinamento delle azioni a livello nazionale. Ciascuno Stato membro presenta una domanda annuale di cofinanziamento. La Commissione esamina le domande dei singoli progetti secondo criteri prestabiliti (necessità, rapporto costo-efficacia, profilo dell'organizzazione richiedente, complementarità con le altre azioni) e adotta le decisioni di cofinanziamento.

La Commissione si assicura dell'esistenza e del buon funzionamento dei sistemi di gestione e di controllo nazionali. A tal fine può anche effettuare controlli in loco e, in alcuni casi, ridurre i pagamenti allo Stato membro o procedere a rettifiche finanziarie. Nell'ambito del FER II¹¹⁹, ogni Stato membro doveva presentare piani pluriennali alla Commissione per l'approvazione. In tal modo, la Commissione europea svolgeva una funzione più importante nella pianificazione e messa in comune delle risorse e stimolava gli Stati membri a elaborare piani strategici completi dopo approfondite consultazioni con tutte le categorie nazionali interessate dalla politica di asilo.

Il Fondo europeo è stato rinnovato per il periodo 2008-2013¹²⁰ con la decisione n°573 del Consiglio adottata il 23 maggio 2007, con una dotazione di 628 milioni di euro per tale periodo, inserendosi nel Programma generale “Solidarietà e gestione dei fondi migratori”. Sia la programmazione recente, che quelle precedenti dotano il Fondo di una riserva finanziaria per attuare misure di emergenza destinate a fornire protezione temporanea in caso di afflusso massiccio per sostenere i bisogni degli Stati che devono fronteggiare situazioni straordinarie.

¹¹⁹ Per il periodo 2005-2006 sono stati destinati al fondo 114 milioni di euro. La dotazione a disposizione del fondo a partire del 2007 sarà definita in base al bilancio generale dell'UE per il periodo 2007-2013. Il punto di riferimento per l'attribuzione dei fondi rimane comunque il numero di richieste di asilo ricevute. In aggiunta, a tutti gli Stati verrà erogato un fisso di 300 mila euro.

¹²⁰ La dotazione finanziaria per tale periodo si divide in : 1)566 milioni di euro distribuiti tra Stati in base al numero di richiedenti asilo e richiedenti protezione internazionale accolti e integrati 2) 62 milioni di euro per le azioni della Comunità con una particolare attenzione a quelle che si sviluppano la cooperazione tra Stati (fonte: www.ec.europa.eu/justice_home/funding/refugee). Il 21 sett. 2009, la Commissione Europea ha approvato il modello di programma annuale 2009 del FER presentato dall'Italia nell'ambito del FER III 2008-2013, dando il via libera alla fase successiva di pubblicazione, in Gazzetta Ufficiale, degli avvisi pubblici per la presentazione di “progetti a valenza territoriale.

Per quanto riguarda le misure d'urgenza in caso di afflusso massiccio di persone, la Commissione ripartirà le risorse disponibili in funzione del numero delle persone entrate in ciascuno Stato membro interessato sulla base delle proposte di tali Stati membri.

In conclusione, è stato osservato da un'analisi fatta dalla Commissione sul funzionamento del FER che i Paesi europei si distinguono in tre gruppi per quel che concerne l'utilizzo di questo Fondo.

- 1) un primo gruppo (Italia, Portogallo, Spagna e Grecia), che ha sempre avuto una limitata esperienza in materia di politiche d'asilo, ha prestato particolare importanza allo sviluppo delle strutture di accoglienza.
- 2) il secondo gruppo (Paesi Bassi, Germania, Regno Unito, Svezia e Finlandia) di lunga tradizione in fatto di politiche d'asilo si è in genere servito del fondo per progetti di integrazione e rimpatrio volontario.
- 3) un terzo gruppo di paesi (Francia e Lussemburgo) ha utilizzato il FER per incrementare il finanziamento di attività già in essere.

La tabella sottostante dimostra come la maggior parte delle risorse del FER I sia stata utilizzata per finanziare nuove strutture e per migliorare l'accoglienza dei richiedenti asilo:

Tipo di azione	Percentuale
Misure di accoglienza e di accesso alle procedure	51%
Integrazione	28%
Misure di rimpatrio	21%

Figura 2, Fonte http://ec.europa.eu/justice_home/funding/refugee/funding

Il Fondo è uno strumento fondamentale per l'instaurazione di un regime comune di asilo, non immune tuttavia da richieste di riforma. Queste proposte, sono spesso avanzate dai paesi, come l'Italia, più soggetti ad arrivi di massa (ma spesso meno inclini a riconoscere forme di tutela internazionale) che suggeriscono nuove forme di *burden-sharing* tra gli Stati membri e la Comunità. Il Fondo, come più volte riaffermato dalle istituzioni comunitarie, è uno strumento perfettibile e di fatto le modifiche del FER III rispetto al FER I dimostrano la volontà della Comunità di rendere questo strumento più idoneo a rispondere alle necessità degli Stati.

- 3. La dimensione esterna dell'asilo

Alla diminuzione costante del numero di domande di asilo presentate in Europa negli ultimi anni non ha corrisposto la diminuzione del numero di rifugiati a livello mondiale. E' un dato incontestabile che la stragrande maggioranza dei rifugiati rimangono nei loro paesi d'origine, in condizioni di estrema povertà e di dubbia sicurezza. E' quindi importante assicurare che coloro che necessitano di protezione siano in grado di avere accesso alla protezione che risponda ai loro bisogni.

La politica d'asilo dell'UE non è limitata al Titolo IV ma presenta quindi anche una rilevante dimensione esterna. A questo fine, si intende l'inserimento delle tematiche relative all'asilo all'immigrazione nelle relazioni esterne e nelle politiche di cooperazione e sviluppo dell'UE in uno spirito di compartecipazione e di responsabilità condivise. I programmi di protezione regionale sono finalizzati ad aiutare i paesi terzi che ospitano grandi comunità di rifugiati a rafforzare la loro capacità di protezione.

A questo proposito è utile distinguere tra esternalizzazione della politica d'asilo e immigrazione da un lato, e utilizzo di strumenti di prevenzione dall'altro lato. Il primo aspetto era già presente nel Trattato di Amsterdam, mentre il secondo viene lanciato con il Consiglio europeo di Tampere. La centralità della dimensione esterna della politica d'asilo è stata del resto ribadita al Consiglio Europeo di Bruxelles del novembre 2004, le cui conclusioni indicano la necessità di puntare su un'ampia gamma di strumenti di prevenzione, tra i quali è inserito l'utilizzo di risorse comunitarie per aumentare la capacità di gestione dei flussi migratori e di protezione dei rifugiati, anche di transito, nella logica di raggiungere *“soluzioni durature in una fase quanto più precoce possibile”*¹²¹.

3.1 La dimensione esterna dell'asilo nella fase di pre-adesione e nel processo negoziale

Le questioni inerenti all'asilo sono una componente essenziale dell'azione dell'UE tanto nella fase di preadesione che nel processo negoziale. I paesi candidati devono accettare e recepire l'intero acquis comunitario in materia di asilo, basato sulla convenzione del 1951

¹²¹ Conclusioni del Consiglio Europeo di Bruxelles (nov.2004)

relativa allo status dei rifugiati. Nei negoziati, l'UE ribadisce¹²² l'importanza che tutti i paesi candidati dispongano, al momento dell'adesione, di un sistema equo, effettivo ed efficace per l'espletamento delle domande di asilo, che offra soprattutto le garanzie necessarie circa il rispetto assoluto del principio di *non-refoulement* e del ricorso indipendente.

L'allineamento all'*acquis* comunitario in materia di asilo richiede ai paesi candidati un grande sforzo di consolidamento istituzionale e miglioramento delle capacità di attuazione. Ciò presuppone, in particolare, che i servizi nazionali incaricati di trattare le domande di asilo e i corpi di polizia di frontiera dispongano di personale adeguato e di una formazione appropriata, e che vengano sviluppate e migliorate le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo. A tal fine, l'UE offre ampio sostegno ai paesi candidati attraverso il programma orizzontale PHARE in materia di giustizia e affari interni, programma multidisciplinare a beneficio di tutti i paesi allora candidati eccetto Cipro e Malta, e i singoli programmi nazionali PHARE che sostengono i paesi dell'Europa centrale e orientale con progetti di gemellaggio fra le pubbliche amministrazioni degli Stati membri e dei Paesi candidati.

Nell'ambito del programma orizzontale PHARE in materia di giustizia e affari interni, nel 1999-2000 è stato realizzato un progetto a sostegno di tutti i paesi candidati salvo Cipro, Malta e la Turchia, sull'adozione e l'attuazione dell'*acquis* in materia di asilo, che ha portato all'elaborazione di un piano nazionale di azione per ciascun paese candidato, realizzato o in fase di attuazione mediante progetti di gemellaggio o azioni internazionali.

3.2 *L'Approccio Globale in materia di migrazione*

Nell'ottobre 2005, al Consiglio europeo di Hampton Court, i capi di Stato e di governo hanno indicato l'immigrazione come uno dei principali campi di azione per il futuro e hanno invitato l'Unione e gli Stati membri ad elaborare un approccio comune. Da questo invito è nato l'"Approccio globale in materia di migrazione", adottato dal Consiglio europeo del dicembre 2005¹²³ e ampliato dal Consiglio europeo nel novembre 2006¹²⁴.

¹²² Posizione espressa dalla Comunità nella *Comunicazione della commissione al consiglio e al parlamento europeo relativa alla politica comune in materia di asilo, recante un metodo aperto di coordinamento* - prima relazione della commissione sull'attuazione della comunicazione COM(2000) 755 def. del 22 novembre 2000

¹²³ Nel dicembre 2005 il Consiglio ha adottato : "Approccio globale in materia di migrazione: azioni prioritarie incentrate sull' Africa e il Mediterraneo

L'Approccio Globale cerca di sviluppare il dialogo politico e la cooperazione nell'ambito della politica europea di vicinato tramite programmi bilaterali.

La Commissione si è quindi impegnata a portare avanti programmi regionali di protezione che hanno l'obiettivo di accrescere la capacità dei Paesi terzi di garantire protezione ai rifugiati e, al tempo stesso, garantire la sicurezza dei Paesi e delle comunità ospitanti attraverso forme di partenariato tra l'UE e gli Stati terzi coinvolti nei programmi. La differenza sottolineata in introduzione sembra quindi fondersi in un'unica dimensione esterna della politica d'asilo.

Il primo programma pilota di protezione regionale è stato lanciato nei nuovi Stati indipendenti occidentali (Ucraina, Moldova e Bielorussia), il programma sarà incentrato sul rafforzamento della capacità di protezione già esistente, offrendo un sostegno pratico per quel che concerne la domanda di asilo, il rafforzamento della protezione sussidiaria, l'integrazione e la documentazione.

Tra le zone geografiche che potrebbero beneficiare del secondo programma pilota figurano il Corno d'Africa e la regione dei Grandi Laghi (Tanzania), che ospita un gran numero di rifugiati provenienti dal Burundi e dalla Repubblica Democratica del Congo.

Sulla base anche di una richiesta avanzata dall'Italia - che deve fronteggiare il problema della commistione dei flussi, nei quali si registra la compresenza di immigrati clandestini e di persone bisognose di protezione internazionale aventi diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato - la Commissione svilupperà studi di fattibilità per il varo di ulteriori programmi di protezione regionale, in Nord Africa e in Afghanistan.

Sulla base del Programma dell'Aia, si è giunti alla definizione di una nuova Agenda che consentirà all'Unione Europea di far fronte alla sempre più pressante necessità di gestire ordinatamente i flussi diretti verso l'Europa.

Le Conclusioni sull'*approccio globale* alle migrazioni, adottate dal Consiglio Europeo di dicembre 2005, sottolineano l'esigenza di gestire il fenomeno migratorio in tutti i suoi aspetti - dalla prevenzione e contrasto dei flussi illegali allo sviluppo dei Paesi di origine - focalizzando le azioni prioritarie sui Paesi africani e sui vicini del Mediterraneo.

Tale approccio segna un passo fondamentale per rispondere alle ricorrenti richieste di una strategia europea in grado di proporre una gestione ordinata delle migrazioni in un'ottica di cooperazione e partenariato con i Paesi di origine e di transito.

¹²⁴ Nel dicembre 2006 il Consiglio ha adottato la comunicazione della Commissione COM (2006) 735 “ L'approccio globale in materia di migrazione un anno dopo: verso una politica europea globale dell'immigrazione”.

Le azioni prioritarie individuate dall'approccio globale devono incentrarsi su tre ambiti principali:

- 1) il rafforzamento della cooperazione interna tra gli Stati membri e le Istituzioni dell'Unione, che comprende l'orientamento dei programmi di attività dell'Agenzia per le Frontiere nella regione del Mediterraneo;
- 2) sviluppo del dialogo e della cooperazione migratoria con l'Africa e segnatamente con i principali Paesi di origine dei flussi;
- 3) cooperazione con i Paesi vicini, specialmente con i partner della riva sud del Mediterraneo.

La cooperazione migratoria tra l'Unione Europea ed i Paesi della sponda Sud del Mediterraneo è al centro della strategia di rilancio del Partenariato euro-mediterraneo, come testimoniano la Dichiarazione e il Piano d'Azione approvati al Vertice di Barcellona del 2005. Un progresso di tale portata è stato reso possibile soprattutto grazie al lancio della politica europea di vicinato, che ha agevolato l'inserimento della cooperazione per creare un'area di libertà sicurezza e giustizia nel quadro istituzionale del partenariato euro-mediterraneo.

Nell'ambito dell'Approccio Globale, sono stati elaborati anche strumenti finanziari e tecnici di cooperazione più mirati. Si ricordano alcune iniziative dell'UE: i centri di informazione e di gestione delle migrazioni organizzati dai paesi africani, i partenariati per la mobilità che offrono un quadro equilibrato per organizzare meglio la cooperazione tra i paesi di origine e i paesi di destinazione. In particolare, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno istituito, con Regolamento 491/2004¹²⁵, un programma di assistenza finanziaria e tecnica ai Paesi terzi in materia di migrazione e asilo (AENEAS) i cui finanziamenti sono destinati ai Paesi terzi attivamente impegnati nella preparazione o nell'attuazione di accordi riammissione firmati con l'Unione europea.

¹²⁵Regolamento 491/2004 del Parlamento e del Consiglio che istituisce un programma di assistenza finanziaria e tecnica nei Paesi terzi in materia di immigrazione e asilo. Per il periodo 2007-2010 è stato dotato di 205 milioni di euro. Tra gli obiettivi vi è la volontà di promuovere le politiche d'asilo e di protezione internazionale, anche attraverso programmi di protezione regionale.

Tra le varie azioni finanziate dal programma AENEAS se ne possono menzionare alcune più rilevanti per nostri fini di analisi: per esempio, migliorare le procedure di registrazione e di accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati, favorire l'integrazione locale, e sviluppare i programmi di reinsediamento nel paese d'origine per persone che sono entrate o sono rimaste illegalmente sul territorio degli Stati membri o per coloro la cui richiesta d'asilo avviata nell'UE ha avuto esito negativo.

Il programma AENEAS si sta rivelando un'esperienza positiva e in questo contesto la Commissione ha presentato, a gennaio 2006, una Comunicazione che delinea un nuovo Programma tematico, per le aree della migrazione e dell'asilo, di natura orizzontale e complementare ai programmi geografici, i quali sono e continueranno ad essere cornice della cooperazione comunitaria con gli Stati terzi. Le Prospettive finanziarie 2007-2013 prevedono inoltre un incremento dei fondi destinati a programmi di cooperazione con Stati terzi nei settori dell'asilo e dell'immigrazione.

Ora che sono state fissate le priorità, comincia la verifica dell'efficacia dell'azione europea in Africa. Tutte le parti interessate saranno tenute a intensificare il processo in corso e a garantire adeguate forme di *follow-up* delle tappe politiche concordate tra l'Europa e l'Africa.

L'Approccio Globale è stato esteso alle regioni orientali e sudorientali vicine all'Unione e la natura del dialogo e della cooperazione con queste regioni è molto diverso rispetto alla situazione con l'Africa sub-sahariana. La vera sfida in questo caso sarà conciliare le richieste di sicurezza europee con le esigenze di mobilità provenienti dai paesi dell'Est. L'approccio Globale riguarda anche l'Asia, a proposito della quale l'interesse degli Stati membri sembra limitarsi agli accordi di riammissione.

IV. La prospettiva nazionale

- *1 Il diritto d'asilo nella Costituzione italiana*

1.1 Il diritto d'asilo nel dibattito svoltosi nell'Assemblea Costituente

Nel nuovo assetto repubblicano, era forte la necessità di inserire l'asilo come diritto tutelato all'interno della Costituzione. I costituenti, appena usciti da un periodo di persecuzioni politiche e razziali, avevano spesso beneficiato in prima persona dell'istituto dell'asilo ed erano quindi ben coscienti dell'importanza che tale diritto potesse rivestire.

Sin dalla prima formulazione dell'enunciato¹²⁶ in tema di diritto d'asilo, vi fu un consenso di fondo sia sul testo che sul contenuto stesso dell'articolo. In seno all'Assemblea Costituente, in via del tutto generale, potevano essere individuate tre posizioni sul tema dell'asilo.

Quella maggioritaria, che raggruppava le forze cattoliche e laiche di centro e la sinistra non marxista, tendeva a sottolineare l'aspetto concreto e negativo della situazione dei richiedenti asilo.

I partiti di destra e quelli comunisti insistevano, da parte loro, su una valutazione ideale e positiva per delimitare la portata di applicazione soggettiva del diritto. Nonostante le posizioni simili, questi due partiti avevano motivazioni diverse, le forze di destra, da una parte, volevano stabilire dei limiti quanto più stringenti per evitare che chiunque avesse accesso alla tutela dell'asilo. Le forze di sinistra dall'altra parte, richiedevano invece delle clausole discriminatorie per evitare che coloro che avessero combattuto contro la democrazia nel paese d'origine, avessero accesso all'asilo in Italia.

Questo timore portò ad una proposta di emendamento rispetto alla formulazione originaria al fine di riconoscere tale diritto unicamente *“a coloro che si siano battuti per la libertà, a coloro che hanno partecipato alla lotta contro istituzioni reazionarie che legavano o vincolavano la libertà, contro le dittature.”*¹²⁷ Tale modifica venne respinta poiché si ritenne sufficiente come presupposto per la richiesta d'asilo che allo straniero fossero negati i diritti di libertà. Ciononostante, qualora tali diritti non rispettati fossero previsti nelle Costituzioni dei paesi di provenienza, era comunque necessario verificare l'effettività del loro concreto esercizio.

¹²⁶Fu presentata il 2 ottobre 1946 nella I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione dai due relatori Lelio Basso e Giorgio La Pira

¹²⁷Proposta avanzata nell'Adunanza plenaria, seduta del 24 gennaio 1947, in Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, 2007

Alla conclusione della Costituente prevalse, in termini pienamente condivisi, la soluzione più ampia in quanto si ritenne l'abuso del diritto come un rischio secondario rispetto a possibili limitazioni dello stesso.

Pertanto, rispetto alla formulazione originaria, fu unicamente inserito al terzo comma dell'articolo l'importante riferimento, su proposta di Tommaso Perassi, "*alle condizioni stabilite dalla legge*" (su cui *infra* par. 1.1.3) con cui si impegnava il legislatore ad istituire una disciplina positiva dell'asilo.

