

IL DIRITTO DI ASILO NELLO SPAZIO EUROPEO: TRA RIFUGIO, ASILO COMUNITARIO E CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

di Patrizia PALERMO *
(22 luglio 2009)

Premessa: Il rifugio e l' asilo, due nozioni giuridicamente non distinte

La disciplina multilivello del diritto di asilo e i differenti inquadramenti giuridici, rappresentano appieno la complessità dell' attuale sistema, caratterizzato da diversi intrecci normativi e giurisprudenziali.

Non solo il diritto di asilo, assume differenti inquadramenti e livelli di tutela, a seconda dei sistemi giuridici di riferimento e di disciplina (internazionale, comunitario e nazionale), ma soprattutto ad esso vengono riservati diverse interpretazioni, in cui legislazione e giurisprudenza sembrano andare, talvolta, in direzioni opposte.

Quale sia il ruolo del diritto di asilo rispetto allo *status* di rifugiato, nei vari ordinamenti di disciplina e di tutela, non è ancora definito con chiarezza. Il diritto di asilo in alcune regolamentazioni appare meramente prodromico allo *status* di rifugiato. In altri casi assume un ruolo differente, più ampio ed autonomo, fino ad assurgere a vero e proprio diritto soggettivo.

Al di là delle differenti definizioni (*status* e diritto), sia a livello internazionale che comunitario, i due istituti giuridici sono stati spesso accomunati. L' asilo non ha infatti rivestito un ruolo autonomo, ma è stato frequentemente ricondotto nell' ambito della disciplina dello *status* di rifugiato, come mero presupposto di questo ultimo, consistente nell' ammissione da parte di uno Stato di un soggetto che ricerca protezione, al solo fine di accedere al successivo riconoscimento dello *status* di rifugiato

Il collegamento tra le due posizioni giuridiche, ha sempre privato di autonomia l' asilo a favore dello *status*, e il primo è diventato prodromico al riconoscimento del secondo. Ma un diritto non è uno *status*; infatti, in base all' interpretazione fornita dall' autorevole dottrina generale del diritto¹, sono due posizioni giuridiche differenti, e la confusione terminologica è sicuramente sintomo di uno "svuotamento" e di una disattenzione verso il diritto di asilo.

Nella Convenzione di Ginevra si parla espressamente di "*riconoscimento della qualità di rifugiato*", ma la qualità è diversa dalla titolarità di un diritto.

Lo *status* è il presupposto di una sfera di capacità e quindi di una serie aperta di poteri e doveri, o di rapporti, che possono variare senza che cambi lo stato.² Il diritto invece consistente nella posizione giuridica di vantaggio riconosciuta a favore di un determinato soggetto; è un potere di agire per la realizzazione di un interesse. Questa confusione terminologica e la riconduzione del diritto di asilo nell' "alveo" dello *status* di rifugiato, ha spinto alcuni autori ad accomunare il contenuto giuridico delle nozioni di asilante (o asilato) e di rifugiato.³

Nello spazio europeo, non solo quello comunitario, ma anche quello inerente alla Convenzione europea dei diritti umani, sono state date recentemente delle risposte forti, soprattutto a livello giurisprudenziale.

¹ SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, Novene 2002; TORRENTE A., SCHLESINGER P. "Manuale di diritto privato, Giuffrè 2004, pag. 66.

² SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, Novene 2002, pag. 24

³ Per una rassegna degli orientamenti in ambito internazionale, comunitario e nazionale: DEL CORE, "*Diritto di asilo e status di rifugiato nella Giurisprudenza di legittimità*" in *Giustizia Civile* 2007, II, da pag. 135.

La Corte europea dei diritti umani ha più volte sancito la inderogabilità del divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti, anche nel caso di allontanamento di soggetti sospettati di terrorismo, il cui rimpatrio li avrebbe esposti a torture o trattamenti disumani⁴.

La stessa Convenzione di Ginevra del 1951, nella quale prevalentemente ci si riferisce allo *status* di rifugiato, espressamente non impone agli Stati alcun dovere di asilo, al di fuori del solo principio del *non refoulement* (artt. 32-33, divieto di espulsione o respingimento alla frontiera di un rifugiato verso un territorio in cui la sua vita e la sua libertà siano minacciate, a meno che non sussistano gravi motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale).⁵

Il regime di Ginevra non si applica a qualunque soggetto richiedente asilo, ma ad una specifica categoria di persone: i rifugiati, il cui *status* viene riconosciuto solo se il soggetto richiedente abbia il timore di subire persecuzioni nel paese di origine, e che suddetto timore sia fondato sulla base di elementi oggettivi e ragionevoli.

Va peraltro evidenziato che *“la Convenzione non accorda espressamente ai rifugiati un diritto di asilo, rispettando in ciò la piena sovranità dello Stato nel decidere a chi accordare rifugio e protezione”*⁶. Oggetto della Convenzione è dunque quello di stabilire il trattamento e il livello di protezione del rifugiato cui sia tenuto lo Stato, che ha deciso di accoglierlo.

Tra la nozioni di rifugiato e l' asilo esiste sicuramente una correlazione, ma è opinione diffusa in dottrina, quella secondo cui anche a livello internazionale le due posizioni giuridiche non vadano confuse: *“è bene evidenziare che se è possibile godere dell' asilo senza beneficiare dello 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”*⁷.

In realtà la Convenzione di Ginevra del 1951 ed il successivo Protocollo di New York del 1967, non regolano direttamente l' asilo, ma solo il regime giuridico applicabile a coloro che hanno ottenuto lo *status* di rifugiati e il principio di *no refoulement*.⁸

Ad avviso di altri autori un limitato diritto di asilo, consistente più nel non essere allontanato piuttosto che un diritto alla protezione, deriva indirettamente dall' art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra, che sancisce il principio di *non refoulement*.⁹

Anche questo diritto a non essere respinti è però soggetto a restrizioni causate da contrastanti interpretazioni applicative. Il divieto di *non refoulement* non è assoluto, infatti è riferito ai soli soggetti che abbiano i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Il difetto principale di questo diritto di asilo “in negativo”, che discende dal sistema di Ginevra, è dovuto all' assenza di un meccanismo internazionale di controllo sul rispetto da parte degli Stati dei loro obblighi, pur tenendo conto degli importanti stimoli forniti dall' Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati.

⁴ In seguito si tratterà della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di violazione dell' art. 3 della Convenzione EDU. Recentemente l' Italia ha subito una serie di condanne per aver allontanato dei sospetti terroristi tunisini, con conseguente rischio di sottoposizione di torture e trattamenti disumani e degradanti. Per tutti si ricorda il caso *SAADI c. Italia*.

⁵ NASCIMBENE B, *Il futuro della politica europea di asilo*, in ISPI, Working Paper, giugno 2008, in http://www.ispionline.it/it/documents/wp_25_2008.pdf

⁶ Cit. PEDRAZZI Marco, *Il diritto di asilo nell' ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, pag. 19

⁷ Cit. MAFROLLA E.M., *Evoluzione del regime internazionale in materia di asilo*, pag. 536.

⁸ Cit. MAZZESCHI R. *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale*, pag. 696

⁹ Cit. PEDRAZZI Marco, *Il diritto di asilo nell' ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, pag. 19

Gli Stati sono di fatto liberi di adottare le interpretazioni, che in base alle preferenze politiche del momento, risultano più adeguate, come avviene in Italia, in cui appare decisamente complesso lo scenario in materia di diritto di asilo, caratterizzato dalla presenza di un diritto soggettivo previsto dal dettato costituzionale, accesi contrasti giurisprudenziali e gravi vacanze normative.¹⁰

1. Il diritto di asilo nella disciplina comunitaria: diritto all' asilo o mero diritto a chiedere asilo?

Tutti i Paesi membri della UE hanno recepito nei rispettivi ordinamenti la Convenzione di Ginevra e il Protocollo di New York, e anche l' art. 18 della Carta di Nizza, in tema di diritto di asilo, fa espresso riferimento alle convenzioni sopraccitate.

Lo sviluppo della disciplina normativa dell'asilo ha avuto in Europa una crescita lenta, caratterizzata da varie tappe evolutive che ancora oggi fanno emergere alcuni dubbi sulla natura giuridica dell' asilo.

L' aspetto centrale della questione riguarda la configurabilità nell' ordinamento comunitario di un mero diritto a chiedere asilo o piuttosto l' individuazione di un vero diritto soggettivo all' asilo.

L' esame, seppur breve, delle fonti normative, sicuramente permette una prima valutazione dell' asilo nel diritto comunitario, ma soprattutto la disamina della giurisprudenza della Corte di giustizia più recente, permette di valutare l' effettiva portata dell' asilo.

Nel Trattato CEE del 1957, la prima forma di integrazione europea con vocazione esclusivamente economica, il trattamento dei cittadini dei Paesi terzi, in quanto estraneo alle finalità di creazione del mercato comune, era materia riservata alla competenza esclusiva degli Stati membri e pertanto variava a seconda delle differenti discipline degli Stati di residenza.

Nell'Europa del 1957 il fenomeno migratorio aveva carattere prevalentemente economico, l'immigrazione non comunitaria e quella c.d. umanitaria erano elementi marginali.

Solo successivamente, mutata tale situazione di fatto, si avvertì come necessaria la creazione di politiche comuni in materia di visti, asilo e immigrazione, allo scopo di realizzare pienamente il progetto politico di uno spazio senza frontiere interne nel quale fosse assicurata la libertà di circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, cui era preliminare il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne.

Inizialmente l'opzione prescelta non fu quella comunitaria della attribuzione alla CE di una nuova competenza, sarà infatti il Trattato di Maastricht sull'Unione europea (1992), che, per la prima volta, ha previsto una politica comune in materia di asilo. Il Trattato ha infatti qualificato tale politica come mero "settore di comune interesse" da trattare con il metodo tradizionale della cooperazione intergovernativa¹¹.

È stato con il Trattato di Amsterdam che la materia dell'asilo è diventata oggetto di una politica comunitaria, inserita cioè nel quadro dell'integrazione comunitaria. *" Vi è convergenza in dottrina sul fatto che di competenze comunitarie in materia di asilo sia lecito parlare solo dal momento in cui si è verificato il c.d. "miracolo di Amsterdam: una conferenza intergovernativa nell' insieme deludente nei suoi esiti produceva in extremis il nuovo Titolo IV del Trattato. Fino a quel momento, sarebbe esistita solo una cooperazione intergovernativa tra gli Stati membri"*.¹²

¹⁰ CAVASINO E. "Un passo indietro nell' interpretazione dei rapporti fra diritto di asilo e status di rifugiato nell' ordinamento italiano" in Giurisprudenza italiana, 2/2007, pagg. 318 e ss.

¹¹ NASCIMBENE B, *Il futuro della politica europea di asilo*

Le norme del c.d. terzo pilastro sono state comunitarizzate e (dal 1 maggio 1999) introdotte nel Trattato CE (titolo IV, visti, asilo immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, artt. 61-68).

L'articolo 63, n. 1 individua le misure che devono essere adottate in materia di asilo a norma della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati pertinenti. Il richiamo alla Convenzione pone dunque subito dei limiti in merito alla possibile configurazione di un diritto soggettivo all'asilo.

Nel Trattato si precisano quattro settori, uno sui criteri e meccanismi relativi alla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo, gli altri tre 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. L'articolo 63, n. 2 prevede l'adozione di misure applicabili ai rifugiati e agli sfollati in due settori:

a) quello delle norme minime per assicurare protezione temporanea agli sfollati che non possono ritornare nel Paese di origine e per le persone che altrimenti necessitano di 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 della loro accoglienza.

Nel porre il fondamento per l'azione della Comunità in questa materia, gli Stati hanno quindi dato riconoscimento a 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 elaborate, al fine di accordare ai richiedenti asilo una protezione adeguata nei casi in cui non avessero potuto godere della qualifica di rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra, ma avessero comunque avuto bisogno di una protezione internazionale: *“la volontà di operare tale estensione del concetto di asilo può facilmente ricavarsi da un confronto con gli abrogati articoli K.1 e K.2 del Trattato di Maastricht sull'Unione europea. Il primo di questi articoli si riferiva semplicemente alla politica d'asilo, senza operare alcuna indicazione dei profili più rilevanti, come invece faceva alla lettera b) in materia di immigrazione; il secondo richiedeva il rispetto della Convenzione relativa alla status dei rifugiati del 28 luglio 1951 nella definizione di questa politica soltanto “tenendo conto della protezione che gli Stati membri concedono alle persone perseguitate per motivi politici”. Le norme vigenti operano invece una distinzione tra le misure da adottare con riferimento ai rifugiati beneficiari della protezione offerta dalla Convenzione del 1951 e relativo Protocollo (art. 63, n. 1) e quelle da adottare con riferimento ad una categoria più ampia di soggetti, e comprensiva della prima, vale a dire gli sfollati e le persone che altrimenti necessitano di protezione internazionale (art. 63, n. 2)”*.¹²