La Costituzione italiana contiene dunque all'art. 10 co. 3 una tutela esplicita dell'asilo territoriale: "*Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge.*"

1.1.2 "L'esercizio delle libertà democratiche"

Presupposto per il riconoscimento del diritto d'asilo allo straniero è la sussistenza di un impedimento nel paese d'origine dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche riconosciute dalla Costituzione italiana. Occorre però verificare la fattispecie nel caso concreto, dopo una valutazione individuale del richiedente asilo. Poiché l'Assemblea costituente rigettò gli emendamenti che volevano sostituire "l'impedimento" con il termine più restrittivo della "persecuzione", si deve concludere che nell'ordinamento italiano, lo straniero gode del diritto d'asilo anche qualora non sia perseguitato individualmente ma subisca unicamente un impedimento nell'esercizio della libertà democratiche.

Ai fini dell'esercizio del diritto, è irrilevante che le libertà siano astrattamente proclamate nelle leggi dello Stato del richiedente, ancorché esse siano qualificate dai testi come effettive, quando concretamente non ne sia garantita l'applicazione o il contenuto ne sia limitato in maniera eccessiva o arbitraria.

Nelle volontà dei costituenti, la nozione di libertà democratiche si riferisce a quelle riconosciute nell'ordinamento italiano, tra le quali sono da ritenersi incluse sia il diritto alla vita, requisito per il godimento degli altri diritti, sia le libertà¹²⁸ tradizionali riconosciute in uno Stato democratico.

¹²⁸ In particolare, la libertà di circolazione e soggiorno senza limitazioni di carattere politico (art.16 Cost.), la libertà di riunione pacifica e senza armi (art.17 Cost), la libertà di associazione non segreta, né militare (art.18 Cost.), la libertà di religione (art.19 Cost), la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), la libertà di costituire partiti politici

Si deve inoltre riconoscere il diritto d'asilo allo straniero che sia stato processato e condannato per un delitto di diritto comune a seguito di un processo in cui sono state violate le norme dell'equo processo -principio di legalità, di irretroattività della legge penale, del giudice naturale precostituito per legge- oppure, quando il trattamento previsto quale pena contrasti con il senso di umanità delle pene costituzionalmente previsto¹²⁹.

Di certo la previsione costituzionale non lascia grandi margini di dubbio nella propria enunciazione e presuppone la verifica caso per caso delle situazioni personali del richiedente asilo. Questa valutazione dei paesi caso per caso mal si concilia con gli elenchi stilati dall'Unione europea di "paesi terzi di origine sicura" evidenziati nel capitolo precedente. Tuttavia, poiché l'esame della richiesta d'asilo pone le autorità di uno Stato nella delicata posizione di giudice¹³⁰ delle condizioni politiche di un altro Stato, le liste sono spesso state redatte per evitare di creare situazioni di imbarazzo diplomatico tra Stati. Ciononostante, in virtù della Dichiarazione ONU sull'asilo del 1967, il riconoscimento dell'asilo da parte di uno Stato membro e il conseguente giudizio politico-ideologico sulla democraticità dello Stato non deve essere considerato come un atto di ostilità nei confronti dello Stato di provenienza.

Così, la richiesta la valutazione sul caso singolo non può quindi né essere fonte di responsabilità internazionale per lo Stato che accoglie la richiesta, né essere considerata come una violazione della *domestic jurisdiction*.

1.1.3 La riserva di legge

Nonostante la giurisprudenza e la dottrina abbiano a più riprese ribadito (vedi *infra*) che il diritto d'asilo è immediatamente esercitabile, la Costituzione prevede che il legislatore, in base al secondo comma dell'art.10 Cost., stabilisca le condizioni attraverso le quali si esercita il diritto d'asilo.

L'immediata operatività dell'art.10 secondo comma, è rintracciabile, secondo Esposito¹³¹ nel fatto che "*se pure necessitasse di disposizioni legislative di applicazione (...)contiene tuttavia, senza possibilità di dubbio, una disciplina completa di alcune parti dell'istituto ed una precisa delimitazione dei poteri della legge*". Contrario alla tesi opposta, secondo la quale bisognerebbe collocare tale norma costituzionale nella categoria di quelle programmatiche, si è espresso anche Cassese.

(art.48 Cost.), il diritto di essere eleggibile alle cariche pubbliche in condizioni di parità (art.51 Cost.), ma anche le libertà economiche (art. 39, 40, 41), diritto al lavoro (art. 4, 36 Cost.)

¹²⁹In Nascimbene, *Il diritto degli stranieri*, 2004

¹³⁰Ziotti P., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, p. 106

¹³¹Esposito, voce Asilo (diritto di) p.224 la cui argomentazione è ripresa da Cassese, *Il diritto di asilo territoriale*,1975.

Come notato da Cassese¹³², la riserva di legge cui sono sottoposte le disposizioni del diritto di asilo costituisce “*il logico corollario della riserva di legge concernente la condizione dello straniero, contenuta nel 2° comma dell’art. in esame*”. Sarebbe stato contraddittorio prevedere una normativa di rango primario per gli stranieri e nulla stabilire per i richiedenti asilo, categoria privilegiata di stranieri.

Inoltre, la riserva di legge in materia di diritto d’asilo, così come per molti dei principi e dei diritti fondamentali che compongono la prima parte della Costituzione, è funzionale per evitare che il governo, con interventi normativi di rango secondario, disciplini una materia tanto delicata quale l’asilo. E’ quindi da desumersi che il costituente, con la necessità di prevedere una legge successiva sul diritto d’asilo, abbia deciso di attribuire in via esclusiva al Parlamento il compito di disciplinare tale materia, definendo tale riserva come una riserva di legge assoluta¹³³. Di fatto, i redattori della Costituzione, con la riserva di legge prevista all’art.10.3 Cost., prevedevano un atto-fonte di rango primario -come riaffermato all’art.117, comma “, lett.a) Cost., modificato dalla legge cost. 3 del 2000¹³⁴- di potestà *esclusiva* dello Stato.

Se vi è un consenso generalizzato sulla natura della riserva, più discussa sembra essere il contenuto e il significato delle “condizioni” che devono essere stabilite per legge.

Tuttavia, alla luce del *favor* di cui gode il richiedente asilo nella Costituzione italiana, la dottrina¹³⁵ è concorde nell’affermare, che le condizioni poste dalla legge non possono assumere una valenza più restrittiva rispetto alla disciplina degli stranieri in generale.

Inoltre, il rinvio alla legge non conferisce al legislatore la facoltà di circoscrivere o di limitare il diritto di asilo, bensì soltanto il potere di precisare le modalità procedurali o i requisiti soggettivi del richiedente. Non è quindi abilitata a porre requisiti qualitativi né ulteriori condizioni al fine di beneficiare dello *status* previsto dall’art.10.3 Cost. se non condizioni “*in conformità con delle altre norme costituzionali a riguardo*¹³⁶” e con gli impegni assunti in sede internazionale.

Pertanto, i compiti della legge, non sono di porre limiti all’asilo non previsti dalla Costituzione, ma di regolare in maniera precisa, tale da non consentire arbitrii in sede di applicazione. Tenendo conto della ratio della disposizione, tali condizioni non potranno essere più gravose, ma dovranno essere tendenzialmente più favorevoli rispetto a quelle riservate in genere agli stranieri.

¹³²Cassese *op.cit.*, 1975

¹³³“*Si tratta di una riserva assoluta poiché è escluso che la materia possa essere disciplinata da normazione di fonte secondaria, fatta eccezione per i regolamenti di stretta attuazione; e a maggior ragione non sono possibili provvedimenti discrezionali del potere esecutivo*” in Ziotti *op.cit.* p.113

¹³⁴In particolare come modificato dalla legge 18 ottobre 2001 n°3 che mantiene come competenza esclusiva statale la materia del diritto d’asilo e tutela degli stranieri.

¹³⁵In particolare si veda: Nascimbene B. *op.cit* p. 1148 e Ziotti *op.cit.* p.112.

¹³⁶Così Tamburo, *Il diritto “d’asilo” nel nuovo diritto* in Ziotti *op.cit* p.114

Un'altra importante funzione cui la legge dovrebbe assolvere sarebbe lo stabilire le modalità per l'accertamento del diritto d'asilo e l'organo statale competente, al fine di evitare evasioni o sovrapposizioni di responsabilità.

1.1.4 Il quadro legislativo di attuazione della Convenzione del '51, la sovrapposizione di asilo e rifugio.

La configurazione costituzionale del diritto d'asilo non appare tuttora integralmente completata. L'art.10 comma 3 Cost. rimase inattuato fino a quando l'Italia non ratificò e diede esecuzione¹³⁷ alla Convenzione di Ginevra.

Tuttavia vi sono delle incongruenze tra la definizione di richiedente asilo prevista nella Costituzione e quella di rifugiato prevista nella Convenzione di Ginevra.

E' utile notare come il termine rifugiato non sia menzionato dalla Costituzione e non coincida con quello del richiedente asilo: un individuo può ricevere asilo territoriale senza perciò rivestire la condizione di rifugiato.

Considerando la definizione di rifugiato prevista all'art.1 A della Convenzione di Ginevra, occorre ricordare che, malgrado il Governo abbia ritirato nel 1990 le riserve¹³⁸, la Convenzione riguarda unicamente una parte degli stranieri che secondo la Costituzione hanno diritto d'asilo.

Si può quindi affermare che il "sottoinsieme" dei rifugiati è soltanto una parte¹³⁹ degli stranieri che in base all'art.10 comma 3 Cost. hanno diritto di asilo. Questa impostazione è stata riaffermata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha precisato che la posizione del rifugiato si pone come "*species*" rispetto al "*genus*" costituito dall'asilo (Sez. IV. 11 luglio 2002 n. 3874).

Nella prassi si è affermata un'ulteriore distinzione tra *c.d.* rifugiati sotto Convenzione e i rifugiati sotto mandato UNHCR o *de facto*. Della prima categoria facevano parte i soggetti destinatari della Convenzione, così come ratificata dall'Italia, si trattava di richiedenti provenienti da paesi europei.

¹³⁷ L'Italia diede esecuzione alla Convenzione di Ginevra con l. 24 luglio 1954 n°72.

¹³⁸ Con la legge n.39/1990, l'Italia ha ritirato la *c.d.* riserva geografica alla Convenzione di Ginevra. Malgrado le nel 1982, il Ministro degli Esteri Colombo aveva preannunciato il ritiro, le autorità giustificavano il perdurare di questo atteggiamento restrittivo con la circostanza che l'Italia era l'unico paese occidentale a confinare con due aree geopolitiche da cui provengono esodi di profughi. L'Italia, considerandosi paese di crocevia scelse per anni il ruolo di paese di "primo asilo", delegando ad altri paesi europei la protezione più stabile e sistematica dei rifugiati.

¹³⁹ Tale affermazione è confermata indirettamente dall'art.17, comma2, della legge 30 novembre 1993, n.388 di ratifica ed esecuzione degli Accordi di Schengen del 14 giugno 1985 e della Convenzione di applicazione del 1990. Secondo suddetto articolo: "*le disposizioni della medesima Convenzione relative alle domande e ai richiedenti asilo non escludono l'obbligo delle competenti autorità nazionali di esaminare direttamente una domanda di asilo presentata ai sensi dell'art.10 della Costituzione della Repubblica come attuato dalla legislazione vigente*".

Vi furono però numerose eccezioni,¹⁴⁰ frutto di accordi politici tra Stati che generarono una conseguente incoerenza e disparità di trattamento tra individui meritevoli di tutela.

La seconda categoria era quella dei rifugiati sotto mandato UNHCR delineabile essenzialmente per esclusione rispetto alla prima. Rientravano in questa categoria tutti i profughi provenienti da paesi extra-europei, quelli in transito nel territorio italiano, quelli già riconosciuti rifugiati da un altro Stato contraente.

Dall'analisi fin qui fatta è evidente come questa disciplina in materia di rifugiati ed asilo mancasse totalmente di organicità e di coerenza. Se la prassi ricordata nell'ordinamento internazionale considera una pluralità di figure soggettive, nell'ordinamento positivo nazionale le due figure giuridiche vengono usate in modo improprio: esempio di tale confusione può essere ritrovato all'art.1 della legge della legge n.523/92 che definisce la domanda di asilo l'istanza tesa ad ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Fino agli anni '90, le cause di tale inadeguatezza erano da ricercare in quei due fattori già menzionati: la mancanza di una disciplina organica sull'asilo –lacuna tuttora presente nel panorama legislativo italiano- come previsto dall'art.10 comma 3 Cost. e la poco opportuna riserva geografica.

1.2 Il diritto d'asilo come diritto soggettivo perfetto all'ingresso e al soggiorno

Le aspirazioni formulate nel corso del dibattito costituente sulla dimensione e sulla portata costituzionale del diritto d'asilo vennero disattese da un silenzio normativo sul tema. Com'è noto, manca tuttora una disciplina volta a integrare la riserva di legge prevista al terzo comma dell'art.10 Cost.

L'assenza di un intervento legislativo volto a fornire attuazione al dettato costituzionale sul diritto di asilo ha così aperto la strada all'inquadramento della questione da parte della giurisprudenza amministrativa. In termini concreti, tale vuoto legislativo ha determinato il sussistere in capo alla pubblica amministrazione del potere non soltanto di disporre, in via del tutto discrezionale, l'ingresso di individui che avrebbero potuto godere del diritto d'asilo, ma altresì di revocare il permesso di soggiorno e espellere coloro che avevano trovato rifugio sul territorio italiano. Il Consiglio di Stato¹⁴¹ ha ritenuto che il potere dell'autorità di pubblica sicurezza di rilasciare agli stranieri permessi di soggiorno discrezionalmente rinnovabili e revocabili non incontri limiti

¹⁴⁰La prima deroga fu la concessione dell'asilo ad un gruppo di circa mille cileni che avevano chiesto protezione all'Ambasciata italiana a Santiago del Cile.

¹⁴¹Decisioni del 27 febbraio 1952, n.208 e del 2 maggio 1958 n.374

neppure nei confronti dei destinatari dell'art.10 comma 3 Cost per la considerazione del valore semplicemente "direttivo o programmatico della norma".

In senso nettamente contrario a questi orientamenti si è espressa gran parte della dottrina in seguito soprattutto alla prima decisione della Corte Costituzionale del 1956¹⁴².

Pertanto, l'art.10, co.3 Cost. deve configurarsi, "*tutto all'apposto di quanti ritenuto in quel tempo dal Consiglio di Stato*", come disposizione in sé immediatamente precettiva. Una volta riconosciuta senza ambiguità né incertezze la sua applicabilità immediata e diretta, l'enunciato eleva la situazione giuridica soggettiva dei richiedenti asilo da "*assolvimento di un impegno etico-politico assunto dallo Stato al rango di diritto costituzionalmente garantito. Inoltre, tale diritto deve ritenersi in sé perfetto in quanto il suo fondamento e la sua giustificazione risiedono entrambi nella Costituzione.*" Questi tre caratteri che emergono dall'art.10 co.3 Cost, messi prima in luce dalla Corte Costituzionale e poi riprese dalla dottrina rivestono grande importanza soprattutto nell'attesa di una disciplina legislativa complessiva.

Tale opposizione tra le tesi della dottrina costituzionale e la posizione della giurisprudenza amministrativa si è finalmente attenuata negli anni '90 quando i Tribunali amministrativi¹⁴³ si sono orientati sulle posizioni maggioritarie ammettendo una capacità immediata di applicazione della norma costituzionale. Le posizioni dei giudici amministrativi non hanno mai influito sulla giurisdizione ordinaria per la quale è pacifico che il diritto di asilo si configura come un diritto soggettivo perfetto che sorge direttamente dall'art.10 comma 3 Cost. Tale impostazione si è affermata fin dal 1964 quando la Corte d'Appello di Milano ha affermato che "*la passività del legislatore ordinario che sino ad oggi ha trascurato di provvedere a disciplinare dettagliatamente nei limiti segnati dalla Costituzione il diritto di asilo non può essere d'ostacolo alla forza cogente della norma di cui al 3° comma dell'art.10 della Costituzione medesima*" quindi "*il diritto d'asilo nell'ordinamento giuridico italiano integra un vero e proprio diritto soggettivo, azionabile ed invocabile dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.*"¹⁴⁴

La natura del diritto di asilo come situazione soggettiva immediatamente azionabile è stata riconfermata dal Tribunale di Roma in occasione di una vicenda giudiziaria che riscosse particolare attenzione verso la fine degli anni novanta. In quella occasione, il Tribunale di Roma, nel caso

¹⁴²Sentenza della Corte Costituzionale 1/1956

¹⁴³TAR Friuli Venezia Giulia 19 febbraio 1992 n.91 ; TAR Lazio, sez.I, 15 maggio 1986 n.659. In senso diverso, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha proseguito nel confermare, in tempi recenti, la validità della dicotomia tra norme precettive e programmatiche, e ribadendo la classificazione del diritto di asilo nel novero di queste ultime, con implicazioni sul piano dell'efficacia dell'art.10, co.3 Cost. in Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, p.40

¹⁴⁴Corte d'appello di Milano, sentenza del 27 novembre 1964.

*Ocalan c. Presidenza del Consiglio*¹⁴⁵ ha precisato che il diritto d'asilo previsto in Costituzione si configura come un diritto soggettivo perfetto che sorge in capo allo straniero allorché venga accertato l'impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche. Il Tribunale si spinse addirittura ad affermare che la norma costituzionale in questione vieta di limitare il beneficio agli appartenenti di determinati paesi, o di prevedere, da parte dell'asilante, la soddisfazione di particolari condizioni formali dal momento che *“la legge ordinaria non può modificare il presupposto a cui il dettato costituzionale subordina il sorgere del diritto d'asilo né, tantomeno, diversamente condizionarlo*¹⁴⁶.”

Si può pertanto concludere che la norma costituzionale ha indubbio valore precettivo e stabilisce un diritto soggettivo all'ingresso e al soggiorno sul territorio italiano.

Come è stato chiarito, lo *status* dei rifugiati si caratterizza per un *quid pluris*¹⁴⁷ rispetto a quello dei richiedenti asilo, sia sotto il profilo delle condizioni richieste per la concessione dello *status*, che risultano più rigorose (ai primi è richiesto di provare il fondato timore di persecuzione individuale), sia per quanto concerne il trattamento di beneficiario. Per quel che concerne i rifugiati, l'Italia deve conformarsi al regime stabilito in sede internazionale dalla Convenzione di Ginevra, mentre i richiedenti asilo sono unicamente destinatari di un regime di diritto esclusivamente interno. Quindi, mentre lo *status* di rifugiato assume natura convenzionale, l'asilo si caratterizza come un istituto costituzionale.

Della differenza appena illustrata appariva pienamente consapevole la prassi italiana, almeno fino al 2005. La Corte di Cassazione aveva infatti chiarito la non coincidenza della normativa sui rifugiati con il dettato costituzionale sul diritto d'asilo, in particolare sotto il profilo soggettivo. Grazie a questa lettura, la prassi assumeva la forma di protezione, *c.d.* “multilivello”¹⁴⁸, in quanto pur non ravvisando l'esistenza dei necessari requisiti per lo *status* di rifugiato, le autorità ammettevano di poter concedere quanto meno l'asilo, se invocato in via subordinata.