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

Il quadro politico per l'esercizio di tale nuova competenza comunitaria è stato determinato dal Consiglio europeo di Tampere del 14-15 ottobre 1999, che adottò un Programma che indicava gli atti che avrebbero dovuto rappresentare l'attuazione di quella base giuridica. 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

¹² ZAGATO L., *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del trattato su una costituzione per l'Europa*, in *Verso una disciplina comune europea del diritto di asilo*, a cura di L. ZAGATO, Cedam, 2006, pag. 133

¹³ NASCIMBENE B., *Il futuro della politica europea di asilo*

asilo, basato sull'applicazione della Convenzione di Ginevra in ogni sua componente e sui valori umanitari comuni a tutti gli Stati membri, oltre che rispettoso del principio di *non-refoulement*. Il piano di base per la creazione 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:

a) una prima fase, di breve periodo, si proponeva di armonizzare gli ordinamenti giuridici nazionali attraverso l'adozione di norme minime comuni che garantissero equità, efficienza e trasparenza. Tale fase si fondava su quattro punti: la determinazione dello Stato responsabile delle domande d'asilo, l'elaborazione di norme minime riguardanti le procedure d'asilo, le condizioni per l'accoglienza dei richiedenti asilo, la qualifica e il contenuto dello *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria;

b) una seconda fase, di lungo periodo, è volta all'effettiva creazione di una procedura comune in materia di asilo e di uno *status* uniforme per coloro che hanno ottenuto l'asilo o la protezione sussidiaria validi nell'intera Unione.

A Tampere non si è però sancita l'esistenza di un diritto di asilo ma si è ribadita l'importanza del "*rispetto assoluto del diritto di chiedere asilo*".

La proclamazione del diritto di asilo è invece avvenuta nel 2000, con la Carta di Nizza, priva però, ancora e fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, di efficacia cogente. L'art. 18 prevede, nella sua formulazione originaria, che il diritto di asilo "*è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea*".

In base alle spiegazioni fornite dal Praesidium "*Il testo dell'articolo si basa sull'articolo 63 del trattato CE che impone all'Unione di rispettare la convenzione di Ginevra sui rifugiati*".

Il richiamo alla categoria internazionalistica di rifugiato viene inequivocabilmente riaffermato nelle successive conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Laeken del 2001, di Siviglia del 2002, di Salonicco del 2003 e di Bruxelles del 2004.

Il successivo Consiglio europeo dell'Aja del 4-5 novembre 2004 si limitò a confermare quanto stabilito a Tampere e adottò un Programma per il perfezionamento delle iniziative fino a quel momento perseguite: il Programma veniva completato da un Piano di azione del Consiglio e della Commissione del 10 giugno 2005.

Fra il 1999 e il 2006 sono stati adottati i seguenti atti.

a) Quattro direttive specifiche (più una, in parte richiamabile, la direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare): la direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea; la direttiva 2004/83/CE sulle qualifiche; la direttiva 2005/85/CE sulle procedure; la direttiva 2003/9/CE sulle condizioni di accoglienza. Le quattro direttive emanate in base all'art. 63 par. 1 del Trattato danno origine ad un livello di armonizzazione minimo della disciplina dell'asilo, ferma restando la possibilità per ogni stato membro di derogare in *melius*¹⁴ (prevedendo la possibilità per le normative nazionali disposizioni più favorevoli ai richiedenti asilo).

b) Quattro regolamenti, che compongono il c.d. sistema di Dublino: il regolamento CE 343/2003 (regolamento Dublino), il regolamento CE 2725/2000 (regolamento Eurodac) e i rispettivi regolamenti di applicazione (regolamenti CE 407/2002 e 1560/2003).

Il "sistema di Dublino" rappresenta un complesso di norme procedurali relative agli obblighi degli Stati quando viene presentata una domanda di asilo. Gli strumenti giuridici non sono direttive, bensì regolamenti.

¹⁴ ZAGATO L., *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del trattato su una costituzione per l'Europa*, pag. 169.

Il regolamento n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003 stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo.

Il "regolamento Dublino" ha sostituito, comunitarizzandola, la Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 luglio 1990. Le modalità di applicazione del regolamento sono previste dal regolamento della Commissione n. 1560/2003 del 2 settembre 2003.

Con la direttiva sulle qualifiche (dir. 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004), sono state stabilite le norme minime sull'attribuzione della qualifica non soltanto di rifugiato, ma anche di *"persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale"*, riconoscendo e regolando la presenza di una categoria di stranieri *"cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all'articolo 15, e al quale non si applica l'articolo 17, paragrafi 1 e 2, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese"*

In tal modo la direttiva istituisce un nuovo *status* giuridico aggiuntivo, volto a fornire una protezione sussidiaria, con diritti, più limitati rispetto al rifugiato, ma comunque rilevanti, tra cui quello al lavoro e formazione professionale (art. 26), all'istruzione (art. 27), all'assistenza sanitaria (artt. 28 e 29) etc.

Nel primo considerando della direttiva espressamente si sancisce che *"una politica comune nel settore dell'asilo, che preveda un regime europeo comune in materia di asilo, costituisce uno degli elementi fondamentali dell'obiettivo dell'Unione europea relativo all'istituzione progressiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia aperto a quanti, spinti dalle circostanze, cercano legittimamente protezione nella Comunità"*. Il decimo considerando espressamente rinvia ai *"diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Essa mira in particolare ad assicurare il pieno rispetto della dignità umana, il diritto di asilo dei richiedenti asilo e dei familiari al loro seguito"*. Si cita espressamente il "diritto di asilo, proclamato nella Carta di Nizza.

Con l'entrata in vigore di Trattato di Lisbona, la Carta, nella quale si è affermata, almeno da un punto di vista meramente letterale, l'esistenza di un diritto di asilo, acquisterà efficacia di Trattato. Dunque anche l'affermazione dell'esistenza di un diritto all'asilo, e non al mero diritto a "chiedere asilo" diventerà vincolante e acquisterà efficacia di norma originaria.

La sintetica panoramica normativa presentata lascia però, a modesto parere della scrivente, irrisolta la questione se nell'ambito comunitario esista, allo stato attuale, un vero diritto soggettivo all'asilo, o se si sia in presenza ancora di un mero diritto a chiedere asilo, o di un diritto condizionato, che svuota o ridimensiona la portata del diritto soggettivo di asilo (presente in alcuni ordinamenti degli Stati membri) e lo subordina alle scelte discrezionali degli Stati e al sistema di protezione delle frontiere europee (Frontex).

E' opinione condivisa in dottrina quella secondo cui, nonostante la Carta di Nizza si riferisca a un generico diritto di asilo non abbia *"sostanzialmente mutato il quadro europeo in materia: persiste infatti quella interessata confusione tra diritto di asilo e condizione di rifugiato, rilevando che gli Stati membri sono riusciti ad accordarsi su uno standard minimo di tutela, ed evitando in tal modo di articolare una specifica declinazione europea di un*

diritto che forse costituisce una delle principali tradizioni costituzionali comuni del continente."¹⁵

Sul ruolo svolto dalla Carta dei diritti fondamentali, recentemente l'Avvocato generale della Corte di Giustizia, nella Causa n. 305/2005 ha affermato, nelle sue conclusioni del 14 dicembre 2006, che :*"se è pur vero che tale Carta non può di per sé costituire un fondamento normativo sufficiente per far sorgere in capo ai singoli diritti direttamente invocabili, essa non è però del tutto priva di effetti quale criterio di interpretazione degli strumenti di tutela dei diritti menzionati dall'art. 6, n. 2, UE. In tale prospettiva, la Carta può svolgere una duplice funzione. In primo luogo, essa può far insorgere la presunzione di esistenza di un diritto che dovrà pertanto trovare conferma tanto nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, quanto nelle disposizioni della CEDU. In secondo luogo, nel momento in cui un diritto viene individuato come diritto fondamentale protetto dall'ordinamento giuridico comunitario, la Carta fornisce uno strumento di particolare utilità per stabilire il contenuto, l'ambito di applicazione e la portata da attribuire a tale diritto. Ricordo del resto che le disposizioni della Carta, elaborata sulla base di un ampio processo deliberativo avviato su scala europea, corrispondono in massima parte ad una codificazione della giurisprudenza della Corte"*¹⁶

Non sono mancati autori che hanno evidenziato come gli interventi normativi operati in ambito comunitario sicuramente si pongono in una posizione migliorativa e integrativa del dettato convenzionale di Ginevra, ma *"in linea tutto sommato di continuità"*¹⁷. Non solo ma *"l' inclusione della materia della protezione politico-umanitaria nel Trattato che istituisce la Comunità europea (...) potrebbe anche essere impiegato in una direzione del tutto opposta e risultare inopinatamente funzionale a un' opera di elisione e di affievolimento delle diverse previsioni costituzionali statali del diritto di asilo, a partire da quella contenuta nella Carta Repubblicana Italiana"*¹⁸.

Nella Carta di Nizza in ogni caso il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra. Dall' analisi terminologica adottata emerge che anche se l' asilo è qualificato in termini di "diritto", al pari di quanto avviene nei principali ordinamenti costituzionali statali, perde il relativo carattere *" considerato che nella Convenzione e nel relativo protocollo, viene rigettata la natura di diritto soggettivo. L' espresso richiamo alla fonte internazionale, operata dalla stessa Nota del Praesidium dell' 11 ottobre 2000, riconferma la continuità con i contenuti della Convenzione, con una conseguente "limitazione e svuotamento" di un eventuale diritto di asilo in ambito comunitario, che mantiene i tratti di un "diritto a chiedere asilo rimodulato alla luce del "perseguimento del giusto equilibrio tra una politica di asilo che rispetti le convenzioni internazionali e una lotta risoluta contro l' immigrazione clandestina (...) e la lotta al terrorismo internazionale"*¹⁹.

¹⁵ BASCHERINI G., *"Immigrazione e diritti fondamentali, l' esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, 2007, pag. 187

¹⁶ Sulla posizione della Corte di giustizia in merito all' esistenza e la portata del un diritto di asilo si rinvia al paragrafo n. 1.2.2) Gli orientamenti della Corte di Giustizia in materia di diritto di asilo: la recente decisione della Grande Sezione del 17 febbraio 2009.

¹⁷ BENVENUTI M. *"Il diritto di asilo nell' ordinamento costituzionale"* Cedam 2007, pag. 246

¹⁸ BENVENUTI M. *"Il diritto di asilo nell' ordinamento costituzionale"* Cedam 2007, pag. 247. Sulle interazioni al ribasso tra ordinamenti interni nazionali e comunitario si veda ZAGATO L., *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del trattato su una costituzione per l' Europa*, pag. 184.

¹⁹ TROIANELLO P., in *Il diritto di asilo nell' Unione Europea*, a cura di BILOTTA CAPPELLETTI, Cedam, 2006, pag. 94 e ss.. Alcune perplessità, sull' efficienza del sistema normativo europeo in materia di asilo sono state espresse dall' autore, relativamente al caso dell' imbarcazione Cap ANAMUR: *"Appare evidente che valutando il corpus normativo comunitario in materia di asilo alla luce di tale*

2. Verso una disciplina comune europea

Il Programma dell'Aja del novembre 2004, ed il piano di azione del Consiglio e della Commissione del giugno 2005 rappresentano il quadro generale della politica di immigrazione e asilo di questi ultimi cinque anni, volto al raggiungimento di una disciplina comune in materia di asilo.

In verità, quello che nel programma di Tampere figurava come prima fase volta all'elaborazione di norme minime di ravvicinamento tra le legislazioni nazionali, si è trasformata *in itinere* nell'anticipazione di un regime a grandi linee già comune.²⁰ Ciò è avvenuto tramite una serie di passi in cui l'utilizzo di atti ancora privi di efficacia vincolante con funzione di *guidelines* hanno condotto gli Stati membri nel livellamento al ribasso della protezione procedurale e sostanziale, anticipando la realizzazione di un regime comune²¹.

Il Programma dell'Aja ha come obiettivo il rafforzamento del ruolo dell'Unione nella costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Il progetto di una più stretta integrazione contenuto nel fallito progetto di Costituzione, di cui il Programma si prefiggeva di riflettere le ambizioni, assumono comunque nuovo rilievo nella prospettiva del Trattato di Lisbona.

Nel Programma, infatti, si postula un approccio globale che includa tutte le fasi delle migrazioni, dalle cause di fondo del fenomeno alle politiche di ingresso e ammissione, da quelle dell'integrazione a quelle del rimpatrio: tale approccio richiede dunque un'analisi ed un impegno paritario tanto delle Istituzioni comunitarie quanto dei singoli Stati membri.