Dalla differenza tra i due istituti, la giurisprudenza faceva discendere un trattamento diverso per le due figure: si riteneva quindi che al richiedente asilo doveva essere garantito l'ingresso sul territorio

¹⁴⁵Tribunale di Roma, sez II civ., causa *Ocalan c. Presidenza del Consiglio*, sentenza 1 ottobre 1999. Vedi sul punto anche la sentenza della Corte di Cassazione che ha stabilito che il diritto d'asilo costituisce un diritto soggettivo perfetto, ovvero applicabile anche in assenza di una legge specifica.

¹⁴⁶ Sentenza 1-10-1999, il Tribunale ritenne che, all'epoca in Turchia esisteva una diffusa compressione delle libertà dell'individuo, la quale impediva, in particolare agli appartenenti dell'etnia curda, l'esercizio effettivo delle libertà democratiche che la Costituzione italiana garantisce.

¹⁴⁷ Sul punto vedi Ruotolo G. M., *Diritto d'asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008 (IV Fascicolo)

¹⁴⁸Ruotolo G. M., *op.cit.*, 2008

(e le garanzie applicabili agli stranieri sul territorio nazionale) mentre il rifugiato si ritrovava a godere di uno *status* di particolare favore che discende dalla Convenzione di Ginevra.

Questa distinzione tra figure giuridiche sembra essere stata ignorata sia da una parte della giurisprudenza che dal legislatore¹⁴⁹ stesso. La riduzione ad un'unica figura giuridica del richiedente asilo e del rifugiato costituisce un forte segnale d'arresto nei confronti degli sforzi fatti sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza¹⁵⁰ precedente per distinguere questi due istituti.

1.3 Diritti e doveri dei rifugiati nella legislazione italiana

1.3.1 I diritti nella fase precedente il riconoscimento dello status

E' pacificamente riconosciuto che agli stranieri titolari del diritto d'asilo spettino, come minimo i diritti riconosciuti allo straniero in quanto tale, e come evidenziato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale¹⁵¹, anche i diritti inviolabili dell'uomo che accomunano tanto i cittadini quanto gli stranieri.

Il richiedente asilo, e in particolare il rifugiato, sono tuttavia destinatari di una tutela più ampia in base a un diverso titolo di soggiorno. E' possibile quindi determinare alcuni criteri di portata generale che definiscano i diritti del rifugiato.

In virtù della decisione della Corte Costituzionale, sentenza 11/1969 si legge che "(i rifugiati) *devono poter godere almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo status civitatis (...) cercando di conferire al diritto in questione (art.10 co.3 Cost.) la maggiore ampiezza possibile*¹⁵²".

Un punto fondamentale per la tematica in oggetto che ci preme analizzare, sia per la centralità che riveste nell'ordinamento costituzionale, che per il ruolo essenziale nella vita di ogni individuo è il diritto al lavoro.

Nella legislazione italiana, nel lungo periodo intercorrente tra la presentazione della domanda di asilo e l'adozione del provvedimento finale, lo straniero in questione non aveva titolo di lavorare.

¹⁴⁹Nonostante il d.lgs 25-7-98 n.286, modificato dalla legge 189/2002 stabilisca al c.6 art.5 di concedere allo straniero al quale abbiano negato lo *status* di rifugiato per assenza dei necessari requisiti, un mero permesso di soggiorno detto "asilo umanitario".

¹⁵⁰Tale orientamento giurisprudenziale non è monolitico: la Corte di Cassazione nella sentenza n. 18549 del 25.9. 2006 ha distinto i due istituti, affermando però che nell'ordinamento italiano sono accomunati dall' *iter* procedurale. I due istituti, differenti sotto il profilo sostanziale, si accomunerebbero per quello più strettamente procedurale. Cfr: Luigi Melica, *La Corte di Cassazione e l'asilo costituzionale: un diritto negato? Note alle recenti sentenze della 1^ sezione della Corte di Cassazione*. Rivista di Diritto Immigrazione e cittadinanza, n.4, 2006.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha recentemente ribadito la differenza tra asilo e rifugio: "*la qualifica di rifugiato politico, come quella di avente diritto all'asilo politico (dalla quale si distingue perché richiede l'ulteriore presupposto del fondato timore di essere perseguitato) costituisce una posizione di status e, quindi di diritto soggettivo, e, come tale le controversie (...) che la negano devono ritenersi attribuite al Giudice ordinario*" T.A.R Lazio, Roma, sez.II *quater*, sentenza 4-6-2007, n.5132; reperibile su www.giustizia-amministrativa.it

¹⁵¹ Giurisprudenza costante della Corte dalla sent.120/1967, alla più recente C.Cost., sent 252/2001.

¹⁵²Ziotti P., *op.cit.* cit.p.102.

Solo recentemente¹⁵³, la disciplina italiana di recepimento della direttiva europea 2003/9/CE ha infine stabilito il rilascio di un permesso di soggiorno che consente l'esercizio di un'attività lavorativa *“qualora la decisione sulla domanda d'asilo non venga adottata entro sei mesi dalla presentazione della domanda ed il ritardo non possa essere attribuito al richiedente lo status di rifugiato.”*(art.11).

Si è espressa sul tema anche la giurisprudenza amministrativa¹⁵⁴ che ha stabilito che altrimenti gli stranieri in questione *“non avrebbero nessuna possibilità di provvedere lecitamente ai propri bisogni, attraverso lo svolgimento di un regolare lavoro.”*

Vi sono poi una serie di diritti connessi all'*iter* procedurale volto al riconoscimento dello *status*. Ci si riferisce al fatto che il richiedente asilo venga tempestivamente informato di qualsiasi adempimento di legge gli venga richiesto¹⁵⁵, che egli possa usufruire delle informazioni utili per la compilazione di una domanda completa, che possa infine godere di un interprete affinché la procedura si svolga in una lingua a lui comprensibile. E' diritto del rifugiato vedersi garantito l'accesso a forme di gratuito patrocinio a spese dello Stato e di beneficiare dell'assistenza legale e della partecipazione di funzionari di enti internazionali operanti nel settore (come l'UNHCR) affinché la procedura si svolga secondo i principi di trasparenza, imparzialità e riservatezza. E' inoltre importante sottolineare che i servizi di assistenza e di protezione dei richiedenti asilo e dei rifugiati sono svolti principalmente dagli enti locali che a livello territoriale, con il supporto del Terzo Settore garantiscono interventi di *“accoglienza integrata”* che vanno oltre la mera distribuzione di vitto e alloggio prevedendo la costruzione di percorsi individuali di inserimento socio-economico.

Al posto del contributo monetario, l'articolo 1-*sexies* introdotto dalla l.189/2002 disciplina un sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati. Si consente agli enti locali di accogliere nell'ambito dei servizi di accoglienza i richiedenti asilo privi di mezzi di sussistenza, ove non ricorrano le condizioni di trattenimento nei centri di identificazione. Sono poi previste forme di sostegno finanziario garantite dal Ministero dell'interno e poste a carico di un fondo *ad hoc* Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo¹⁵⁶. E' infine affidata, mediante convenzione,

¹⁵³Art. 11, co.1 d.lgs.30 maggio 2005 che adotta la direttiva europea 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 recante *norme minime sull'accoglienza dei richiedenti asilo negli stati membri*.

¹⁵⁴Un esempio di tale giurisprudenza si ritrova in T.A.R Lazio, sez. I sent. 15 novembre 2001, n.9564

¹⁵⁵Al fine di preparare in maniera adeguata l'audizione e che questa avvenga secondo un format di intervista predefinito e nei termini del *“fair hearing”*. Blake N. e Husain R., *Immigration Asylum and Human Rights*, 2003 in Benvenuti *op.cit.* p.116, 2007

¹⁵⁶Il Fondo nazionale per le politiche ed i servizi dell'asilo (art. 1-*septies*) destinato a finanziare le iniziative degli enti locali è alimentato da: apposite risorse iscritte nel bilancio di previsione del Ministero dell'interno; assegnazioni annuali del Fondo europeo per i rifugiati; donazioni private. Le disponibilità del Fondo sono assegnate annualmente con decreto del Ministro dell'interno, e sono destinate alle iniziative dei comuni e province, in misura non superiore all'80% del

all'ANCI l'attivazione di un servizio centrale di informazione, promozione, consulenza, monitoraggio e supporto tecnico agli enti locali che prestano i servizi di accoglienza. Questo meccanismo istituito dalla l. 189/2002 costituisce il "Sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati" SPRAR.

1.3.2 I diritti riconosciuti ai rifugiati

La persona che ha ottenuto lo *status* di rifugiato ha diritto all'iscrizione anagrafica presso il Comune dove ha fissato il proprio domicilio. L'iscrizione anagrafica è fondamentale per poter ottenere una serie di documenti e di servizi pubblici come per esempio la carta di identità, la patente di guida.. I rifugiati godono del diritto di soggiorno nel paese d'asilo che consente loro di lavorare, di accedere agli studi di ogni ordine e grado, di avvalersi del ricongiungimento familiare, di iscriversi al sistema sanitario nazionale e, in alcuni casi, di aver accesso all'assistenza sociale. Nel caso in cui viva in strutture e/o centri di accoglienza che non permettono di acquisire la residenza presso di loro è permesso al rifugiato di richiedere la residenza presso la Casa Comunale; in questo caso si tratta solo di una residenza legale ma ugualmente valida per ottenere i servizi appena indicati

Dopo cinque anni di residenza regolare sul territorio italiano, i rifugiati possono chiedere la cittadinanza italiana. La cittadinanza costituisce il massimo strumento di integrazione e lo strumento più idoneo per il godimento dei diritti. Altra via per accedere alla cittadinanza italiana è la naturalizzazione. Questa richiede come presupposto la permanenza continuativa e regolare per dieci anni ed è inoltre subordinata alla decisione discrezionale dell'amministrazione pubblica.

- *2. Evoluzione normativa in materia di asilo e immigrazione: dalla legge Martelli alla Bossi Fini*

2.1.1 La legge n.39 del 1990

Nonostante la Costituzione italiana sia uno dei testi più all'avanguardia nel riconoscere il diritto di asilo, l'Italia non ha ancora una legge organica sull'asilo. Di fatto, la normativa sull'asilo è sempre stata contemplata nelle disposizioni di legge relative all'immigrazione in generale. Tale ambiguità nel sovrapporre la disciplina del diritto di asilo e quella dell'immigrazione risale alla prima legge che affrontò la materia in modo complessivo: la *c.d.* legge Martelli, n.39 del 1990. Per la prima volta, con il decreto legge 30 dicembre 1989 n.416, convertito in legge 28 febbraio 1990 n.39 ci si propose di regolare in modo complessivo la condizione giuridica dello straniero in Italia. La legge conteneva “*norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari già presenti nel territorio dello Stato*”. Dato il titolo della legge, ci si sarebbe potuti aspettare una disciplina finalmente attuativa del diritto di asilo, come previsto dalla riserva di legge prevista all'art.10 Cost. In realtà, la normativa non fece altro che riprodurre la confusione tra due figure giuridiche: i *c.d.* rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra e i rifugiati ai sensi della Costituzione¹⁵⁷ e delegare a fonte secondaria gran parte della disciplina. Risulta fin da subito evidente che l'intenzione del legislatore non fosse quella di dare attuazione al dettato costituzionale poiché vengono indicati come destinatari della legge di asilo solo coloro che rientrano nella definizione di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra limitando in tal modo la portata dell'art. 10 co.3 Cost.

Vi sono tuttavia due innovazioni che meritano di essere richiamate in questa sede. Innanzitutto, per la prima volta viene affidato ad un regolamento la disciplina organica per il riconoscimento della procedura per il riconoscimento dello *status*¹⁵⁸ e inoltre vengono ritirate le riserve apposte alla Convenzione di Ginevra. In particolare, all'art 1. co.1 vengono ritirate oltre che le riserve¹⁵⁹ agli artt.17 e 18 anche quella relativa alla limitazione geografica che mette fine alla distinzione tra profughi europei e extra-europei.

Il comma 2 art.1 rinvia ad un successivo regolamento la determinazione degli organi e delle procedure per il riconoscimento dello *status*. Tale disposizione si pone tuttavia su un piano di dubbia compatibilità con la riserva di legge prevista al comma 2 dell'art.10 Cost., in quanto viene

¹⁵⁷ La differenza tra le due figure giuridiche sta nei presupposti richiesti per il riconoscimento dello *status*. Ai sensi della Convenzione di Ginevra viene richiesto al *richiedente rifugio* di dimostrare il fondato timore di persecuzione individuale. Il principio del *c.d.* asilo costituzionale condiziona il riconoscimento dello *status* alla dimostrazione di non essere in condizione di esercitare le libertà fondamentali previste dalla Costituzione italiana.

¹⁵⁸ Come avvenne con il d.P.R. 15 maggio 1990 n. 136.

¹⁵⁹ L'Italia con legge 24 luglio 1954 n.722 aveva ratificato la Convenzione apponendo tali riserve e riconoscendo le disposizioni di detti articoli come semplici raccomandazioni. Medesime riserve erano state apposte da alcuni paesi europei come Danimarca, Francia, Grecia e Irlanda.

praticamente ad essere devoluta la regolamentazione della procedura ad un atto secondario, aggirando l'obbligo di disciplinare con legge.

Le riserve agli artt.17 e 18 riguardano invece il trattamento dei rifugiati nello svolgimento delle attività salariate e autonome. In materia di lavoro subordinato, la Convenzione all'art.17 prevedeva "il trattamento più favorevole accordato, nelle stesse circostanze, ai cittadini di un Paese straniero" e la raccomandazione dell'assimilazione di questo trattamento a quello riservato ai cittadini. Lo *standard* di trattamento previsto invece per il lavoro autonomo all'art.18 è quello "non meno favorevole di quello accordato nelle stesse circostanze agli stranieri in generale". In questo modo viene riconosciuta la parità di trattamento tra lavoratori stranieri e nazionali.

I successivi commi contengono la fissazione di un termine di sessanta giorni per la richiesta di riconoscimento da parte dei rifugiati sotto mandato dell'UNHCR (co. 3), l'elencazione dei casi in cui non è consentito l'ingresso¹⁶⁰ nel territorio dello Stato (co. 4).

Questa legge seppur al di sotto delle aspettative di coloro che si aspettavano una normativa complessiva sull'asilo, rimane importante poiché segna il passaggio da una logica formale di regolazione di flussi migratori all'elaborazione di una linea politica in materia di immigrazione e asilo.

2.1.2 Dal d.lgs.n. 286/1998 alla legge n.189/2002

Ulteriore passo avanti fu fatto con l'approvazione nel 1998 della *c.d* legge Turco-Napolitano, la n.40 del 1998¹⁶¹, cui può ascrivere il merito di aver ridefinito la disciplina dell'immigrazione, confluita infine nel Testo Unico¹⁶² approvato con d. lgs 25 luglio 1998 n.286.

L'unico articolo della legge n.39 del 1990 a non essere stato abrogato con l'entrata in vigore della l. n. 40/1998 è l'art.1, relativo ai rifugiati, che nemmeno la legge n.189/2002 provvederà a modificare. Nel 1998, contrariamente a quanto era avvenuto in precedenza, si decide di separare la disciplina della condizione giuridica dell'immigrato extra-comunitario da quella del rifugiato e richiedente asilo, rinviando ad una successiva legge la regolamentazione dello *status* di rifugiato e del diritto d'asilo. Tuttavia, le uniche norme del Testo Unico che disciplinano la condizione giuridica dei rifugiati sono l'art. 19, co.1 e l'art.29 co.3.

¹⁶⁰In questo comma viene inserita per la prima volta la distinzione tra espulsione e respingimento.

¹⁶¹Legge 6 marzo 1998 n.40

¹⁶²Il regolamento attuativo del T.U d.P.R. n. 394/1999

L'art 19¹⁶³ ripropone il divieto di respingimento sancito all'art. 33 della Convenzione di Ginevra e il divieto di espulsione del rifugiato di cui all'art.32 della stessa. Come è stato messo in luce da diversi autori, affinché la norma in oggetto non sia semplicemente una ripetizione di disposizioni internazionali, tale divieto di espulsione dovrebbe estendersi oltre i limiti dei soggetti che hanno già ottenuto il riconoscimento dello *status* convenzionale, per comprendere coloro che sono destinatari dell'asilo costituzionale e di altre forme di protezione.

La legge che doveva regolare il diritto d'asilo in modo distinto rispetto alla materia dell'immigrazione non verrà adottata negli anni successivi all'entrata in vigore della l.40/1998.

All'inizio del 2001, quando la XIII legislatura volgeva al termine, fu fatto un tentativo per approvare un disegno di legge sul diritto di asilo. Il testo, approvato dal Senato, era già passato all'esame della Camera dei deputati la cui seduta venne tuttavia interrotta per mancanza del *quorum*. Il giorno successivo¹⁶⁴, la proposta venne adottata in aula ma subì delle modifiche che ne comportarono un nuovo passaggio in Senato in seconda lettura.

L'*iter* della legge non poté tuttavia seguire il proprio corso dato che il Presidente della Repubblica emanò l'8 marzo il decreto di scioglimento delle Camere.

Una normativa sull'asilo venne finalmente adottata con la promulgazione il 30 luglio 2002 della l.189/2002, la *c.d.* Bossi-Fini. Agli artt.31 e 32 contiene "*disposizioni in materia di asilo*" che modificano alcuni punti dell'ancora vigente art.1 l. 1.39/1990 e aggiungono altri sei articoli (da 1. *bis* a 1 *septies*). Il regolamento¹⁶⁵ di attuazione di tale legge è stato pubblicato solamente nel dicembre 2004 ed è effettivamente in vigore dal 21 aprile 2005.

Tuttavia, anche questa norma costituì un intervento di carattere transitorio adottato in attesa di una disciplina organica dell'intera materia. Infatti, l'obiettivo della legge era soprattutto di risolvere il problema dell'abuso delle richieste di asilo, presentate spesso per aggirare le norme sull'immigrazione. Tale finalità è stata chiaramente espressa nella relazione illustrativa del disegno di legge presentato alle Camere: "[...] *il disegno di legge pone mano ad un vecchio problema ancora irrisolto. In attesa di una disciplina organica in materia di diritto di asilo, che si ritiene comunque di rinviare a quando saranno definite le procedure minime – identiche per tutta l'Unione europea – attualmente in discussione a Bruxelles, mutuando proprio le norme attualmente al vaglio del Consiglio europeo, il Governo ha ritenuto almeno di risolvere il problema costituito dalla*

¹⁶³ L'art.19 l.40/1998 recita: "In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua o di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro paese nel quale non sia protetto dalla persecuzione".

¹⁶⁴ Il disegno di legge venne presentato il 6 marzo 2001.