La versione definitiva del "patto europeo sull'immigrazione e l'asilo" è stato adottato dal Consiglio Europeo il 15-16 ottobre 2008, e con esso si è inteso affrontare in modo esaustivo il tema dell'immigrazione legale, dell'immigrazione irregolare e della necessità di una sua omogenea e concreta armonizzazione legislativa. Con il Patto, il Consiglio, pur *"ricordando che la concessione della protezione e in particolare dello status di rifugiato rientra nella competenza di ciascuno Stato membro, ritiene che sia giunto il momento di prendere ulteriori iniziative per completare l'istituzione, prevista dal programma dell'Aja, del sistema europeo comune di asilo e fornire in tal modo, come proposto dalla Commissione nel suo piano strategico sull'asilo, un livello di protezione più elevato. È opportuno, in questa nuova fase, mantenere un intenso dialogo con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati. Infine, il Consiglio europeo sottolinea che il necessario rafforzamento dei controlli alle frontiere europee non deve impedire l'accesso ai sistemi di protezione da parte delle persone che hanno diritto di beneficiarne"*

3. Il rapporto tra diritto di asilo, divieto di allontanamento e art. 3 della Convenzione EDU

La linea di demarcazione più difficile da tracciare è quella tra divieto di allontanamento, imposto dal principio di *non refoulement*, e cause di esclusione del

vicenda, non si può certo affermare che questo sia efficiente. Si osserva, infatti, che il sistema di cui al regolamento 343/2003 (Dublino II) secondo cui un solo Stato debba essere competente a provvedere sulla richiesta di protezione, ha evidenziato tutti i suoi limiti".

Sul recentissimo caso dell'imbarcazione PINAR si veda: VASSALLO PALEOLOGOI *migranti approdano in Italia - Scontri diplomatici sul caso Pinar: gli obblighi di protezione degli stati*, in www.meltingpot.it

Sulle prospettive future della disciplina del diritto di asilo si veda LICASTRO G. *Il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: il contrasto all'immigrazione clandestina e il rafforzamento dei controlli alle frontiere*, in www.europeanrights.it

²⁰ Cit. ZAGATO, pag. 187

²¹ Cit. ZAGATO, pag. 188

riconoscimento dello *status* di rifugiato: tra questi due poli, infatti, si apre una sorta di zona intermedia, contesa tra precetti normativi posti da fonti interne, ma soprattutto da fonti internazionali e comunitarie, e tensioni interpretative proprie del dialogo giurisprudenziale "multilivello"²².

La questione esaminata dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 17 febbraio 2009, di cui si parlerà in seguito, rinvia a quanto sancito dall' art. 3 della Convenzione Edu, che non è dedicato espressamente al diritto di asilo, ma che, grazie a un' interpretazione evolutiva operata dalla Corte Europea dei diritti umani, delimita i confini negativi del diritto di asilo e in via generale il divieto di allontanamento in caso di rischio di tortura e trattamenti inumani e degradanti.

Il divieto di allontanare dal territorio di individui che corrono il rischio di subire atti di tortura o trattamenti crudeli, inumani o degradanti nello Stato di destinazione è un divieto assoluto, che non ammette eccezioni in alcuna circostanza. Né situazioni di emergenza nazionale che minacciano lo Stato, né particolari caratteristiche personali che interessano il soggetto, possono giustificare l' allontanamento dell' individuo in siffatte ipotesi.

Uno Stato è suscettibile di violare i propri obblighi in materia di diritti umani per il fatto di espellere, estradare o allontanare a qualsiasi titolo dal proprio territorio un individuo, qualora esistano fondati motivi per ritenere che l' interessato corra un pericolo reale di subire violazioni dei propri diritti fondamentali nello Stato di destinazione.²³

Il principio fu originariamente elaborato dalla Corte europea dei diritti umani. La stessa Corte, in diverse pronunce, ha anche esteso l' applicabilità del divieto di tortura ai casi in cui uno Stato parte espelle o estrada una persona verso uno Stato dove la persona potrebbe essere sottoposta a tortura o a trattamento inumano.

Inoltre l' interpretazione elaborata dalla Corte in merito ai contenuti delle disposizioni della Convenzione "è dinamica ed evolutiva". *Dal punto di vista della dinamicità, occorre sottolineare che l'interpretazione dell'art. 3 della CEDU non è stata lineare e che al momento la Corte europea dei diritti dell'uomo attribuisce a tale articolo un contenuto e quindi una portata più ampi . Inoltre, l'interpretazione di tale norma è soggetta ad evolvere e non dovrebbe quindi essere considerata come immutabile"*²⁴.

Nonostante la Convenzione Europea dei diritti umani non disciplini, come già sottolineato, il diritto di asilo, suddetta fattispecie risulta tutelata in alcuni casi tramite il ricorso alla previsione normativa ex art. 3 sul divieto di tortura e trattamenti inumani. La Corte ha così individuato possibili ipotesi di responsabilità degli Stati nei casi in cui, pur non procedendo direttamente ad affliggere torture e trattamenti disumani, ha però permesso l' allontanamento di un individuo verso luoghi ove, con molta probabilità, detti trattamenti sarebbero stati inflitti.

In base agli obblighi positivi che gravano sugli Stati e al carattere assoluto del divieto di tortura, l' art. 3 sarebbe applicabile a trattamenti inumani e degradanti derivanti da fatti posti in essere da individui quando, per la sua attività o per la sua inazione, uno stato contraente non rispetti gli obblighi derivanti dalla Convenzione.

²² Si vedano i saggi di D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, e di M. E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, entrambi in M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 67 ss. e p. 91 ss.

²³ BORRELLI S., *Allontanamento dello straniero dal territorio e norme internazionali per la tutela dei diritti umani*,

in *Verso una disciplina comune europea del diritto di asilo*, a cura do Lauso ZAGATO, Cedam, 2006, pag. 105; FIORAVANTI C., *Diniego di riconoscimento dello status di rifugiato e concessione del permesso di soggiorno per la protezione degli individui dal rischio di tortura*, in *Verso una disciplina comune europea del diritto di asilo*, a cura do Lauso ZAGATO, Cedam, 2006

²⁴ Così si è espresso L' Avvocato generale MADURO, nelle conclusioni della causa C-465/07, M. EGAFAJI contro STAATSSECRETARIS, del 9 settembre 2008 (punto 20).

L' art. 3 della Convenzione consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche e vieta in termini assoluti la tortura o le pene o trattamenti inumani o degradanti, quale che sia la condotta della vittima.

Nella pronuncia relativa al caso *Soering contro Regno Unito* del 7.7.1989, al par. 88, la Corte ha affermato che uno Stato “*Contraente, che dovesse consapevolmente consegnare una persona ad un altro Stato, dove vi sono fondati motivi per ritenere che essa avrebbe rischiato di essere sottoposta a tortura o a trattamenti o pene inumani o degradanti, non sarebbe affatto in armonia con il 'patrimonio comune di tradizioni politiche, ideali, libertà e primato del diritto al quale si riferisce il Preambolo* (si veda *Soering*, sopra citata, pp. 34-35, § 88)”.

La giurisprudenza consolidata della Corte è nel senso che l'extradizione da parte di uno Stato Contraente possa far sorgere una questione con riguardo all'art. 3, e quindi impegnare la responsabilità di quello Stato ai sensi della Convenzione, laddove siano stati esposti motivi ben fondati per ritenere che la persona in questione, ove estradata, correrebbe un rischio effettivo di essere sottoposta ad un trattamento contrario all'art. 3 nel Paese di destinazione.

L'accertamento di tale responsabilità comporta inevitabilmente una valutazione delle condizioni nel Paese richiedente alla luce degli standard dell'art. 3 della Convenzione.

Nella misura in cui si incorra o possa incorrersi in qualsivoglia responsabilità secondo la Convenzione, si tratta di responsabilità in cui incorre lo Stato Contraente che concede l'extradizione, per aver compiuto un atto che ha per conseguenza diretta l'esposizione di un singolo ai maltrattamenti vietati (*Soering c. Regno Unito*, §§ 89-91).

Il principio riconosciuto dalla Corte nel caso *Soering* è stato successivamente affermato dagli organi di controllo di altri trattati sui diritti umani, come ad esempio Il Comitato dei diritti Umani, ed è stato recepito dalla giurisprudenza successiva in materia.

Nella maggior parte dei casi la “potenziale violazione”, che impedisce l'allontanamento di un individuo dal territorio, è quella perpetrata dalle autorità dello Stato di destinazione.

Gli orientamenti espressi successivamente hanno evidenziato che l'allontanamento è vietato non solo nel caso in cui sia lo Stato di destinazione a infliggere la tortura, ma anche quando la potenziale violazione potrebbe essere commessa da soggetti privati senza che lo Stato voglia o possa impedirlo.

Il principio in esame è stato originariamente enunciato dalla Corte nel caso *H.L.R. contro Francia* del 29 aprile 1997²⁵, inerente la decisione delle autorità francesi di espellere un cittadino Colombiano verso il Paese di origine. Il ricorrente, fermato e interrogato mentre trasportava droga proveniente dalla Colombia, aveva successivamente rivelato, alle competenti autorità francesi, i nominativi di alcuni criminali coinvolti in loschi traffici di droga. L' eventuale rimpatrio avrebbe certamente esposto a un trattamento vietato dall' art. 3 della Convenzione.

Nella fattispecie il rischio invocato dal ricorrente non proveniva dalle autorità pubbliche, bensì dalle possibili rappresaglie dei trafficanti di droga che avrebbero potuto vendicarsi, senza che lo Stato colombiano fosse in grado di tutelarlo.

Dato il carattere assoluto del diritto garantito, la Corte ha esteso le possibilità applicative del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, affermando che l' art. 3 si applica anche quando il pericolo provenga da individui o gruppi di individui che non svolgono funzioni pubbliche. Occorre però dimostrare che il rischio esista davvero e che le autorità dello Stato di destinazione non siano in grado di porvi rimedio. Nel caso di specie il ricorrente non aveva dato prova del rischio di vendette da parte dei

²⁵ DE SALVIA M., ZAGREBELSKY V., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Giuffrè, pag. 623

narcotrafficienti, né i rapporti di *Amnesty International* fornivano informazioni sul tipo di situazioni nelle quali si sarebbe potuto trovare il ricorrente. Per carenza di motivi seri e certi, tali da ritenere che l' espulsione avrebbe esposto il ricorrente al rischio effettivo di tortura e trattamenti inumani e degradanti, il ricorso è stato respinto.

In linea generale ad avviso della Corte europea quando esiste il rischio di tortura o di trattamenti disumani l'art.3 CEDU impedisce di dare esecuzione ad un' espulsione in un Paese che usa tali pratiche, senza che possa essere tenuta in considerazione la condotta dell'espulso, per quanto pericolosa e dannosa la stessa possa risultare.

Ciò perché la protezione accordata dall'art.3 CEDU è maggiore di quella riconosciuta dagli artt.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 né può essere bilanciato con le esigenze di sicurezza.

Se dunque il divieto della tortura e di trattamenti inumani o degradanti è da interpretare in modo assoluto (cfr. Corte dir.uomo 15 novembre 1996, *Chahal c.Regno Unito*, 1996-V, § 79), la natura della presunta infrazione commessa dalla parte ricorrente, è irrilevante ai fini dell'articolo 3 CEDU.

Nel caso *Khashiyev e Akayeva contro Russia* il 24.2.2005 la Corte ha affermato al paragrafo 170 il medesimo principio, aggiungendo che diversamente dalla maggior parte delle clausole sostanziali della convenzione e dei suoi protocolli, l'art. 3 non prevede alcuna eccezione, e nessuna deroga e' consentita in base all'art. 15.2, persino in caso di emergenza pubblica che minaccia la vita della nazione (lo stesso principio e' stato affermato nel caso *Tomasi v. France* (Judgement 27.8.1992, par. 104 seguenti)).

La proibizione deve essere considerata assoluta, poichè la tortura non possa essere consentita per nessuno scopo, nè per scoprire prove, nè per salvare la vita e neanche per la sicurezza dello Stato, come espresso dalla Corte. EDU il 6 aprile 2000, (causa *Labita c.Italia*, §119:"*Anche nelle circostanze più difficili, quali la lotta al terrorismo o al crimine organizzato, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti disumani o degradanti...quale che sia la condotta della vittima*"²⁶).

4. Il diritto di asilo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia:Caso Coniugi ELGAFAJI

La Corte di Giustizia ha recentemente espresso un interessante orientamento in merito al rapporto intercorrente tra il diritto di asilo tutelato in ambito comunitario e l' art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, come già accennato.

Con la [sentenza](#) del 17 febbraio 2009, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla direttiva del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

La sentenza della Corte trae origine da un rinvio pregiudiziale presentato dal *Raad van State* olandese.

I coniugi *Elgafaji*, cittadini iracheni, avevano rivolto, in data 13 dicembre 2006, istanza al competente Ministro per l'immigrazione e l'integrazione per ottenere un permesso di soggiorno temporaneo in base all'art. 29 della legge olandese sugli stranieri, secondo cui "[u]n permesso di soggiorno temporaneo [...] può essere concesso allo straniero [...] b) che ha fornito fondati motivi per ritenere che, in caso di espulsione,

²⁶ CONTI R., *Il divieto di tortura rispetto all'espulsione per motivi di ordine pubblico:nessun bilanciamento con la sicurezza dello Stato-Corte dir.uomo 28 febbraio 2008 Saadi c.Italia*, in www.europeanrights.it

correrebbe un rischio effettivo di essere sottoposto a tortura, ovvero a pene o a trattamenti inumani o degradanti; [...] d) il cui ritorno nel paese di origine, a giudizio del Ministro, sarebbe una misura di particolare gravità in considerazione della situazione generale nel paese in questione”.