¹⁶⁵ Decreto del Presidente della Repubblica, 16 settembre 2004 n. 303, *Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato*.

domande di asilo realmente strumentali, ossia presentate al solo scopo di sfuggire all'esecuzione di un provvedimento di allontanamento ormai imminente. Finora la normativa vigente – l'articolo 1 della cosiddetta legge Martelli – imponeva non solo la sospensione del provvedimento di allontanamento, ma anche la concessione di un permesso di soggiorno provvisorio in attesa del giudizio della Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato che non sarebbe mai arrivato in quanto circa il novanta per cento dei presentatori di queste domande strumentali facevano poi perdere le loro tracce. La disciplina introdotta, invece, precedendo l'approvazione della direttiva in esame, instaura – per quelle domande che si ritengono manifestamente infondate – una 'procedura semplificata' che si concluderà entro i tempi previsti per il trattenimento nei centri di permanenza temporanei”¹⁶⁶

Tra le principali novità che la legge introduce vi è l'eliminazione di un contributo monetario fissato per il mantenimento del richiedente asilo privo di mezzi nelle more della procedura (art. 1, comma 7, d.l. 416). Al posto di tale contributo l'articolo 1-*sexies* del d.l. 416/1989 introdotto dall'art. 32 della legge 189, disciplina un sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati:

- consentendo agli enti locali di accogliere nell'ambito dei servizi di accoglienza da essi apprestati i richiedenti asilo privi di mezzi di sussistenza, ove non ricorrano le condizioni (previste dai precedenti articoli 1-*bis* e 1-*ter*) di trattenimento nei centri di identificazione (comma 1);
- prevedendo (commi 2 e 3) forme di sostegno finanziario apprestate dal Ministero dell'interno e poste a carico di un fondo *ad hoc* (Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo) istituito dal successivo articolo 1-*septies*;
- prevedendo l'attivazione (ad opera del Ministero dell'interno) e l'affidamento, mediante convenzione, all'ANCI di un servizio centrale di informazione, promozione, consulenza, monitoraggio e supporto tecnico agli enti locali che prestano i servizi di accoglienza (commi 4-6).

L'abolizione del contributo monetario, secondo parte della dottrina¹⁶⁷ esprime la finalità stessa della norma che sarebbe di rendere il trattenimento nei centri appositamente istituiti la procedura generalizzata per i richiedenti asilo. L'istituzione di tali centri di identificazione all'interno dei quali viene coattivamente trattenuta la quasi totalità dei richiedenti asilo in attesa dell'esito della propria

¹⁶⁶ In Servizio Studi della Camera, Immigrazione, diritto di asilo e *status* di rifugiato, Relazione illustrativa del d.d.l. 189/2002

¹⁶⁷ Nascimbene, *Diritto degli stranieri*, 2004 e Costanzo P., Mordeglia S., Trucco L. (a cura di), *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, 2008

domanda costituisce un'importante novità le cui criticità verranno messe in evidenza successivamente. La doppia procedura di asilo, l'istituzione di sette commissioni territoriali, e la mancanza di un ricorso sospensivo avverso il diniego di riconoscimento dello *status* sono novità che verranno prese in considerazione nei paragrafi relativi alle singole fasi della procedura volta al riconoscimento del diritto di asilo.

2.1.3 La normativa regionale

La Costituzione italiana, in virtù dell'art.117 attribuisce allo Stato la potestà legislativa esclusiva in materia di immigrazione e di condizione giuridica dello straniero.

E' tuttavia opportuno ricordare che le regioni hanno potere legislativo concorrente in alcuni settori quali la tutela e la sicurezza sul lavoro, la tutela della salute, l'istruzione. Pertanto si può affermare che le regioni possono svolgere un ruolo assai importante per garantire l'effettività del diritto d'asilo *a fortiori* considerata la mancanza di una legge nazionale sull'asilo .

Tuttavia, nonostante il ruolo centrale delle regioni nell'integrazione sociale degli stranieri, solo poche di esse si sono dotate di una normativa in materia. La prima regione che ha avviato un percorso verso una legge sull'immigrazione è l'Emilia Romagna con la legge regionale 24 marzo 2004 n.5 "*Norme per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati*". All'art.2 della legge viene chiarito come tra i destinatari della legge vi siano anche "i richiedenti asilo, fatte salve le competenze dello Stato." Gli avanzamenti che ci sono stati da parte delle regioni¹⁶⁸ nel disciplinare la questione dimostra come le articolazioni dello Stato più vicine ai cittadini siano maggiormente inclini a disciplinare un fenomeno tanto complesso quale l'immigrazione capace di cambiare la società italiana. I progetti territoriali di accoglienza realizzati dagli enti locali nell'ambito del Programma nazionale asilo (vedi *infra*) hanno svolto un ruolo fondamentale, tanto che la regione dispone il sostegno agli interventi e protezione svolto dai comuni.

Altra importante iniziativa svolta a livello regionale a sostegno dell'accoglienza e dell'integrazione dei richiedenti asilo e dei rifugiati è quella dei "Protocolli"¹⁶⁹ regionali per la tutela del diritto d'asilo". L'idea del Protocollo è quella di dotare la Regione di un piano coordinato di interventi, nel rispetto delle reciproche competenze, che faccia collaborare diverse realtà, dalle amministrazioni regionali e comunali ai sindacati, per un'armonizzazione degli interventi a favore dei richiedenti asilo su scala regionale.

¹⁶⁸Anche il Friuli Venezia Giulia ha avviato un percorso analogo a quello dell'Emilia Romagna che ha condotto tale regione ad adottare una disciplina ancora più ampia di quella emiliana. Il 4 marzo 2005 è stata approvata la legge regionale n.5 "*Norme per l'accoglienza e per l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati*".

¹⁶⁹L'Emilia Romagna ha lanciato l'iniziativa nel 2004 e altre regioni come il Friuli Venezia Giulia hanno avviato un analogo percorso.

2.2 Le condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato

Il riconoscimento dello *status* di rifugiato è tuttora disciplinato dall'art.1 del d.l 30 dicembre 1989, convertito dalla l. 28 febbraio 1990 n.39, il quale prevede che a coloro che facciano richiesta per il riconoscimento dello *status*, indipendentemente dalla propria posizione giuridica, venga attribuito un permesso di soggiorno temporaneo. (art. 1, co. 5, D.L. 416/1989).

Lo straniero che intende entrare nel territorio nazionale per essere riconosciuto rifugiato deve rivolgere istanza motivata all'ufficio di polizia di frontiera al quale viene attribuito nelle more della procedura il suddetto permesso di soggiorno.

L'accesso alla procedura di asilo rimane disciplinata dalle disposizioni previste dall'art. 1 del d.l. 416/1989: non è consentito l'ingresso in Italia agli stranieri che intendano chiedere il riconoscimento della condizione di rifugiato qualora l'interessato:

- sia stato già riconosciuto rifugiato in altro Paese;
- provenga da altro Paese, diverso da quello di appartenenza, che abbia aderito alla convenzione di Ginevra, nel quale abbia trascorso un periodo di soggiorno, non considerandosi tale il tempo necessario per il transito nel relativo territorio sino alla frontiera italiana;
- abbia commesso crimini di guerra o altri gravi delitti nel proprio Paese;
- sia stato condannato in Italia per uno dei delitti previsti dall'articolo 380 c.p.p.¹⁷⁰;
- risulti pericoloso per la sicurezza dello Stato o appartenente ad associazioni di tipo mafioso o terroristiche o dedite al traffico di stupefacenti.

In tali casi lo straniero viene respinto alla frontiera.

La novità introdotta dalla l.189/2002 della procedura semplificata di esame delle domande di asilo è prevista in due casi disciplinati dal nuovo art.1-*ter* l.n.39/1990. Tale procedura prevede il trattenimento del richiedente asilo qualora abbia violato le norme sull'ingresso regolare nello Stato. Il trattenimento deve permanere fino all'esito della procedura di riconoscimento. Tale procedura è detta semplificata. Premesso che il richiedente asilo non può essere trattenuto al solo fine di valutare

¹⁷⁰Si tratta dei delitti per i quali il codice prevede l'arresto obbligatorio in flagranza: i delitti per i quali è stabilita la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti anni, delitti contro la personalità dello Stato, rapina, estorsione, illegale fabbricazione, vendita e detenzione di armi, delitti per finalità di terrorismo o di eversione ecc

la domanda di asilo presentata, l'art.1 *bis*, co.2, individua le ipotesi in cui il trattenimento dei richiedenti asilo è invece obbligatorio:

- Il primo caso (art.1 *bis*, co. 2 lett.a)) in cui può essere attivata la procedura semplificata è quello della presentazione della domanda da parte di un individuo fermato per aver eluso o tentato di eludere il controllo alla frontiera o comunque colto in condizione di soggiorno irregolare sul territorio.

In questo caso, appena ricevuta la domanda, il questore competente su base territoriale dispone il trattenimento dello straniero in uno dei centri di identificazione¹⁷¹ ed entro due giorni dal ricevimento della domanda, questo la trasmette alla Commissione territoriale competente, che entro quindici giorni dalla data di ricezione della documentazione, provvede all'audizione e adotta la decisione entro i tre giorni successivi.

• Il secondo caso (art.1 *bis* co.2 lett.b) in cui si attiva la procedura semplificata per la domanda di asilo è quella della presentazione della domanda da parte di uno straniero già destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento. In tale ipotesi, appena ricevuta la domanda il questore dispone il trattenimento dello straniero in uno dei centri di permanenza temporanea¹⁷². Qualora il trattenimento sia già in corso, chiede al tribunale la proroga del periodo di trattenimento per oltre trenta giorni per consentire l'espletamento della procedura semplificata. Entro due giorni dal ricevimento della domanda, il questore trasmette la documentazione alla Commissione territoriale competente, che entro quindici giorni provvede all'audizione. La decisione è adottata nei successivi tre giorni.

Ai sensi dell'art.1-*bis*, co.5, qualora le scadenze previste non sono rispettate, allo straniero viene

¹⁷¹Tali centri sono stati rinominati dal D.P.R. 303/2004 e dal d.lgs. 28/1/2008 n°25 C.A.R.A: centri di accoglienza per i richiedenti asilo. Sono strutture nelle quali viene inviato e ospitato per un periodo variabile di 20 o 35 giorni lo straniero richiedente asilo privo di documenti di riconoscimento o che si è sottratto al controllo di frontiera, per consentire l'identificazione o la definizione della procedura di riconoscimento dello status di rifugiato. Tali centri sono collocati a : Caltanissetta,(96 posti), Crotone, (256 posti), Foggia, (198 posti), Gorizia, (150 posti), Milano, (20 posti), Trapani, (260 posti). Con decreto del ministro dell'Interno vengono utilizzati per le finalità dei Centri di accoglienza per richiedenti asilo anche i CDA di Bari e Siracusa.

¹⁷²Vi è qui una distinzione tra stranieri irregolari per i quali è disposto il trattenimento nei centri di identificazione, mentre coloro che devono essere respinti o espulsi sono trasferiti nei centri temporanei di permanenza. I Centri di permanenza temporanea ed assistenza' sono stati rinominati centri di identificazione ed espulsione (CIE), con decreto legge 23 maggio 2008, n. 92,; strutture destinate al trattenimento, convalidato dal giudice di pace, degli stranieri extracomunitari irregolari e destinati all'espulsione. Dall'8 agosto 2009, con l'entrata in vigore della legge 15 luglio 2009, n. 94, il termine massimo di permanenza degli stranieri in tali centri è passato da 60 a 180 giorni complessivi. Attualmente i centri operativi sono 13: Bari (96 posti), Bologna, (95 posti) Caltanissetta, (96 posti) Catanzaro, 75 posti), Gorizia, (248 posti), Milano, (132 posti), Modena, (60 posti), Roma (364 posti), Torino, (90 posti), Trapani, (43 posti),Brindisi, (83 posti), Lampedusa (200 posti),Crotone (124 posti).

rilasciato su richiesta, dal Questore un permesso di soggiorno temporaneo, valido fino alla conclusione della procedura.

Oltre alla procedura semplificata il legislatore ha previsto una procedura normale per l'esame della domanda di asilo. All'art.1 *quater* commi 2-5 è stabilito che entro due giorni dal ricevimento dell'istanza, il questore provvede alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che entro trenta giorni provvede all'audizione e nei successivi tre giorni alla decisione. Al quarto comma è ricordato che la Commissione territoriale, nel decidere sulla domanda di asilo, valuti conformemente alle convenzioni internazionali di cui l'Italia è firmataria. Nel corso dell'audizione è prevista la possibilità di ricorrere all'ausilio di interpreti e del colloquio viene redatto un verbale. Le decisioni devono essere motivate e comunicate all'interessato con l'indicazione delle modalità di impugnazione. In attesa della conclusione del procedimento il questore rilascia un permesso di soggiorno valido per tre mesi, eventualmente rinnovabile (art. 2, comma 4, D.P.R. 303/2004).

Nel caso della procedura semplificata (art. 1-*ter* D.L. 416/1989) sono dimezzati i tempi a disposizione della commissione territoriale per l'esame dell'istanza: quindici giorni in luogo di trenta. Inoltre, per coloro che sono destinatari di un provvedimento di espulsione e sono già trattenuti in un centro di permanenza temporanea, il trattenimento è prolungato di trenta giorni, su decisione dell'autorità giudiziaria e dietro richiesta del questore. L'allontanamento non autorizzato dai centri di identificazione equivale alla rinuncia della domanda.

Anche la procedura semplificata prevede la possibilità di impugnare la decisione della commissione territoriale: in primo luogo è possibile chiederne il riesame davanti alla stessa commissione territoriale che si è espressa in prima istanza, integrata da un componente della commissione nazionale. Inoltre, è possibile presentare ricorso presso il tribunale in composizione democratica. Il ricorso – che può essere presentato anche all'estero tramite le rappresentanze diplomatiche – non sospende il provvedimento di allontanamento. Il prefetto può tuttavia concedere all'interessato l'autorizzazione a rimanere sul territorio nazionale fino all'esito del ricorso.

Le norme ordinarie che si sono succedute non adeguano l'ambito soggettivo del diritto d'asilo previsto a livello legislativo a quello previsto a livello costituzionale. Pertanto, la disciplina del diritto d'asilo tutela unicamente i destinatari di tutela internazionale, rientranti nella Convenzione di

Ginevra, e non altri tipi di richiedenti asilo che potrebbero beneficiare di una tutela più ampia ai sensi dell'art.10 co. 3 Cost.

Le norme introducono una procedura accelerata di talune domande di riconoscimento dello *status* di rifugiato da parte delle nuove commissioni territoriali le quali hanno il potere di adottare delle decisioni immediatamente esecutive contro le quali il ricorrente può fare ricorso senza però beneficiare della sospensione automatica della procedura.

La disciplina del diritto d'asilo prevista dalle nuove norme si pone in contrasto con l'art. 10 co. 3 poiché limita l'accesso ad un diritto soggettivo. Inoltre appare violato il diritto ad un ricorso "effettivo", non potendosi considerare tale un ricorso proponibile solo a seguito del rimpatrio o comunque privo di effetti sospensivi¹⁷³.

2.3 La Commissione Nazionale per il diritto d'asilo e le commissioni territoriali

Dal 21 aprile 2005¹⁷⁴, le domande di asilo vengono esaminate dalle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato¹⁷⁵, istituite in base all'art.1 *quater* l. n. 39/1990. Tale legge ha previsto il decentramento dell'organo decisionale attraverso l'istituzione di sette Commissioni territoriali preposte all'esame delle istanze per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Con il d.lgs n. 25 del 28 gennaio 2008 e la relativa circolare dell'11 marzo 2008, sono state individuate altre tre Commissioni territoriali. Con il medesimo atto viene stabilito che le Commissioni siano istituite con decreto del Ministro dell'Interno¹⁷⁶ e non più con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Sono state introdotte dalla l. 189/2002 con l'obiettivo di "ridurre i tempi di esame delle istanze di asilo sostituendo ad un unico organi centrale competente una articolazione di organi a livello provinciale¹⁷⁷".

Le Commissioni territoriali sono istituite presso le Prefetture -Uffici Territoriali del Governo (UTG)- di Gorizia, Milano, Torino, Roma, Caserta, Foggia, Bari, Crotone, Siracusa e Trapani. Attraverso il decentramento della procedura di esame delle domande di riconoscimento, al fine di accelerarne i tempi, alle Commissioni territoriali sono trasferiti gran parte dei compiti della ex Commissione centrale disciplinata dalla legge Martelli.

¹⁷³ Nascimbene, *Il diritto degli stranieri op. cit.*, p.1173, 2004

¹⁷⁴Data di entrata in vigore del regolamento di attuazione n. 303/2004 della l. 189/2002.

¹⁷⁵ Il d.lgs. 159/2008 ha rinominato tali Commissioni assumendo la denominazione di Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale per adeguare la loro funzione al nuovo compito loro attribuito dalla direttiva 2004/84 CE di esaminare la domanda di protezione internazionale.

¹⁷⁶Alcuni autori tra i quali D.Consoli e G. Schiavone in *Verso una migliore tutela dello straniero che chiede asilo? Analisi delle principali novità in materia di asilo introdotte a seguito del recepimento della direttiva 2005/85/CE con il d.lgs 25/2008 e il d.lgs. 159/* Rivista di Diritto Immigrazione e cittadinanza 2008 sono molto critici su questa modifica perché temono un indebolimento dell'autonomia delle Commissioni.

¹⁷⁷D.P.R, 13 maggio 2005, Approvazione del documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato per il triennio 2004-2006.

Le commissioni territoriali sono presiedute da un funzionario appartenente alla carriera prefettizia e sono composte da un funzionario della Polizia di Stato, da un rappresentante degli enti locali (ANCI¹⁷⁸) nominato dalla Conferenza unificata Stato-città ed autonomie locali, da un rappresentante dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) e all'occorrenza, da un funzionario del Ministero degli Affari Esteri. Il voto del Presidente prevale sempre nel caso in cui non vi sia consenso in merito alla decisione del riconoscimento dello *status*.

Le commissioni procedono all'esame delle domande di riconoscimento dello *status* di rifugiato provvedendo all'audizione del richiedente entro 30 giorni dalla trasmissione della domanda, salvi i termini più brevi previsti nel caso di procedura semplificata. Durante le audizioni sono ascoltate le dichiarazioni del richiedente asilo volte a dimostrare lo stato di persecuzione e di il libertà dell'individuo. Tali dichiarazioni costituiscono il momento cruciale di tutta la fase procedimentale e spesso svolgono un ruolo decisivo nell'adozione di un provvedimento finale di riconoscimento o di diniego. L'art. 12 del d. Lgs. 25/2008¹⁷⁹ stabilisce che l'audizione dell'interessato viene disposta tramite una comunicazione effettuata dalla Questura territorialmente competente. La Commissione può decidere di omettere l'audizione del richiedente quando ritiene di avere sufficienti motivi per accogliere la domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato ed in tutti i casi in cui risulti certificata da una struttura sanitaria pubblica l'incapacità o l'impossibilità di sostenere un colloquio personale

Qualora il cittadino straniero, nonostante la regolare convocazione non si presenti al colloquio senza aver chiesto un rinvio, la sua richiesta verrà decisa sulla base della documentazione disponibile. Se, viceversa, la convocazione non sia stata portata a conoscenza del richiedente asilo non ospitato nelle strutture di accoglienza o di trattenimento e non sia stata già emessa nei suoi confronti la decisione di accoglimento della relativa istanza, la Commissione territoriale competente o la Commissione Nazionale dispone, per una sola volta ed entro dieci giorni dalla cessazione della causa che non ha consentito lo svolgimento del colloquio, una nuova convocazione dell'interessato, effettuata dalla Questura territorialmente competente, al fine della riattivazione della procedura.

Il colloquio personale si svolge in seduta non pubblica, senza la presenza dei familiari, a meno che questa non venga ritenuta necessaria per un esame adeguato. Per quanto riguarda i minori non accompagnati, il colloquio si svolge alla presenza del tutore

¹⁷⁸Di solito gli enti locali sono rappresentati nella figura dell'ANCI, Associazione Nazionale Comuni Italiani.

¹⁷⁹Tale decreto traspone nell'ordinamento italiano la direttiva CE 2005/85.

nominato dal Giudice a seguito della presentazione della domanda di protezione internazionale da parte dello stesso.