Con decisioni del 20 dicembre 2006, il Ministro aveva ritenuto che i coniugi non avessero provato il rischio effettivo di una minaccia grave e individuale, necessario, secondo l'art. 29 della legge olandese, affinché potesse essere concesso il permesso di soggiorno temporaneo.

Il Ministro aveva ritenuto che, anche interpretando l'art. 29 citato alla luce dell'art. 15, lett. c) della direttiva 2004/83, l'accesso alla protezione offerta dalle norme olandesi non avrebbe comunque potuto sfuggire alla prova dell'esistenza di un rischio "individualizzato", non essendo sufficiente per beneficiarne una indiscriminata situazione di violenza nel paese di destinazione dei richiedenti.

Il provvedimento veniva impugnato presso il *Rechtbank te's-Gravenhage*, il quale lo annullava, sostenendo che il Ministro avrebbe dovuto applicare non già la lett. b) del menzionato art. 29 della legge olandese, bensì la lett. d), la quale peraltro, "letta" alla luce dell'art. 15, lett. c) della direttiva 2004/83, non richiede un alto grado di individualizzazione della minaccia ai fini della concessione della protezione e, dunque, del permesso di soggiorno temporaneo richiesto dai coniugi *Elgafaji*.

Lo *Staatssecretaris van Justitie* proponeva appello avverso la sentenza del *Rechtbank* presso il *Raad van State*. Quest'ultimo, ritenendo che le disposizioni della direttiva presentassero delle difficoltà interpretative, decise, in base all'art. 68 TCE, di investire la Corte di giustizia delle seguenti questioni pregiudiziali: "1) *Se l'art. 15, (...) lett. c), della direttiva (...) debba essere interpretato nel senso che tale disposizione offre protezione esclusivamente in una situazione contemplata anche dall'art. 3 della [CEDU], nell'interpretazione ad esso attribuita dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, ovvero se la menzionata disposizione offra una tutela sussidiaria o diversa da quella di cui all'art. 3 della [CEDU]; 2) Qualora l'art. 15, (...) lett. c), della direttiva offra una tutela sussidiaria o diversa da quella di cui all'art. 3 della [CEDU], quali siano in tal caso i criteri idonei a valutare se una persona che afferma di essere ammissibile allo status di protezione sussidiaria corra un rischio effettivo di minaccia grave ed individuale in conseguenza di violenza indiscriminata, ai sensi dell'art. 15, (...) lett. c), in combinato disposto con l'art. 2, (...) lett. e), della direttiva”.*

L'art. 18 della direttiva stabilisce che "[g]li Stati membri riconoscono lo status di protezione sussidiaria a un cittadino di un paese terzo o a un apolide ammissibile a beneficiare della protezione sussidiaria", mentre l'art. 2 individua i beneficiari di tale status in ciascun "cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, *correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all'articolo 15*". Tale ultima disposizione normativa fissa, ai fini contemplati dall'art. 2, la nozione di danni gravi, considerando tali: "a) *la condanna a morte o all'esecuzione; o b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale* .

Nel caso in esame meritano particolare attenzione anche le conclusioni dell'Avvocato Generale MADURO, che si è soffermato e ha approfondito la questione pertinente alla natura giuridica del diritto di asilo in ambito comunitario e dei rapporti con l'art. 3 della CEDU.

La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla portata della protezione concessa dall'art. 15, lett. c), della direttiva rispetto a quella accordata dall'art. 3 della CEDU.

Anche fra gli Stati membri sono emerse posizioni interpretative contrastanti. Alcuni ritengono che l'art. 15, lett. c), della direttiva non assicuri alcuna protezione complementare rispetto a quella già accordata dalla CEDU, altri invece hanno espresso posizioni differenti.

Come evidenziato dall'Avvocato Generale: *"tali divergenze relative alla portata dell'art. 3 della CEDU non riescono a nascondere il vero punto centrale del dibattito che, in realtà, verte sull'estensione della protezione che, in base al diritto comunitario, deve essere riconosciuta al richiedente asilo"*.

L'Avvocato Generale, ha evidenziato innanzitutto come *"le disposizioni comunitarie, quale che sia quella presa in esame, vengono interpretate in modo autonomo e, conseguentemente, tale interpretazione non può variare né dipendere dagli sviluppi giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo"* (punto 19). Nonostante ciò, ad avviso dell'Avvocato, non si può trascurare l'importanza che la CEDU è in grado di rivestire nell'interpretazione delle disposizioni comunitarie in materia di asilo.

Emerge così un aspetto molto delicato relativo alla natura giuridica del diritto di asilo e alla sua estensione, anche in rapporto all'art. 3 della CEDU.

L'Avvocato generale ha affermato espressamente l'indipendenza della normativa comunitaria in materia, rispetto al dettato della Convenzione. Non solo, ma ha colto altresì l'occasione per approfondire la natura del diritto di asilo e la sua disciplina contenuta nella Carta di Nizza.

La direttiva si pone l'obiettivo di sviluppare un diritto fondamentale di asilo che risulta dai principi generali del diritto comunitario, a loro volta derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla CEDU, ripresi, peraltro, nella Carta dei diritti fondamentali.

Ad avviso dell'Avvocato Generale, la Carta può svolgere una duplice funzione. In primo luogo, essa può far insorgere la presunzione di esistenza di un diritto che dovrà pertanto trovare conferma tanto nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, quanto nelle disposizioni della CEDU. In secondo luogo, nel momento in cui un diritto viene individuato come diritto fondamentale protetto dall'ordinamento giuridico comunitario, la Carta fornisce uno strumento di particolare utilità per stabilire il contenuto, l'ambito di applicazione e la portata da attribuire a tale diritto.

A tale proposito, la giurisprudenza comunitaria fa riferimento alla Convenzione dei diritti dell'uomo per due ragioni principali. In primo luogo perché l'impegno che ogni Stato membro ha assunto nei confronti della Convenzione pone in evidenza il fatto che tali diritti corrispondono a valori comuni agli Stati membri, i quali desiderano quindi che siano preservati e contemplati a livello di Unione europea. In secondo luogo, la protezione dei diritti fondamentali nell'ordine giuridico comunitario esiste in parallelo ad altri sistemi europei di tutela dei diritti fondamentali. Questi ultimi comprendono sia i sistemi sviluppatisi in seno agli ordinamenti giuridici nazionali che quelli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ogni sistema di protezione esistente si sforza, pur nel rispetto della propria autonomia, di comprendere come gli altri sistemi interpretino e sviluppino gli stessi diritti fondamentali, al fine non soltanto di ridurre i rischi di conflitto, ma anche di impegnarsi in un informale processo di costruzione di uno spazio europeo di protezione dei diritti fondamentali.