Se il cittadino straniero è assistito da un avvocato, questi è ammesso ad assistere al colloquio.

Contro le decisioni delle Commissioni è consentito il ricorso al tribunale ordinario.

Il coordinamento delle commissioni territoriali è assicurato dalla Commissione Nazionale del diritto di asilo che sostituisce la precedente Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, disciplinata dal DPR 136/1990.

La Commissione nazionale è nominata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta congiunta dei Ministri dell'interno e degli affari esteri. In base al nuovo art. 1 *quinquies* l. 39/1990 la Commissione nazionale è presieduta da un prefetto e composta da un dirigente della Presidenza del Consiglio, un funzionario della carriera diplomatica, un funzionario di carriera prefettizia del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione e un dirigente della pubblica sicurezza. Alle riunioni partecipa un rappresentante dell'UNHCR con una mera funzione consultiva, nonostante sia l'unico organo a non afferire alla pubblica amministrazione. Tale organo può articolarsi in sezioni e ha compiti di indirizzo delle singole commissioni territoriali, di formazione e aggiornamento dei suoi componenti. Svolge inoltre un'importante funzione nella raccolta di dati statistici, contenenti le informazioni utili per l'esame e il monitoraggio delle richieste di asilo e per la creazione e l'aggiornamento di un centro di documentazione sulla situazione politico-economica dei Paesi di origine dei richiedenti (COI). Ha infine importanti poteri decisionali in materia di revoca e di cessazione degli *status* di rifugiato, in precedenza riconosciuti. Tra i compiti rientra anche la facoltà di proporre l'istituzione di nuove Commissioni territoriali¹⁸⁰.

L'istituzione delle Commissioni territoriali, ha notevolmente ridotto i tempi della procedura di determinazione dello *status* di rifugiato. Secondo i dati dell'UNHCR, il periodo intercorrente tra il momento della presentazione della domanda e la decisione di prima istanza si è ridotto a due mesi¹⁸¹. Mentre, prima della completa attuazione della l. 189/2002, la procedura di riconoscimento durava spesso oltre un anno e mezzo, periodo durante il quale il richiedente asilo aveva diritto ad un'assistenza finanziaria¹⁸² limitata a soli 45 giorni, senza tuttavia avere il diritto di lavorare.

¹⁸⁰Questa funzione è alquanto discutibile poiché si stabilisce che il numero delle Commissioni territoriali è fisso.

¹⁸¹UNHCR, documentazione *on line* dal sito www.unhcr.it

¹⁸²Mediante la legge 189/2002, è stato istituito il trattenimento del richiedente asilo presso speciali centri di identificazione o presso i centri di permanenza temporanea che costituiscono nuovi oneri per lo Stato. Per far fronte a queste nuove spese è stata abolita la possibilità generalizzata per il richiedente asilo di fruire di un contributo di prima assistenza.

I più scettici¹⁸³ ritengono invece che tali commissioni non siano gli organi idonei per valutare le domande di asilo poiché non si configurano come un organo terzo rispetto all'amministrazione dello Stato, non essendo dotati di autonomia valutativa e decisionale.

2.4 I rimedi contro il diniego della domanda di asilo e la questione della sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di allontanamento in caso di impugnazione.

L'art 5 l. 39/90 (abrogato dalla l.189/2002), nel prevedere le disposizioni in materia di tutela giurisdizionale verso tutti i provvedimenti amministrativi (in materia di ingresso, soggiorno e espulsione), stabiliva che per i decreti della Commissione centrale¹⁸⁴ fosse competente "il tribunale amministrativo regionale del luogo del domicilio eletto dallo straniero".

Ciò premesso, nella nuova legislazione (l.189/2002), in caso di diniego della domanda di asilo da parte delle Commissioni territoriali, si prevede per lo straniero la facoltà di esperire un ricorso amministrativo in un solo dei casi in cui deve svolgersi la procedura semplificata e una più generale facoltà di presentare un ricorso giurisdizionale al giudice ordinario per tutte le restanti ipotesi.

Nel caso dello straniero trattenuto nel centro di identificazione (art. 1 co. 2 lett. a) perché trovato in condizione di irregolarità sul territorio si prevede un semplice ricorso amministrativo: entro cinque giorni dalla comunicazione della decisione, lo straniero può presentare alla medesima commissione territoriale una richiesta motivata di riesame della decisione. In tal caso, la Commissione integrata da un membro della Commissione Nazionale per il diritto d'asilo procede entro dieci giorni al riesame della decisione.

Nulla però impedisce l'esecutività della decisione di cui si chiede il riesame pertanto può avvenire che venga esaminata anche qualora lo straniero sia stato rimpatriato nel proprio Stato d'origine.

In tutti gli altri casi¹⁸⁵ è ammesso il ricorso al tribunale ordinario, territorialmente competente entro quindici giorni. Il riesame della decisione può anche essere richiesto dall'estero tramite le rappresentanze diplomatiche nei successivi quindici giorni dal rimpatrio¹⁸⁶. Premesso il diritto riconosciuto al ricorrente di chiedere al prefetto di rimanere sul territorio nelle more del ricorso,

¹⁸³ Nascimbene, *Il diritto degli stranieri*, op.cit. 2004

¹⁸⁴ Si ricorda che le Commissioni territoriali sono state istituite con la l.189/2002. Nel sistema precedente vi era un'unica Commissione idonea a valutare le richieste di asilo.

¹⁸⁵ L'art.1 *quater*, co.5 l.39/1990 (introdotto dalla l.189/2002) disciplina il ricorso avverso il diniego di riconoscimento per i casi di procedura ordinaria, con un rimando all'art.1 *ter* co.6 che stabilisce per i casi di procedura semplificata il ricorso non ha effetti sospensivi automatici.

¹⁸⁶ Per una lettura in chiave molto critica di tale diritto di riesame presso la rappresentanza diplomatica italiana all'estero si veda Benvenuti, *Il diritto d'asilo nel diritto costituzionale italiano*, 2007.

bisogna sottolineare come anche in questo caso il ricorso non sospenda il provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale.

Poiché l'art.1-*ter*, co.3 l. 39/1990 sull'inefficacia sospensiva nel caso di ricorso avverso la decisione negativa delle Commissioni territoriali è suscettibile di privare di effettività il diritto di asilo e il diritto di difesa, entrambi garantiti costituzionalmente, è importante attribuire a tale norma un'interpretazione restrittiva e costituzionalmente orientata¹⁸⁷. Un'interpretazione diversa rischierebbe di far concludere che in ambedue i tipi di procedure i ricorsi per il riesame sono privi di efficacia sospensiva.

Pertanto, devono considerarsi prive della condizione sospensiva unicamente le richieste di riesame presentate da un individuo già destinatario di un provvedimento di allontanamento¹⁸⁸.

Nell'attesa dell'esito della procedura di riesame, allo straniero è attribuito un permesso di soggiorno temporaneo valido fino alla fine della procedura stessa (art.1-*bis*. co.5 l.39/90). In questo senso, per fine della procedura si deve intendere non solo la decisione della Commissione, bensì la decisione giurisdizionale. Per la quale in caso di rigetto la decisione è immediatamente esecutiva.

2.5 Il trattenimento del richiedente asilo : profili costituzionali

L'art. 1 *bis* l. 189/2002 introduce il principio generale secondo il quale lo straniero non può essere trattenuto per il solo fatto di aver presentato una domanda di asilo. In un secondo momento vengono enunciate le diverse ipotesi in cui è previsto il trattenimento in appositi centri del richiedente asilo. Nel caso di trattenimento obbligatorio il richiedente asilo è trasferito nei centri di permanenza temporanea e assistenza (rinominati Centri di identificazione ed espulsione, CIE dalla d. lgs. 25/08) ; negli altri casi è trasferito nei centri di identificazione per i richiedenti asilo (rinominati CARA ex d.lgs 25/08).

Il trattenimento è disposto dal questore, per il “*tempo strettamente necessario alla definizione delle autorizzazioni alla permanenza nel territorio dello Stato (...)*” secondo l'art.1 -*bis* l.39/1990

¹⁸⁷Nascimbene, op.cit. p.1187, 2004

¹⁸⁸ Nei casi specifici: quando l'individuo era già destinatario di un provvedimento di espulsione da eseguirsi con accompagnamento immediato alla frontiera pronunciato dall'autorità giudiziaria oppure nel caso in cui sia destinatario di un provvedimento amministrativo di espulsione; a condizione che al momento della notifica della decisione di rigetto della domanda di asilo il provvedimento di accompagnamento alla frontiera e il provvedimento amministrativo di espulsione siano già stati convalidati dalla competente autorità giudiziaria insieme con il provvedimento di trattenimento.

modificata dal d.lgs n.286 del 1998. Il trattenimento ha comunque un preciso limite temporale (ex art.1 *bis* co.5) che si sostanzia nello scadere della procedura semplificata.

Il provvedimento di trattenimento è facoltativo nei seguenti casi:

- per verificare la nazionalità o identità, qualora egli non sia in possesso dei documenti di viaggio o d'identità;
- per verificare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo;
- in dipendenza del procedimento concernente il riconoscimento del diritto ad essere ammesso nel territorio dello Stato¹⁸⁹.

Il trattenimento è, invece, disposto in via obbligatoria:

- a seguito della presentazione di una domanda di asilo presentata dallo straniero fermato per avere eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo, o, comunque, in condizioni di soggiorno irregolare;
- a seguito della presentazione di una domanda di asilo da parte di uno straniero già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento.

In proposito è opportuno ricordare l'art.31 della Convenzione di Ginevra che consente a coloro che si trovano nel territorio dello Stato senza titolo di soggiorno valido di presentarsi quanto prima¹⁹⁰ alla Questura per presentare una domanda di asilo senza rischiare di essere sanzionati. Pertanto, il trattenimento obbligatorio del richiedente asilo non riguarda l'ipotesi dell'ingresso irregolare bensì il caso in cui lo straniero presenti la domanda di asilo solo dopo essere stato fermato.

In quest'ultimo caso lo straniero viene trattenuto nei centri di permanenza temporanea e assistenza. Si tratta di strutture già previste dal testo unico sull'immigrazione e destinate all'accoglienza degli immigrati extracomunitari in attesa di espulsione (art. 14).

In tutti gli altri casi, il trattenimento viene attuato in appositi centri di identificazione (CIE), istituiti dalla l. 189/2002. Nei casi di trattenimento non viene rilasciato il permesso di soggiorno temporaneo.

¹⁸⁹Secondo Nascimbene in quest'ultima potrebbe essere ricompresa anche l'ipotesi in cui lo straniero si presenta alla frontiera limitando eccessivamente il diritto di chiedere asilo.

¹⁹⁰ Per l'espressione "quanto prima" bisogna fare riferimento all'art.5 T.U che stabilisce che la domanda alla Questura deve essere fatto entro otto giorni lavorativi dalla data d'ingresso nel territorio dello Stato.

Su questo punto è molto utile il chiarimento offerto da una circolare¹⁹¹ del Ministero dell'Interno del 31-10-05. La circolare prende atto che tali requisiti per il trattenimento obbligatorio del richiedente asilo siano stati interpretati in modo restrittivo da diverse questure, disponendo il trattenimento anche nei confronti degli stranieri che ancorché in posizione irregolare nel territorio nazionale, abbiano presentato spontaneamente la richiesta di asilo. Si chiarisce quindi che il riferimento esplicito alla condizione di “fermato” dello straniero, cui si aggiunge almeno una delle condizioni collegate alle modalità con le quali è avvenuto il rintraccio (“per aver eluso il controllo di frontiera”, “tentato di eludere il controllo di frontiera”) costituisce una *conditio sine qua non* per l'adozione del provvedimento di trattenimento.

Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene che la posizione di irregolarità della presenza del richiedente asilo non possa costituire, da sola, l'elemento unico e sufficiente per determinare l'obbligatorietà del trattenimento. La circolare si chiude raccomandando agli uffici di “*astenersi dal disporre il trattenimento nei Centri degli stranieri, che pur presenti irregolarmente sul territorio, richiedono spontaneamente l'asilo politico*”.

- 3. *Principali novità introdotte alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale a seguito del recepimento della normativa comunitaria*

Le principali innovazioni sul fronte normativo italiano in materia di asilo si sono avute grazie al recepimento della normativa comunitaria. Ultime, dal punto di vista temporale, sono anche le disposizioni del *c.d.* pacchetto sicurezza adottato dal Governo il 23 maggio 2008 con d.l. n.92 (convertito in legge il 24 luglio 2008 n.125 recante “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*”) che verranno analizzate sempre in questo paragrafo.

Le direttive del Consiglio 2005/85/CE, 2004/83/CE e 2003/9/CE sono già state analizzate nel Capitolo III, ora si vuole però analizzare l'impatto di tale disciplina nell'ordinamento italiano.

Nel 2005, l'Italia ha recepito la direttiva comunitaria 2003/9 recante *norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, il d. lgs 140/2005 di attuazione della direttiva aveva lo scopo di stabilire le norme sull'accoglienza degli stranieri richiedenti il riconoscimento dello *status* di rifugiato nel territorio nazionale, in linea con gli *standard* europei e

¹⁹¹Ministero dell'Interno- Dipartimento della Pubblica Sicurezza- Direzione Centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere- Telegramma 400/B/2005/460 /P/15.1.7.7 del 31.10.2005. Del Direttore Generale Pansa.

con il diritto internazionale dei rifugiati, in particolare la Convenzione di Ginevra. Il 9 novembre 2007, invece, il governo italiano ha emanato i decreti legislativi di recepimento della direttiva comunitaria 2004/83 recante *norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale* (c.d. 'direttiva qualifiche'), nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta dalla direttiva comunitaria 2005/85/CE recante *norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato* (c.d. 'direttiva procedure').

Il d.lgs 2008/25 che definisce le procedure per la richiesta e il riconoscimento degli *status* meritevoli di protezione internazionale, ha subito modifiche ed integrazioni a seguito dell'entrata in vigore, il 5 novembre 2008, del d. lgs 3 ottobre 2008, n. 159¹⁹². Quest' ultimo rientra nel d.l. n.92 adottato dal Governo il 23 maggio 2008, il c.d. pacchetto sicurezza, (convertito in legge il 24 luglio 2008 n.125 recante "*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*"¹⁹³) che ha evidenziato alcune criticità non solo per la tematica migratoria introducendo in particolare il reato di immigrazione clandestina, ma anche per le questioni inerenti all'asilo.

I due penultimi decreti¹⁹⁴ modificano in maniera sostanziale la normative sull'asilo, abolendo ad esempio, il trattenimento dei richiedenti asilo ed introducendo l'effetto sospensivo del ricorso contro il diniego della domanda d'asilo e la possibilità, anche per coloro cui è stata concessa una protezione umanitaria, di ottenere il ricongiungimento familiare. Si sottolinea inoltre, fin da subito, come il d.lgs 25/08 preveda un'unica¹⁹⁵ procedura di esame delle domande in luogo delle due procedure previgenti. La domanda proposta deve esser accolta dal personale della questura che non ha alcun potere di "filtro" come avveniva secondo la vecchia normativa, ne' può' adottare procedimenti semplificati non previsti dal nuovo decreto. Al massimo, potrà esser applicata la

¹⁹²"*Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, recante attuazione della direttiva 2005/85/CE relativa alle norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*" pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 247 del 21 ottobre 2008.

¹⁹³Nella versione pre-adozione di tale decreto erano stati previsti (oltre a due disegni di legge) tre schemi di decreti legislativi volti ad adottare tre direttive comunitarie: il primo sul ricongiungimento familiare (2003/86/CE), il secondo sull'asilo (2005/85/CE) e l'ultimo sulla libera circolazione dei cittadini comunitari (2004/38/CE). Il Governo dopo aver recepito gli emendamenti delle Commissioni del Parlamento ha chiesto un parere informale alla Commissione europea (1° agosto 2008) che ha criticato il d.lgs sui cittadini comunitari e per quel che concerne l'asilo ha contestato la volontà del Governo di eliminare la sospensione del provvedimento di espulsione durante il ricorso giurisdizionale.

¹⁹⁴Il d. lgs del 28 gennaio 2008 n.25 recepisce la direttiva 2005/85 del Consiglio *recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato* ("Direttiva Procedure"). □ La direttiva 2004/83/CE *recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale* è stata attuata con il d. lgs. del 19 novembre 2007 n°251, in vigore dal 19 gennaio 2008.

¹⁹⁵ Il d.lgs. 25/08 abroga all'art.40 co.1 i commi 4,5,6 dell'art.1 *bis*, 1 *ter*, 1 *quater* e 1 *quinqies* della legge 39/90.

procedura “prioritaria” prevista all’art. 28¹⁹⁶ dello stesso. Tale cambiamento dimostra quindi come l’intero procedimento del diritto di asilo sia pertanto totalmente rinnovato¹⁹⁷.

3.1 L’effetto sospensivo del ricorso giurisdizionale

Al fine di assicurare l’effettività del rimedio giurisdizionale, conformemente alla direttiva europea, si reintroduce l’effetto sospensivo del ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di rigetto della Commissione territoriale. Laddove sia comunque riconosciuta in una certa misura la necessità di protezione (non tale tuttavia da comportare l’accoglimento della domanda) la Commissione invia al Questore la pratica per l’eventuale rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Entro trenta giorni dalla comunicazione del diniego è ammesso il ricorso al Tribunale dove ha sede la Commissione stessa. La proposizione del ricorso sospende l’efficacia del provvedimento di rigetto. Pertanto, fino a sentenza definitiva il ricorrente è considerato di fatto ancora un “richiedente asilo politico”. Tale sospensione non è tuttavia automatica ma deve essere espressamente richiesta oltre che nei casi già previsti dal testo originario del decreto (inammissibilità della domanda, allontanamento ingiustificato dal centro, richiedenti già destinatari di un decreto di espulsione o di respingimento), anche nei confronti di coloro che hanno presentato domanda dopo essere stati fermati in condizioni di soggiorno irregolare e, nei confronti dei richiedenti destinatari di una decisione di rigetto per manifesta infondatezza, come definita dal decreto 159/08.

¹⁹⁶L’art.28 del d.lgs 2008 n.25 stabilisce che: La Commissione territoriale esamina in via prioritaria la domanda, conformemente ai principi fondamentali e alle garanzie di cui al capo II, quando:a) la domanda e' palesemente fondata;b) la domanda e' presentata da un richiedente appartenente alle categorie di persone vulnerabili indicate dall'articolo 8 del decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 140; c) la domanda e' presentata da un richiedente per il quale sono stati disposti l'accoglienza o il trattenimento ai sensi degli articoli 20 e 21, fatto salvo il caso in cui l'accoglienza sia disposta per verificare o accertare l'identità del richiedente. 2. Nei casi previsti dall'articolo 21, appena ricevuta la domanda il questore, competente in base al luogo in cui e' stata presentata, dispone il trattenimento del richiedente ai sensi dell'articolo 21, comma 2, e contestualmente provvede alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che, entro sette giorni dalla data di ricezione della documentazione, provvede all'audizione. La decisione e' adottata entro i successivi due giorni.3. Lo Stato italiano può dichiararsi competente all'esame delle domande di cui al comma 1, lettera c), ai sensi del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003

¹⁹⁷Bisogna fin da subito chiarire che non vi sono ancora delle valutazioni complete sulla normativa comunitaria introdotta nell’ordinamento italiano. A questo fine sarà interessante analizzare il rapporto del Comitato italiano per i rifugiati che sta portando avanti uno studio sull’ “applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull’accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure: uno studio integrato”le cui conclusioni non sono state ancora pubblicate.

Con le lettere f), g), h), i) e l) si introduce, conformemente ai pareri espressi dalla I Commissione (affari costituzionali) sia del Senato che della Camera dei deputati, una nuova ipotesi di rigetto della domanda: la manifesta infondatezza. Una domanda d'asilo sarà giudicata in prima istanza "manifestatamente infondata" quando si rileverà la palese insussistenza nella domanda dei presupposti previsti dalla normativa per il riconoscimento internazionale oppure quando si accerterà che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento. Qualora una domanda d'asilo sarà giudicata in prima istanza "manifestatamente infondata" non verrà data al richiedente asilo alcuna possibilità di presentare ricorso. Unica alternativa sarà l'espulsione.

Come conseguenza del ripristino dell'effetto sospensivo del ricorso, non viene riproposta l'autorizzazione della Prefettura a rimanere nel territorio nazionale. Bisogna inoltre ribadire, come chiarito dal reg.CE n. 343/2003 (*c.d.* Dublino II) che la verifica da parte dell'Italia a valutare la propria competenza ad esaminare una richiesta d'asilo non costituisce motivo di non ricezione della domanda e di avvio della procedura. Uno straniero che si trovi nella *c.d.* fase Dublino II è un richiedente asilo a pieno titolo, avendo accesso al territorio, alle misure di accoglienza e alle garanzie comunque previste per legge. Di conseguenza, le amministrazioni¹⁹⁸ sono comunque tenute a valutare se sussistano i requisiti per ritenere che vi siano "gravi motivi umanitari" che possono rendere non sicuro un paese terzo. Quest'ultima ipotesi si è verificata in via del tutto eccezionale, per la prima volta, su richiesta dell'UNHCR. In una comunicazione¹⁹⁹ l'UNHCR auspicava di non trasferire i richiedenti asilo in Grecia perché, ritenuto un paese poco sicuro per quel che concerne il trattamento dei minori non accompagnati.

3.2 La libertà di circolazione

Una nuova disposizione, introdotta dal D. Lgs. 159/08 all'art.1 co.1 lett.b) (che modifica l'art.7 co.1 del d. lgs 25/08) stabilisce che il Prefetto indichi "*un luogo di residenza o un'area geografica ove i richiedenti asilo possano circolare*" fino alla definizione della loro domanda. E rilevante

¹⁹⁸E' interessante la sentenza 187/08 del TAR Puglia che ha ritenuto illegittimo il provvedimento del Ministero dell'Interno che ha disposto il trasferimento in Grecia di un richiedente asilo in base al Reg. CE 343/2003 "non già di un'errata attribuzione di competenza della Grecia(...) bensì in violazione di gravi motivi umanitari non avendo il Ministero effettuato una più approfondita valutazione dell'art.3 co.2 di detto regolamento alle luce delle considerazioni ripetutamente espresse dall'UNHCR sulla grave situazione di mancanza di effettiva tutela dei richiedenti asilo in Grecia." In D.Consoli e G. Schiavone

¹⁹⁹ UNHCR, "UNHCR position on the return of asylum-seekers to Greece under the "Dublin regulation", 15 Aprile 2008

ricordare che la domanda può esser presentata in qualsiasi momento, senza obbligo di “tempestività” della stessa. Deve esser proposta alla Questura del luogo di dimora, la quale procede ad informare il richiedente dei punti salienti della procedura e a fotosegnalarlo. Il fatto che il Questore indichi un luogo di residenza o un area geografica segna una netta inversione di rotta rispetto alla normativa precedente, in base alla quale il richiedente, fatti salvi i casi di trattenimento obbligatorio e facoltativo, era libero di muoversi sul territorio nazionale fino alla conclusione del procedimento.

Secondo alcuni autori²⁰⁰ tale disposizione non rispetterebbe neanche la *ratio* della direttiva 2005/85 relativa alle procedure che non menziona norme simili. Tuttavia, data la discrezionalità lasciata ai Governi, si capisce l'interpretazione ampia dell'art.11 che stabilisce con chiarezza che spetta soltanto al richiedenti asilo indicare il suo luogo di dimora al quale far pervenire le comunicazioni sulla propria domanda.

In base alla circolare n. 10 del 3 novembre 2008 si specifica che il Prefetto può procedere alla fissazione del luogo di residenza o all'individuazione dell'area geografica, *"quando per il particolare profilo del richiedente asilo sussiste in concreto il rischio di dispersione"*. La competenza del Prefetto è fissata in base al domicilio del richiedente asilo. Il Questore, anche su segnalazione delle Commissioni territoriali competenti provvede a segnalare tempestivamente al Prefetto i casi da assoggettare alla limitazione prevista.

Chi presenta domanda di asilo, ha diritto di soggiornare in Italia durante l'esame della domanda, con un permesso di soggiorno valido per tre mesi rinnovabile fino al compimento dell'intera procedura, ad esclusione degli estradati. Per coloro che hanno presentato la domanda dopo un accertamento di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, o per coloro che siano privi di documenti o posseggano documenti falsi o contraffatti, e' previsto il soggiorno nei CARA: “centro accoglienza richiedenti asilo”, nel quale hanno la possibilità di uscire nelle ore diurne. L'art.21 del Decreto lgs 25/2008 (come modificato dal d.lgs n.159/2008) stabilisce invece che il trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione (ex CPT) venga disposto nel caso in cui il richiedente:

- a) si trovi nelle condizioni previste dall'art.1 par.F della Convenzione di Ginevra (ovvero si sia reso colpevole di crimini contro l'umanità o contro la pace o crimini di guerra)
- b) sia stato condannato in Italia per uno dei delitti indicati dall'art. 380 commi 1 e 2 del codice di procedura penale²⁰¹

²⁰⁰ D.Consoli e G. Schiavone, op.cit. 2008, Nascimbene, Zagato L. *op.cit.*

²⁰¹ ovvero per i reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'immigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite.

c) sia destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento

Le lettere d) ed e) modificano rispettivamente gli artt 20 (casi di accoglienza) e 21(casi di trattenimento), prevedendo che lo straniero, già destinatario di un decreto di espulsione, che presenta domanda di protezione internazionale sia trattenuto nei centri di cui all'art.14 del d.lgs n.286 (Testo Unico sulla disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) .

Se decreti legislativi proposti con la normativa comunitaria sono stati ritenuti adeguati dall'Europa, è doveroso ricordare (poiché già messo in luce nel cap.III) che la direttiva europea di riferimento è stata oggetto di dure critiche da parte dell'insieme degli enti di tutela dei rifugiati in tutta Europa perché attribuiva un eccessivo margine di discrezionalità alle autorità statali competenti nelle varie fasi del procedimento. Alla luce degli adeguamenti alla disciplina comunitaria, l'Italia ha cercato di correggere alcuni punti delicati della normativa previgente. Seppur non automatica, la reintroduzione della condizione sospensiva costituisce una garanzia per un ricorso giurisdizionale effettivo. Dall'altra parte, le norme introdotte a tutela della libertà di circolazione dei richiedenti asilo e quelle sopra illustrate sulle fattispecie per il trattenimento dei richiedenti asilo sono costitutive di un diritto d'asilo e di una protezione internazionale sostanziale. Tuttavia, malgrado le disposizioni abbastanza avanzate in materia d'asilo, in tempi molto recenti questo sistema ha dimostrato forti inefficienze. Nel paragrafo seguente cercheremo di mettere in luce queste criticità.

- *4. Recente prassi italiana in materia di rifugiati*

Dopo aver analizzato complessivamente le fonti normative sia internazionali che nazionali, è interessante prendere in considerazione la prassi italiana. Verranno di seguito studiate due situazioni, quelle che forse hanno ottenuto maggiore eco mediatico, che hanno posto l'Italia sulla scena internazionale per la questione dei richiedenti asilo. Il caso libico e quello maltese ci permetteranno di cogliere la realtà che si nasconde dietro una normativa lacunosa, frammentata e priva di organicità.

4.1 Trattato di Bengasi tra Italia e Libia la situazione dei rifugiati in Italia.

In base alle stime dell'UNHCR, nel 2008 circa 31.000 persone sono giunte via mare sull'isola di Lampedusa, segnando rispetto al 2007 un incremento del 153 %.²⁰² La problematicità legata alla

²⁰²Secondo il rapporto "sulle condizioni dei migranti di transito in Libia" effettuato da Fortress Europe, l'osservatorio sulle vittime delle migrazioni, i dati di arrivo mostrerebbero un *trend* sostanzialmente inverso. Nei primi nove mesi del 2007 sono arrivati in Sicilia 12.753 migranti via mare, il 20 % in meno rispetto ai primi mesi del 2006.

posizione geografica dell'isola è ben comprensibile se si tiene presente che tale cifra costituisce circa l'86% delle circa 36.000 persone complessivamente arrivate nello stesso periodo sulle coste italiane. Escludendo gli sbarchi in Calabria (provenienti da Turchia e Egitto) e in Sardegna (provenienti dall'Algeria), la maggioranza dei migranti sbarcati in Sicilia (e a Malta) sono salpati dalle coste libiche occidentali, tra Zuwarah e Misratah.

In realtà, sulle coste italiane arrivano pochissimi cittadini libici²⁰³ in quanto la Libia è considerata unicamente un paese di transito dal quale partire data la prossimità con l'isola di Lampedusa e con Malta. La Libia è stata durante gli anni novanta una destinazione ambita per molti migranti provenienti dall'Africa sub-sahariana grazie anche alle politiche migratorie molto espansive portate avanti da Tripoli in nome della solidarietà africana nei confronti, prima dei cittadini del mondo arabo, poi di tutti quelli africani.

Oggi però la percezione dell'immigrazione dall'Africa sub sahariana da parte delle autorità libiche è cambiata e da risorsa, tale immigrazione è sempre più considerata come una minaccia. Questo ha condotto ad una conseguente maggiore pressione da parte di migranti provenienti dall'Africa Sub-sahariana alle frontiere esterne dell'Europa.

La Comunità europea, cosciente di questo flusso crescente di migranti verso l'Europa ha cominciato a prendere atto del problema, e pur non intrattenendo relazioni formali con la Libia, ha avviato attraverso il Consiglio negoziati finalizzati all'invio di una missione tecnica²⁰⁴ dell'UE nel 2004 volta ad accertare la situazione dei migranti in Libia.

L'Italia è il paese che è maggiormente influenzato dall'immigrazione proveniente dalle coste libiche ed è per questo motivo che il nostro Paese ha avviato una stretta cooperazione con la Libia già nel 2003 per il controllo dell'immigrazione illegale.

Nel 2003, il Governo italiano ha siglato un accordo di cooperazione culturale con Gheddafi che prevedeva tra i vari temi anche il contrasto dell'immigrazione clandestina. Con questo accordo veniva sospeso l'embargo²⁰⁵ sugli equipaggiamenti militari utilizzabili per la lotta all'immigrazione e una serie di strumenti²⁰⁶ per fronteggiare l'immigrazione clandestina.

²⁰³Secondo i dati di Fortress Europe, nel 2006 i libici erano solo 50. Le prime nazionalità sono Marocco, Egitto, Eritrea e Tunisia.

²⁰⁴La missione tecnica dell'UE è stata portata avanti dalla Commissione Europea dal 27 novembre- al 6 dicembre 2004 con la collaborazione di 14 Stati membri e dell'Europol. Doc. 7753/05

²⁰⁵Dopo le accuse rivolte alla Libia per aver commesso la strage di *Lockerbie*, nel 1992, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite dispose delle sanzioni (levate nel 2003) a carico della Libia considerata un paese sostenitore del terrorismo internazionale. Sanzioni simili furono decise dall'Unione Europea e dagli Stati Uniti nel medesimo anno e sospese nel 2004. Natalino Ronzitti, *Il trattato Italia-Libia di amicizia partenariato e cooperazione*, Servizio Affari Internazionali, Servizio Studi del Senato della Repubblica, Gennaio 2009

²⁰⁶Vennero inviati in base a quel accordo gommoni, fuoristrada, pulman, visori notturni, coperte, materassi, navigatori satellitari.

Dal 2003 iniziano a venir istituiti in tutto il paese centri di detenzione per migranti, in cui spesso vengono inviati i richiedenti asilo senza che questi possano avere accesso alle procedure per richiedere lo *status* di rifugiato. La prima denuncia ufficiale sulla condizione dei migranti in Libia risale al dicembre 2004, quando viene pubblicato il già citato Rapporto della Missione tecnica dell'Unione Europea in Libia. In questo documento si parla di arresti arbitrari degli stranieri, abusi, deportazioni e mancato riconoscimento del diritto d'asilo.

In seguito viene rafforzata la cooperazione Italia- Libia- Unione Europea sul fronte dell'immigrazione clandestina. A partire dal 2008, viene permesso all'Agenzia europea Frontex di spostare i pattugliamenti aero-navali nelle acque libiche. L'obiettivo dichiarato è quello di rimpatriare in Libia tutti i migranti che saranno intercettati in mare. Queste forme di accordi di riammissione sono state criticate formalmente dall'UNHCR in quanto costituiscono palesi violazioni del divieto di *non refoulement* che, come chiarito nel capitolo I dell'elaborato, ha un'applicazione extra-territoriale²⁰⁷ generalmente riconosciuta. Da parte sua, Frontex risponde alle critiche giustificando le operazioni Nautilus I²⁰⁸ e Nautilus come mere forme di riaccompagnamento alla frontiera.

Infine, dal maggio 2009, in virtù dei nuovi accordi di cooperazione con la Libia, l'Italia ha per la prima volta respinto imbarcazioni di migranti senza valutare in modo preventivo la nazionalità dei passeggeri²⁰⁹. Questa pratica non ha permesso di valutare se sull'imbarcazione erano presenti richiedenti asilo, minori non accompagnati o donne incinte.

Queste operazioni di controllo e di pattugliamento marittimo sono conseguenza del Protocollo firmato nel 2007 e reso operativo grazie al Trattato di Bengasi del 2008.

La normalizzazione dei rapporti tra Italia e Libia è segnata da una serie di accordi bilaterali²¹⁰ già dal 1998. I due documenti più rilevanti per i nostri fini sono il Processo Verbale del 4 luglio 1998, firmato dall'allora Ministro degli esteri Lamberto Dini, e il contemporaneo Comunicato Congiunto. Molte delle questioni disciplinate dal Comunicato Congiunto saranno poi riprese nel Trattato del 2008. Fino a tale data, vi erano tuttavia due questioni irrisolte: il contenzioso sui crediti vantati dalle imprese italiane per le opere effettuate dopo il 1970 e la questione del contrasto all'immigrazione

²⁰⁷UNHCR, *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

²⁰⁸Nel canale di Sicilia Frontex ha già operato due missioni: Nautilus I (5-15 ottobre 2006) con la partecipazione di Italia, Malta, Francia, Grecia, Germania; Nautilus II (25 giugno-27 luglio 2007 e 10 settembre-14 ottobre 2007) con la partecipazione di Italia, Malta, Francia, Grecia, Germania, Portogallo e Francia. Medesimi pattugliamenti, chiamati Nautilus III hanno avuto luogo nel 2009 con un finanziamento per l'operazione pari a otto milioni di euro.

²⁰⁹Così il Ministro dell'Interno Maroni riportato sul "Sole24ore" del 7 maggio 2009: "per la prima volta nella storia siamo riusciti a rimandare direttamente in Libia i clandestini che abbiamo trovato ieri in mare su tre barconi. Non è mai successo. Fino a che ora dovevamo prenderli, identificarli e rimandarli nelle nazioni d'origine. Per la prima volta la Libia ha accettato di prendere cittadini extracomunitari che non sono libici, ma che sono partiti dalle coste libiche".

²¹⁰Accordo sul turismo, 1998; Convenzione consolare, 1998; Accordo sulla promozione e protezione degli investimenti, 2000; Accordo di cooperazione culturale, 2003.

clandestina. In quest'ultimo settore, a parte l'Accordo del 13 dicembre 2000, rivestono importanza fondamentale i due Protocolli del 29 dicembre 2007, che prevedono un pattugliamento congiunto con la cessione in uso di motovedette (inattuato fino all'entrata in vigore del Trattato del 2008).

Il Trattato stipulato a Bengasi il 30 agosto 2008²¹¹ non è un semplice trattato di amicizia e cooperazione, ma è volto a migliorare la qualità delle relazioni tra i due paesi, istituendo un vero e proprio partenariato. Il trattato consta di 23 articoli divisi in tre parti relative. Questo accordo è stato generalmente ben accolto poiché chiude negoziati portati avanti per dieci anni.

Nel Preambolo, si evidenziano da una parte i ruoli che le due parti possono svolgere, rispettivamente nell'Unione Europea e nell'Unione Africana, dall'altra, si sottolinea il rapporto "speciale e privilegiato", che Italia e Libia vogliono sviluppare. I principi che stanno alla base delle relazioni italo-libiche sono in buona parte contenuti nella Carta delle Nazioni Unite, cui il Trattato fa continuo riferimento: rispetto della eguaglianza sovrana, divieto di ricorso alla minaccia e all'uso della forza, non ingerenza negli affari interni, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

La prima questione riguarda il divieto di compiere atti ostili in partenza dai rispettivi territori. Ciascuna parte si impegna a non compiere atti ostili nei confronti dell'altra e a non consentire l'uso del proprio territorio da parte di altri (stati o attori non statali) per la commissione di tali atti. Non si tratta di un "patto di non aggressione", ma semplicemente della specificazione di un obbligo che già deriva dal diritto internazionale²¹².

Altro punto che merita di essere commentato riguarda l'art. 6 relativo al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Le parti si impegnano ad agire conformemente alle rispettive legislazioni e agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite. Tuttavia, come notato da Ronzitti²¹³ *"resta da vedere se il riferimento alle "rispettive legislazioni" non finisca per limitare la portata dell'obbligo da parte libica, che non consta vantare (o attuare) una legislazione particolarmente avanzata in materia di diritti umani"*.

La parte II del Trattato, la più impegnativa per l'Italia, non contiene propriamente prestazioni reciproche. La disposizione più onerosa è quella relativa alla realizzazione di infrastrutture per un importo complessivo di 5 miliardi di dollari, con un esborso annuale pari a 250 milioni di dollari per 20 anni. Tale concessione è stata fatta per chiudere i *c.d* crediti che la Libia aveva con l'Italia in seguito alla questione coloniale. La realizzazione dei progetti sarà affidata ad imprese italiane e,

²¹¹ Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, adottato a Bengasi il 30 agosto 2008 ratificato dal Parlamento il 6 febbraio 2009 con Legge 6 febbraio 2009, n.7, *"Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008"*. Entrato in vigore il 2 marzo 2009.

²¹²Come nota Ronzitti in *Il trattato Italia-Libia di amicizia partenariato e cooperazione*, Servizio Affari Internazionali, Servizio Studi del Senato della Repubblica, Gennaio 2009, tale clausola ha generato molto clamore ma come chiarisce lo stesso autore non è incompatibile con il Trattato Nato qualora la Libia agisca nel quadro della legalità internazionale.

²¹³ Ronzitti *op.cit.* 2009

aspetto molto importante: i fondi verranno gestiti direttamente dall'Italia, non configurandosi quindi come un trasferimento di denaro alla Libia.

Sono previste poi delle azioni dirette al "popolo libico" che comprendono la costruzione in Libia di case, l'assegnazione di borse di studio a favore di studenti libici, un programma di riabilitazione per le vittime dello scoppio di mine, il ripristino del pagamento di pensioni di guerra e la restituzione di reperti archeologici²¹⁴ trasferiti in Italia in epoca coloniale.

L'Italia, da parte sua ottiene la restituzione dei crediti vantati da aziende italiane nei confronti di amministrazioni ed enti libici, senza che sia specificata però né la somma né il momento in cui tale debito libico sarà rimborsato.

La parte più ambiziosa del Trattato è quella relativa al partenariato²¹⁵, destinata a promuovere relazioni speciali tra i due paesi. Le disposizioni più rilevanti per i nostri fini sono quelle relative alla lotta all'immigrazione illegale. L'art. 19 del Trattato prevede, da una parte, l'attuazione dell'Accordo del 2000 e, in particolare, dei due Protocolli del 2007 insieme al pattugliamento con equipaggi misti con motovedette messe a disposizione dall'Italia, dall'altra, un sistema di telerilevamento alle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane. Viene ad essere creato un sistema piuttosto costoso il cui finanziamento dovrà essere assicurato per metà dall'Italia e per l'altra metà dall'Unione Europea in base alle intese già concluse.

Grazie alla stipula di questo accordo di cooperazione sono stati attuati pattugliamenti congiunti sia in acque libiche che in acque internazionali con lo scopo di rimpatriare i migranti in Libia. Tuttavia, queste forme di controllo delle frontiere marittime e dei flussi migratori irregolari nel Mediterraneo hanno scatenato, da qualche mese ormai, forti tensioni a livello nazionale, comunitario e internazionale. Ci si riferisce alle reazioni che hanno suscitato le operazioni che hanno visto coinvolti mezzi italiani, i quali hanno respinto verso i porti di partenza, in particolare verso quelli della Libia, le imbarcazioni intercettate in mare con a bordo migranti, ritenuti clandestini a prescindere dalla loro condizione di richiedenti asilo. Tale prassi solleva, inoltre, perplessità in relazione al rispetto degli obblighi internazionali in materia di asilo, poiché non viene verificato se tra i migranti a bordo delle barche intercettate vi siano profughi in cerca di protezione

²¹⁴Alla Libia è già stata restituita la statua della Venere di Cirene, rinvenuta in epoca coloniale, quando il territorio era sottoposto alla sovranità italiana. Si è voluto dare attuazione ad un principio della Convenzione di Vienna sulla successione tra Stati del 1983, che prevede la restituzione agli stati di nuova indipendenza di beni provenienti dal territorio coloniale.

²¹⁵ La cooperazione tra i due paesi riguarda diversi settori: culturale e scientifico; economico e industriale; energetico; difesa; non proliferazione e disarmo. Particolare importanza riveste il settore della lotta al terrorismo e dell'immigrazione clandestina.

internazionale né se il respingimento sia operato previa verifica della loro condizione individuale, protezioni che in Libia non verranno garantite²¹⁶.

La questione dell'asilo in Libia è molto sensibile: per quanto il paese non abbia ratificato (né firmato) la Convenzione di Ginevra del 1951, ha tuttavia ratificato la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981), che all'art. 12 riconosce il diritto di ricercare e ricevere asilo in territorio straniero e vieta le espulsioni collettive (ha anche ratificato la Convenzione sugli aspetti propri ai problemi dei rifugiati in Africa, che prevede, art. II, il divieto di *refoulement*, vedi Cap.I). Pertanto, nonostante la Costituzione libica preveda la protezione dei rifugiati, le autorità libiche sono restie nello stabilire un sistema di protezione per i rifugiati in modo da distinguerli dai migranti economici. Di fatto in Libia non esiste una vera politica d'asilo e, nonostante esista un ufficio dell'UNHCR a Tripoli, questo non ha un *status* ufficialmente riconosciuto e non può quindi svolgere le proprie funzioni in modo adeguato. Il direttore²¹⁷ dell'Ufficio immigrazione ha dichiarato all'organizzazione non governativa Human Rights Watch che: "*There are no refugees in Lybia (...) There are people who sneak into the country illegally and they cannot be described as refugees (...) Anyone who enters the country without formal documents and permissions is arrested*".

Pertanto, l'Unione Europea²¹⁸, insieme a Frontex e ai singoli Stati membri, non può considerare la Libia come un partner credibile nella lotta all'immigrazione clandestina fin quando non ratificherà la Convenzione del 1951 e il relativo Protocollo del 1967 e non adotterà una legge che riconosca formalmente il ruolo dell' UNHCR.

Di fronte alla questione dell'immigrazione clandestina i paesi europei devono agire in modo congiunto, prendendo atto che la questione non può essere la prerogativa di un unico Stato. E' inoltre necessario che gli Stati bilancino in modo adeguato le esigenze di sicurezza con quelle di tutela dei diritti umani, rispettando quello che viene considerato "*il diritto ad avere diritti*"²¹⁹: cioè quello di chiedere asilo. Gli Stati devono pertanto impegnarsi a fare in modo che nell'accordo-quadro Unione Europea-Libia, i cui negoziati sono stati avviati nel novembre 2008, la clausola per il rispetto dei diritti umani richiami in modo esplicito la tutela del diritto d'asilo.

²¹⁶ Esistono diverse organizzazioni governative e non che hanno fortemente criticato le condizioni di detenzione dei migranti in Libia. Il rapporto già citato di Human Rights Watch fa luce su queste condizioni. Il sito Fortress Europe monitora i campi di detenzione e ha illustrato che dopo una visita all'interno delle strutture. L'UNHCR ha a più riprese la mancanza di una legge sull'asilo e la totale incuranza di coloro che devono richiedere asilo (vedi *infra*).

²¹⁷ Brigadiere Generale Mohamed Bashir Al Shabbani, fonte Rapporto "*Pushed back, pushed around*" Human Rights Watch, 2009

²¹⁸ E' da notare che il 10 febbraio 2009, l'Unione Europea nelle parole del Commissario per le Relazioni Esterne, Benita Ferrero-Waldner ha dichiarato di aver stanziato 20 milioni di euro a favore della Libia per il controllo dell'immigrazione clandestina. Altri finanziamenti europei saranno disponibili dal 2011.

Fonte Reuters Africa

²¹⁹ Arendt Hannah, *Le origini del totalitarismo*, 1948

1.2.1. *L'attenzione internazionale*

Già nel 2005, dopo gli innumerevoli sbarchi di immigrati sull'isola siciliana di Lampedusa e i conseguenti respingimenti da parte delle autorità italiane, il Parlamento europeo adottò una risoluzione²²⁰ sulla situazione dell'isola italiana. In tale documento il Parlamento europeo condannava la pratica dei respingimenti collettivi e criticava, congiuntamente con l'UNHCR, la mancanza di trasparenza da parte delle autorità italiane e libiche.

Secondo il Parlamento al par. 2, *“the collective expulsions of migrants by Italy to Lybia, including those of 17 March 2005, constitute a violation of the principle of non-refoulement and that the Italian authorities have failed to meet their international obligations by not ensuring that the lives of the people expelled by them are not threatened in their country of origins”*. I richiami all'Italia da parte del Parlamento europeo per un adeguamento alla normativa europea sono stati tuttavia recepiti (vedi *supra*). Ciononostante, a distanza di quattro anni dalla sollecitazione formale del Parlamento, le istituzioni comunitarie sono tornate ad esprimersi sulla questione.

Il 15 luglio 2009, il Commissario europeo alla giustizia, Jacques Barrot, ha scritto una lettera al presidente della Commissione europarlamentare Libertà civili Lopez Aguilar in cui chiedeva all'Italia una richiesta di chiarimenti sulla situazione dei migranti intercettati in mare. Barrot si è espresso sui respingimenti in alto mare affermando che *“il principio di non respingimento, così come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo significa essenzialmente che gli Stati devono evitare di rimandare una persona (direttamente o indirettamente) là dove questa potrebbe correre un rischio reale di essere sottoposta a torture o pene inumane e degradanti (... questo obbligo deve essere rispettato anche) quando si attua il controllo delle frontiere secondo le norme Schengen, comprese le attività di sorveglianza dei confini svolte in alto mare (...) la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo indica che le azioni compiute in alto mare da una nave di uno Stato rappresentano un caso di competenza extraterritoriale e possono coinvolgere la responsabilità dello Stato interessato”*.

Il Commissario²²¹ per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Hammarberg, ha espresso le proprie preoccupazioni sui respingimenti collettivi praticati in Italia in un comunicato stampa²²² del luglio

²²⁰Risoluzione del Parlamento Europeo del 14 aprile 2005: P6_TA (2005) 0138

²²¹Il Commissario per i diritti umani è un istituzione indipendente e non giudiziaria, il cui scopo è promuovere la sensibilizzazione e il rispetto dei diritti umani nei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa. Eletto dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, l'attuale Commissario Thomas Hammarberg è in carica dal 1° aprile 2006.

²²²Comunicato stampa- 558 (2008), Strasburgo 29 luglio 2008. Italia: *“La politica dell'immigrazione deve tener conto dei diritti umani e non basarsi unicamente sulle preoccupazioni relative alla sicurezza pubblica”*.

2008 emesso durante la presentazione del *Memorandum* del Commissario pubblicato in seguito alla visita in Italia del 19-20 giugno 2008. Nel comunicato si afferma che “*Le misure adottate al momento dall’Italia non rispettano i diritti umani e i principi umanitari e rischiano di appesantire il clima di xenofobia*”. Il Commissario ha anche commentato le misure del “pacchetto-sicurezza” che considerano reato penale l’entrata e il soggiorno irregolare di immigrati, considerandolo un allontanamento dal diritto internazionale. Hammamberg ha anche criticato i rimpatri forzati di immigrati verso alcuni paesi in cui è comprovato l’uso della tortura giustificati tuttavia unicamente dalle garanzie ottenute in via diplomatica.

Di fronte a queste critiche, l’Italia ha sempre ribadito la centralità della tematica della tutela dei richiedenti asilo. Tuttavia, per far fronte agli arrivi massicci di immigrati sulle proprie coste, l’Italia ha più volte richiesto un cooperazione europea su questi temi. La Commissione europea e le altre istituzioni comunitarie hanno ciononostante sollevato interrogativi circa la compatibilità della prassi italiana in materia di respingimenti con gli obblighi derivanti dal diritto comunitario, spostando quindi l’attenzione dal piano internazionale a quello comunitario. La Commissione ha più volte precisato che è vero che le norme comunitarie in materia di asilo trovano applicazione limitatamente al territorio degli Stati membri, incluse, quindi, le acque territoriali, ma le azioni delle autorità militari e costiere italiane sono riconducibili alle attività di sorveglianza delle frontiere previste dall’art. 12 del Codice frontiere Schengen²²³ che “si prefigge principalmente di impedire l’attraversamento non autorizzato della frontiera, di lottare contro la criminalità transfrontaliera e di adottare misure contro le persone entrate illegalmente”. La Commissione, ritiene che il Codice trovi pertanto applicazione anche se le attività di sorveglianza vengono poste in essere nella zona contigua, nelle zone economiche esclusive e in alto mare. Le norme comunitarie, e dunque anche le norme sui diritti fondamentali, vanno rispettate: fra le norme e i principi fondamentali (peraltro richiamati dallo stesso Codice, art. 3) rientra quello di *non-refoulement*. Un’operazione di controllo alla frontiera, eseguita in applicazione del Codice, impone quindi il rispetto di tale principio, anche se i controlli avvengono in alto mare.

A conforto della propria posizione, la Commissione ricorda la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. L’obbligo di *non-refoulement*, quale diritto garantito dalla Cedu, in presenza di una presunta violazione perpetrata da Stati contraenti la stessa Convenzione, determina la possibilità di attivare il previsto meccanismo giurisdizionale di controllo, cioè il ricorso alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Affrontando il tema della responsabilità per atti commessi al di fuori del proprio territorio, la Corte ha affermato che le azioni svolte in alto mare da un’unità navale dello Stato costituiscono un caso di esercizio della giurisdizione extraterritoriale e possono comportare il

²²³ Il codice è stato adottato con Reg. 562/2006 in Nascimbene, *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia e Unione Europea*, Istituto Affari Internazionali, Senato, 2009

sorgere della responsabilità²²⁴ dello Stato coinvolto. Un Governo, quale il nostro o quello maltese, potrebbe dunque essere chiamato a rispondere della violazione del diritto comunitario a seguito di un respingimento illegittimo.

4.2 Rapporti Italia-Malta: la contesa diplomatica nel caso della nave Pinar.

Insieme a Lampedusa, l'isola di Malta grazie alla sua posizione geografica costituisce una delle principali vie d'accesso all'Unione Europea. Meta frequente dei "barconi" che partono dalla Libia, è quindi soggetta ad una forte pressione migratoria considerate le piccole dimensioni del proprio territorio. Con i suoi 1.265 abitanti per chilometro quadrato (la popolazione totale supera di poco le 400.000 persone), ha una densità di popolazione tra le più alte d'Europa, ciò che ha contribuito a focalizzare l'attenzione sulle tematiche relative all'asilo.

Entrata nell'Unione Europea nel 2004, ha abolito nel medesimo anno alcune riserve che aveva posto alla Convenzione di Ginevra del 1951, ratificata nel 1971, assieme al Protocollo del 1976. Solo nel 2000 ha promulgato una legge sui rifugiati²²⁵ che regola lo *status* dei richiedenti asilo, delinea le procedure del paese ed istituisce il Commissariato maltese per i rifugiati, competente per le decisioni di prima istanza dello *status* di rifugiato contro le quali è possibile il ricorso davanti ad un commissione d'appello.

Secondo i dati dell'UNHCR, il 70-80 per cento delle persone che arrivano a Malta via mare ogni anno fanno richiesta di asilo. A poco meno della metà di essi viene riconosciuto una qualche forma di protezione internazionale. Alla fine del 2007, le persone di competenza dell'UNHCR a Malta erano circa 3.855. Bisogna ricordare che l'ufficio dell'UNHCR competente per Malta è quello con sede a Roma che svolge attività di protezione legale anche per i rifugiati e i richiedenti asilo a Malta. Ha inoltre una funzione di sostegno alle autorità maltesi per quanto concerne le politiche di risposta, soprattutto nei casi di arrivo dei *c.d* flussi misti.

Nonostante le piccole dimensioni dell'isola, Malta controlla una zona di mare molto estesa. In passato, tale estensione rispondeva ad esigenze di carattere commerciale generatrici di vantaggi economici e che invece oggi comportano doveri di salvataggio e di accoglienza che il piccolo stato maltese non può sopportare. In particolare, le acque del Mediterraneo sono suddivise in acque territoriali. Esiste, però, un'altra tipologia di acque: le acque *search and rescue waters*), cioè le acque di interesse di un determinato Paese, che vengono dichiarate tali unilateralmente, senza che vi

²²⁴ Si veda la decisione del 30 giugno 2009, in relazione all'ammissibilità del ricorso n. 61498/08, nel caso *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, punti 85-88

²²⁵ Refugee Act, 2000 L.n 252 of 2001, entrata in vigore il 1° gennaio 2001, che stabilisce le procedure e un organo d'appello: il Refugees Appeals Board.

sia alcun tipo di accordo. Sono quelle acque nelle quali il Paese manifesta un suo interesse nella ricerca e nel recupero dei naufraghi.

La contesa diplomatica che sorge tra l'Italia e Malta in materia di immigrazione riguarda proprio le acque sar²²⁶ poiché la Guardia Costiera italiana lamenta che il 44% dei 560²²⁷ interventi di soccorso in mare effettuati nei primi sei mesi del 2007 si sono svolti in acque sar di competenza maltese. Nonostante le ampie dimensioni, ogni qualvolta vi sono dei naufraghi lo Stato²²⁸ che ha la competenza sull'acqua sar sarebbe tenuto ad intervenire in prima persona, senza limitarsi a alla segnalazione dell'imbarcazione. Tuttavia, in caso di mancato intervento non esiste una sanzione.

Per evitare ulteriori scontri diplomatici sullo Stato competente a soccorrere un'imbarcazione in mare, l'Italia, a più riprese, ha chiesto la riduzione delle acque sar maltesi. Tuttavia, la Valletta rivendica la propria sovranità sulle acque indipendentemente dalla propria estensione territoriale. In assenza di accordi di delimitazione, i limiti delle zone SAR sono concordati dall'organizzazione marittima internazionale (IMO). Per quanto riguarda il Mar Mediterraneo nel corso della Conferenza IMO di Valencia del 1997 si è provveduto ad approvare un «*General Agreement on a Provisional SAR Plan*» in cui sono stati stabiliti i limiti delle zone SAR mediterranee. Un'eccezione in questo processo di definizione concordato delle zone SAR mediterranee è stata quella di Malta. La zona SAR stabilita unilateralmente da questo Paese, come risultante dal Global SAR Plan elaborato dall'IMO, ha un'estensione vastissima che coincide con la «*Flight Information Region*²²⁹» (FIR).

²²⁶ La Convenzione di Amburgo del 27 aprile 1979 (ratificata dall'Italia con L. 3 aprile 1984, n. 147) sulla ricerca e il salvataggio in mare prevede la stipula di accordi regionali per la delimitazione tra Stati frontisti o contigui delle zone SAR di competenza nazionale relative sia alle acque territoriali, sia alle acque internazionali adiacenti. La delimitazione di queste zone non è legata a quella delle frontiere marittime esistenti né pregiudica il regime giuridico delle acque secondo la Convenzione del Diritto del Mare di Montego Bay del 1982 (UNCLOS).

²²⁷ Dati presi dal sito Fortress Europe.

²²⁸ I Centri di Coordinamento del Soccorso, presenti in ogni paese che ha la competenza su acque SAR, svolgono un ruolo importante nell'assicurare l'adozione di misure per la cooperazione ed il coordinamento nell'ambito degli emendamenti alle Convenzioni di Amburgo e la Convenzione per la sicurezza della vita nel mare del 1974. Essi hanno necessità di mantenere efficaci programmi operativi e di coordinamento (tra agenzie o piani e accordi internazionali, se necessario), al fine di poter far fronte ad ogni tipologia di situazione di ricerca e soccorso, in particolare: operazioni di recupero; sbarco delle persone soccorse dalla nave; trasporto dei sopravvissuti in un luogo sicuro; accordi con altri enti (come, ad esempio, le dogane, le autorità dell'immigrazione e dei controlli alla frontiera, l'armatore o lo Stato di bandiera), mentre le persone soccorse si trovano ancora a bordo della nave che sta prestando assistenza, senza distinzioni relative alla nazionalità, allo *status* dei sopravvissuti o alle circostanze nelle quali sono stati trovati; ciò comprende il sostentamento temporaneo alle persone soccorse nel periodo in cui vengono svolte tali attività; e misure finalizzate a sollevare la nave da tali responsabilità, nel più breve tempo possibile, per evitare indebiti ritardi, oneri finanziari o altre difficoltà derivanti dall'aver assistito le persone soccorse in mare. UNHCR, Soccorso in mare, «*Guida a principi e pratiche da applicarsi a migranti e rifugiati*»,

²²⁹ Tale terminologia è utilizzata dall'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile (ICAO), che prevede che gli aeromobili comunicano allo Stato costiero informazioni sul proprio piano di volo al fine di salvaguardare la sicurezza del traffico aereo in virtù dell'art.3 della Convenzione di Chicago del 1944 che non estende tale obbligo agli aeromobili militari.

La questione del controllo dell'immigrazione clandestina è allora ben più complessa e prescinde da mere rivendicazioni di sovranità territoriale poiché al controllo di un'estesa zona SAR corrispondono ampi benefici. Pertanto, Malta che ha una zona SAR ampia quanto quella britannica con evidenti difficoltà di pattugliamento, non è assolutamente intenzionata a ridurla, non tanto per esigenze marittime, bensì perché alle acque SAR corrisponde lo spazio FIR (*flight information service*) che permette alla Valletta di percepire i diritti di passaggio per ogni aereo che sorvola l'area²³⁰. La coincidenza tra lo spazio FIR e la zona SAR rivendicata da Malta non può essere decisa in modo perentorio, poiché non esiste nessun principio che imponga la coincidenza di zone SAR e FIR. La definizione dei confini delle FIR avviene normalmente per accordo tra gli Stati interessati nell'ambito dell'ICAO. Eventuali dispute dovrebbero essere sottoposte al voto del Consiglio dell'ICAO e, come rimedio ulteriore, alla giurisdizione della Corte Internazionale di Giustizia.

Secondo il diritto internazionale patrizio (con riferimento alla Convenzione sulla ripartizione delle zone SAR del 1979) vi è un preciso obbligo di soccorso e assistenza delle persone in mare “*regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found*”, stabilendo altresì, oltre l'obbligo della prima assistenza anche il dovere di sbarcare i naufraghi in un “luogo sicuro²³¹” che spesso è Lampedusa, data la prossimità del confine delle acque maltesi con quelle siciliane. Infatti, la zona SAR maltese si sovrappone nella parte a Nord e ad Ovest²³² con la corrispondente zona SAR italiana, definita con il DPR 664/1994, coprendo addirittura le acque territoriali di Lampedusa e Lampione.

Queste anomalie della zona SAR maltese devono essere corrette, come suggerito da diversi anni dalle autorità italiane, per evitare che, in assenza di interventi di soccorso da parte di Malta, possano verificarsi nuovi casi diplomatici sulla pelle di gente disperata in mare, costringendo così il più delle volte l'Italia ad intervenire in acque di competenza maltese per dare assistenza a migranti in pericolo.

Il caso della porta-container turca battente bandiera panamense si inserisce perfettamente nel contesto descritto. Il cargo turco Pinar aveva soccorso il 16 aprile 2009 140 persone su due barconi in balia del mare nel Canale di Sicilia, al largo di Lampedusa. Italia e Malta si sono rifiutate di accogliere i clandestini e il braccio di ferro ha tenuto per quattro giorni l'imbarcazione bloccata al

²³⁰ Vi è un'altra teoria di Vassallo Paleologo, il quale ritiene che ridurre le aree di salvataggio SAR significa ridurre le occasioni di sfruttamento economico. Per questo ciascun paese tende ad estendere al massimo le zone SAR, anche se poi non ha né i mezzi né la volontà di andare a salvare la gente che sta naufragando. E' questo a sua avviso sarebbe il caso della Libia e di Malta.

²³¹ Un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse, e dove: la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale. *Linee Guida delle persone soccorse in mare*, adottate dal Consiglio dell'IMO con Risoluzione MSC 167(78) adottata nel maggio 2004.

²³² Glossario del Diritto del Mare, Ministero della Difesa, Marina Militare

largo, al limite delle acque territoriali italiane, con un cadavere a bordo, in condizioni igienico-sanitarie disumane sfociate subito dopo lo sbarco in alcuni casi di meningite. La marina italiana ha inviato medici e viveri sul Pinar ed ha infine condotto i profughi a Porto Empodocle, intervenendo secondo le autorità italiane in virtù di un intervento umanitario.

In questi anni Malta ha funzionato sempre più spesso come stazione di transito poiché sono ben noti i trattamenti che vengono riservati ai migranti e ai richiedenti asilo, in particolare. L'UNHCR ha più volte espresso il proprio disaccordo riguardo alla pratica di detenzione dei richiedenti asilo. Sono state poi numerose e ben documentate le testimonianze dei migranti che riferivano come i maltesi fornissero rifornimenti di acqua e carburante alle "carrette del mare" che entravano nelle loro acque internazionali, pur di farle proseguire verso Lampedusa o verso la costa meridionale della Sicilia. Scontri del genere tra Italia e Malta ve ne sono stati molteplici, ma mai tanto gravi quale quello della Pinar che è stata giorni in attesa di un accordo tra i due paesi in merito all'attribuzione della competenza sui migranti.

I rapporti diplomatici tra Italia e Malta erano già tesi quando all'inizio di marzo 2009, le autorità maltesi negarono l'ingresso in porto ad una nave, la Minerva, della Marina militare italiana, che dopo una azione di salvataggio in acque rientranti nelle acque SAR maltesi, voleva sbarcare i naufraghi nel porto di La Valletta. Alla fine di aprile si è poi verificato l'ennesimo "incidente diplomatico" tra Malta e l'Italia: quello di un peschereccio tunisino che soccorreva 66 emigranti su un gommone alla deriva, tra cui due donne, a 23 miglia a sud di Lampedusa, e a circa 120 da Malta. In acque SAR di competenza della Valletta, si era recata una motovedetta maltese, dopo che le autorità italiane avevano comunicato di non avere mezzi in zona. Diretta verso Lampedusa, l'unità maltese si era però vista negare l'autorizzazione a entrare nelle acque italiane ed aveva dovuto invertire la rotta, anche perché una delle donne a bordo era in gravi condizioni di disidratazione. I naufraghi, in gran parte richiedenti asilo vennero poi sbarcati a Malta dove vennero detenuti nei centri chiusi o in quelli aperti per i richiedenti asilo in cui i tempi di accertamento sono alquanto lunghi e con esiti ²³³ e tassi di accoglimento spesso negativi. Pertanto, date le difficoltà delle relazioni bilaterali, le autorità dei rispettivi paesi richiedono alla Commissione europea di intervenire per fissare in modo definitivo le regole per accertare le responsabilità dei paesi in materia di salvataggio in mare.

Tuttavia, di fronte a queste difficoltà diplomatiche vissute sulla pelle dei migranti, non si può non richiamare un problema di più vasta portata. Nonostante la tematica dell'immigrazione abbia occupato una posizione centrale nei programmi elaborati dalla Commissione in materia, da

²³³ Secondo i dati dell'UNHCR tra il 2007 (1380 domande) e il 2008 (2607 domande) vi è stato un incremento del 86% delle domande d'asilo presentate a Malta. Nel 2007 sulle 1380 domande, 8 si sono viste riconoscere lo status di rifugiato, 620 si sono viste assegnare la protezione umanitaria e 623 domande hanno ricevuto un diniego.

Tampere all'Aja per realizzare lo spazio di libertà, sicurezza, giustizia, l'Unione europea è oggi in grande difficoltà perché priva di mezzi idonei per affrontare il problema in modo adeguato. L'attenzione verso l'immigrazione via mare nel Mediterraneo è significativamente aumentata negli ultimi anni, soprattutto per le pressioni provenienti dagli Stati maggiormente esposti a tali flussi. In realtà che il vero problema migratorio non dipende dagli arrivi via mare, facilmente controllabili, bensì dalle frontiere terrestri e dai *c.d. overstayers* (coloro che entrano con un visto turistico e rimangono sul territorio nonostante la scadenza). E' stato da più voci²³⁴ dimostrato come in realtà vi è un'importante percentuale di coloro che arrivano via mare, ottengono lo *status* di rifugiato.

Tuttavia come paesi più sensibili a questa forma di immigrazione, Italia, Malta, Grecia e Spagna hanno dato vita alla fine del 2008 al "Gruppo dei Quattro", proprio con l'obiettivo di mantenere sempre alta l'attenzione verso lo specifico tema, e sollecitare un intervento comune a livello europeo e una maggiore solidarietà tra i Paesi membri della Ue.

La Commissione europea, sollecitata dagli Stati membri che in maggior misura sono coinvolti dall'afflusso di rifugiati, ha proposto²³⁵ l'adozione di un *Programma comune di reinsediamento*, volto ad offrire una protezione più efficace ai rifugiati, aumentando la cooperazione politica e pratica tra gli Stati membri. Si tratta di un meccanismo che è applicabile, tuttavia, su base volontaria, con lo scopo di favorire il trasferimento dei rifugiati dal Paese di primo asilo a un Paese Ue, dove i rifugiati possano stabilirsi in via definitiva e trovare protezione permanente. La Commissione ha anche annunciato l'avvio di un progetto pilota per rafforzare la cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri dell'area mediterranea nelle attività di controllo e sorveglianza e per lo scambio di informazioni.

La situazione rimane delicata e gli interventi dell'Unione lo sono altrettanto. Tuttavia, forse, con l'approvazione e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che prevede (art. 67 Trattato) la realizzazione di una vera e propria "politica comune in materia di asilo", le cose potranno essere destinate a cambiare.

²³⁴ Rapporto UNHCR, Rapporto già citato di Human Rights Watch

²³⁵ Il 2 settembre 2009, IP/09/1267

Bibliografia

Arendt H., *The Origins of Totalitarianism*, 1948. Trad.it. di Amerigo Guadagnin, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2004

Balbo P., *Rifugiati e asilo, il diritto reale soffocato: excursus tra direttive europee e leggi nazionali*, Halley editrice, Matelica, 2007

Benvenuti. M., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano, un'introduzione*, Università degli Studi di Roma "la Sapienza", dipartimento di diritto dell'economia, CEDAM, 2007

Berger N., *La politique européenne d'asile et d'immigration, enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2000

Bilotta B.M., Cappelletti F.A., *Il diritto d'asilo*, CEDAM, Padova, 2006

Cassese, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, in *Commentario della Costituzione italiana* (a cura di) Branca, *Principi Fondamentali*, Bologna, 1975

Castellano D. (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, Edizioni Scientifiche italiane, Bolzano, 2008

Cellamare G., *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006

Consorzio Italiano di Solidarietà (CIS), *La protezione negata, primo rapporto sul diritto di asilo in Italia*, Feltrinelli, Milano, 2005

Costanzo P., Mordeglia S., Trucco L. (a cura di), *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, Annali della Facoltà di giurisprudenza di Genova, Giuffrè Editore, Milano, 2008

Daniele L. (a cura di), *Relazioni esterne ed accordi di riammissione*, Nascimbene B. pp.297-311 in *Le Relazioni esterne dell'Unione Europea nel nuovo millennio*, Giuffrè, 2002.

D'orazio G., *Lo straniero nella Costituzione italiana, asilo-condizione giuridica-estradizione*, CEDAM, Padova, 1992

Esposito C., voce *Asilo (diritto di)*, *diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol.III, Milano, 1958.

Goodwin-Gill G. and Mc Adam J., *The refugee in international law*, third edition, Oxford, 2007

Hathaway James C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, New York, 2005

Loescher G., *The United Nations High Commissioner for Refugees*, Global Institutions, 2008

McKay S., *Refugees, Recent Migrants and Employment*, Routledge, 2009

Nascimbene B. (a cura di) , *Il diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004 (in particolare p-1134-1243)

Nascimbene B. , “Il diritto d’asilo e lo status di rifugiato. Profili di diritto interno e comunitario” pp. 519-537 in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, Cacucci Editore 1995.
DA RICHIEDERE IL VOL 2 U 59542

Nascimbene B. , “Le garanzie nel procedimento di espulsione dello straniero” pp.183-214 in *Diritti dell’Uomo, estradizione ed espulsione. Atti del Convegno di studio organizzato dall’università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini*. A cura di Francesco Salerno.

Nascimbene Bruno, “ Il fenomeno delle migrazioni fra diritti umani e riforma dell’ordinamento italiano” pp.155-161 in *Il sistema universale dei diritti umani all’alba del XXI secolo*, Atti del Convegno nazionale per la celebrazione del 50° Anniversario della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani- Roma 10/11 dicembre 1998

Nascimbene B. , *Lo straniero nel diritto italiano* (in particolare cap. Vsul rifugiato), Giuffrè 1989

Nascimbene B. (a cura di) *Il diritto degli stranieri*, CEDAM, 2004

Nyers P. , *Rethinking refugees*, Routledge, New York , 2006

Pagliuchi-Lor R., “Profili storici della Convenzione di Ginevra: verso l’universalità della Convenzione di Ginevra” (p.28-28) in “*La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*” Atti del IX° Corso Multidisciplinare Universitario, Anno Accademico 2000-2001, La Sapienza Editrice, 2002, Roma

Pineschi L., *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè Editore, 2006

Saulle M.R., *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, Atti del IX° Corso Multidisciplinare Universitario, Anno Accademico 2000-2001, La Sapienza Editrice, 2002, Roma

Strozzi G, *Diritto dell’Unione Europea*, Giappichelli, 2006 (in particolare La libera circolazione delle persone, Adinolfi A.)

Taglienti C., *Diritto d’asilo e status di rifugiato nell’ordinamento italiano*, atti del Colloquio tedesco-francese-italiano in tema di diritto d’asilo, Wustrau, settembre 2003

The Office of the United Nations high Commissioner for refugees, *The State of the World’s refugees. Human displacement in the new millennium*, Oxford Press, 2006

Troianello P., *il diritto di asilo nell’Unione Europea*, in *Il diritto di asilo* (A cura di) Bilotta, Cappelletti, 2006.

Van Krieken P. J. , *Refugee law in context: the exclusion clause*, T.M.C Asser Press The Hague, 1999

Zagato L., (a cura di),*Verso una disciplina comune europea del diritto d’asilo*, CEDAM, Padova 2006,

Zanghì C., (a cura di) *Immigrati e rifugiati nel mediterraneo, la situazione in Sicilia*, Messina, 26-27 ottobre 2001, Giappichelli Editore, Torino, 2001

Ziotti P., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, CEDAM, Padova, 1988

Riviste:

Caffio F. *Glossario del Diritto del Mare*, III Edizione, Rivista Marittima, Ministero della Difesa

Consoli D., Schiavone G., *Verso una migliore tutela dello straniero che chiede asilo? Analisi delle principali novità in materia di asilo introdotte a seguito del recepimento della direttiva 2005/85/CE con il d.lgs. 25/2008 e il d.lgs. 159/2008*, in Rivista di Diritto Immigrazione e cittadinanza, 2008, Franco Angeli Editore, Milano

Daniela Consoli, *Scheda*, Rivista di Diritto Immigrazione e cittadinanza, n.II, 2006, Franco Angeli Editore, Milano

Luigi Melica, *La Corte di Cassazione e l'asilo costituzionale: un diritto negato? Note alle recenti sentenze della 1^a sezione della Corte di Cassazione*. Rivista di Diritto Immigrazione e cittadinanza, n.IV, 2006, Franco Angeli Editore, Milano

Palermo P., *Il diritto di asilo nello spazio europeo: tra rifugio, asilo comunitario e convenzione europea dei diritti umani*, in Forum di quaderni costituzionali, 22 luglio 2009

Ruotolo G.M, *Diritto d'asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente*, Diritto Pubblico comparato ed europeo, IV Fascicolo, Giappichelli Editore, 2008

UNHCR, Division of International Protection, 'Gender-Related Persecution: An Analysis of Recent Trends', International Journal of Refugee Law,, 1997, pp. 79–113.

DOCUMENTI ON LINE:

Per le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee:

[http:// www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)

Documenti dell'Unione Europea:

<http://www.europa.eu.int>

- www.ispi.it/diritti umani/
- www.forcedmigration.org
- www.giustizia-amministrativa.it
- www.internal-displacement.org
- www.refugeesinternational.org

- www.savethechildren.it/pubblicazioni
- http://www.frontex.europa.eu/origin_and_tasks/
- <http://www.diritto.it/materiali/europa/gennari.html>
- <http://www.altalex.com/index.php>
- www.sole24ore.com
- www.reuters/africa.com
- www.interno.it per dati e statistiche riguardanti gli immigrati sbarcati irregolarmente in Italia

Altre fonti:

United Nations Treaty series

Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati (aggiungi link)

Convenzione ONU del 1969 sull'asilo (link)

Convenzione Organizzazione dell'Unità Africana che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa (1969)

Convenzione di Cartagena dell'OSA 1984

Norwegian Refugee Council

Patto Europeo sull'immigrazione e l'asilo, Consiglio Europeo, Bruxelles 15-16 ottobre 2008. In Ufficio Rapporti con l'Unione Europea, Fonti e documenti, n°17, Camera dei Deputati.

Rapporto del Consiglio d'Europa di Alvaro Gil-Robles, Commissario per i diritti umani, sulla sua visita in Italia 10-17 giugno 2005.

Memorandum del Commissario Thomas Hammamberg in seguito alla visita in Italia del 19-20 giugno 2008.

<https://wcd.coe.int/>

Rapporto “*sulle condizioni dei migranti di transito in Libia*” effettuato da Fortress Europe, l'osservatorio sulle vittime delle migrazioni, 25 ottobre 2007.

Technical mission to Libya on illegal immigration (27 nov – 6 dec 2004) Doc: 7753/05 www.meltingpot.org/IMG/doc/libia_commissione.doc

http://www.iai.it/pdf/Oss_Transatlantico/108.pdf

(di) Ronzitti N., *Il trattato Italia-Libia di amicizia partenariato e cooperazione*, Servizio Affari Internazionali, Servizio Studi del Senato della Repubblica, Gennaio 2009

Nascimbene, *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia e Unione Europea*, Istituto Affari Internazionali, Senato, 2009

UNHCR, Soccorso in mare, “*Guida a principi e pratiche da applicarsi a migranti e rifugiati*”,

INSERISCI!!

Refugee Protection in International law: UNHCR's Global consultations on International Protection, Cambridge University Press, Cambridge, 2003

UNHCR, *Asylum Process (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, EC/GC/01/12, May 2001, par.4-5

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, “2008 Global Trends: refugees, asylum seekers, returnees internally displaced and stateless persons”, 16 giugno 2009

UNHCR, “UNHCR position on the return of asylum-seekers to Greece under the “Dublin regulation”, 15 Aprile 2008

Mazzeschi R., *Il diritto d'asilo 50 anni dopo la Dichiarazione Universale*, p

Palermo P., *Il diritto di asilo nello spazio europeo: tra rifugio, asilo comunitario e convenzione europea dei diritti umani*, in Forum di quaderni costituzionali, 22 luglio 2009

Haines R. *Gender-related persecution*, documento redatto per conto l'UNHCR per una tavola rotonda di esperti riguardante “gender-related persecutions” nell'ambito delle Global Consultations on International Protection per il cinquantenario della Convenzione di Ginevra,

Comitato Esecutivo UNHCR, Conclusione N. 39 (XXXVI) 1985, *Refugee Women and International Protection*, par.s. b e k.

Comitato Esecutivo, Conclusione N. 77 (XLVI) 1995, *General Conclusion on International Protection*, par.a. g, UN doc. A/AC.96/878, IIIA.1.

Agenzia FRONTEX: valutazione e sviluppi futuri MEMO/08/84 Bruxelles, 13 febbraio 2008

Neal Andrew W., *Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX*, University of Edinburgh JCMS 2009 Volume 47. Number 2. pp. 333–356

Zagato, *Le competenze dell'UE in materia d'asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva di una costituzione per l'Europa*

Rapporto del CIR Progetto: “L'applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure: uno studio integrato”
<http://www.cironlus.org/5%20ottobre%202009%20direttive%20europee%20studio%20integrato.htm>