Lo spazio europeo così creato è anche il prodotto dei singoli contributi forniti dai diversi sistemi di protezione esistenti a livello europeo. *"Pertanto, benché la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non costituisca una fonte imperativa di interpretazione dei diritti fondamentali comunitari, essa rappresenta nondimeno un punto di partenza per determinare il contenuto e la portata di tali diritti nel contesto dell'Unione"*

europea. Tale presa in considerazione è, inoltre, indispensabile per garantire che l'Unione, che si fonda sul principio del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". Non si esclude comunque che le disposizioni normative europee possano concedere una protezione più estesa.

L' Avvocato Generale, passando all' esame della questione relativa all' interpretazione dell' art. 15, lett. C) della direttiva evidenzia i punti critici che le duplici interpretazioni del dato normativo offrono in merito al rapporto intercorrente tra la "violenza indiscriminata" e la "minaccia individuale": *"un'interpretazione che, pur riconoscendo che l'art. 15, lett. c), è, prima di tutto, intrinsecamente connesso alla nozione di «violenza indiscriminata», deve anche tener conto dell'esigenza di una minaccia individuale. Ritengo quindi che l'interpretazione secondo cui l'art. 15, lett. c), si riferirebbe a qualsiasi situazione di violenza indiscriminata ignorerebbe questa doppia condizione interpretativa, così come l'interpretazione secondo cui la nozione di «minaccia individuale» corrisponderebbe a una minaccia cui è esposta una persona a causa di circostanze che le sono particolari o specifiche (o che riguardano il gruppo sociale cui appartiene) sarebbe in contrasto con l'art. 15, lett. c), che mira precisamente e invero esplicitamente ad applicarsi alle situazioni di violenza indiscriminata"*.

L' Avvocato generale ricorre a un' interpretazione teleologica della norma in esame, evidenziando *"la necessità di far riferimento all'obiettivo primario della direttiva e del fondamentale diritto di asilo. Il fine perseguito da tale disposizione è quello di concedere protezione internazionale a una persona esposta al rischio di subire una violazione di uno dei suoi più fondamentali diritti (quali il diritto alla vita, il diritto a non essere sottoposta a tortura...).* Il criterio posto dalla direttiva per ottenere sia la qualifica di rifugiato che la protezione sussidiaria deve quindi essere inteso come lo strumento che permette di valutare la probabilità che tale rischio e la relativa violazione dei diritti fondamentali hanno di avverarsi. Pertanto, l'importanza e la natura del nesso individuale richiesto per ottenere la protezione sussidiaria devono essere valutate in questa prospettiva".

Ad avviso dell' Avvocato Generale la "violenza indiscriminata" deve essere tale da rappresentare per il richiedente asilo una probabile e seria minaccia. Occorre tenere presente l'importanza della distinzione fra un alto grado di rischio individuale e un rischio che è funzionale alle caratteristiche individuali. Infatti, anche se una persona non è esposta a minacce a causa di caratteristiche che le sono proprie, non risulterà meno individualmente interessata qualora una violenza indiscriminata aumenti sostanzialmente il rischio di subire in modo grave un danno alla propria vita o alla propria persona, altrimenti detto, ai suoi diritti fondamentali.

In conclusione l' Avvocato afferma che l'art. 15, lett. c) della direttiva deve essere interpretato nel senso che conferisce una protezione sussidiaria se la persona interessata dimostra di correre un rischio effettivo di minaccia alla propria vita o alla propria persona in caso di conflitto armato interno o internazionale a causa di una violenza indiscriminata di gravità tale da rappresentare necessariamente per lei una minaccia probabile e seria. Spetterà al giudice nazionale accertare il concorso di tali condizioni.

La Corte di Giustizia, riprendendo le argomentazioni dell' Avvocato Generale ha rilevato che, benché il diritto fondamentale garantito dall'art. 3 della CEDU faccia parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte assicura il rispetto, e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo venga presa in considerazione nell'interpretare la portata di tale diritto nell'ordinamento giuridico comunitario, tuttavia è l'art. 15, lett. b), della direttiva che sostanzialmente corrisponde al detto art. 3. Per contro, l'art. 15, lett. c), della direttiva è una disposizione con un contenuto diverso da quello dell'art. 3 della CEDU e deve pertanto essere interpretato autonomamente, salvo restando però il rispetto dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU.

Da quanto sostenuto sembra dunque emergere la volontà, da parte della Corte, di sottolineare il fatto che la normativa comunitaria garantisca un livello di tutela ulteriore e diverso rispetto a quello previsto dall' art. 3 della Convenzione EDU.

Per risolvere tali questioni la Corte ha esaminato comparativamente i tre tipi di «danni gravi» definiti all'art. 15 della direttiva, che costituiscono le condizioni che devono essere soddisfatte perché una persona possa essere considerata ammissibile alla protezione sussidiaria, qualora sussistano, conformemente all'art. 2, lett. e), di tale direttiva, «*fondati motivi di ritenere che il richiedente incorra in «un rischio effettivo di subire un [tale] danno» nel caso di rientro nel paese interessato.*

A tale proposito, ha osservato che i termini «la condanna a morte», «l'esecuzione» nonché «la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente», impiegati all'art. 15, lett. a) e b), della direttiva, riguardano situazioni in cui il richiedente della protezione sussidiaria è esposto in modo specifico al rischio di un danno di un tipo particolare.

Il danno definito all'art. 15, lett. c), della direttiva, consistendo in una «*minaccia grave e individuale alla vita o alla persona*» del richiedente, riguarda il rischio di un danno più generale.

Il termine «individuale» deve essere inteso nel senso che esso riguarda danni contro civili a prescindere dalla loro identità, qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso, valutato dalle autorità nazionali competenti impegnate con una domanda di protezione sussidiaria o dai giudici di uno Stato membro ai quali viene deferita una decisione di rigetto di una tale domanda, raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la minaccia grave di cui all'art. 15, lett. c), della direttiva.

La Corte ha inoltre aggiunto che, al momento dell'esame individuale di una domanda di protezione sussidiaria, previsto dall'art. 4, n. 3, della direttiva, si può, in particolare, tenere conto:

dell'estensione geografica della situazione di violenza indiscriminata, nonché dell'effettiva destinazione del richiedente in caso di ritorno nel paese interessato, come risulta dall'art. 8, n. 1, della direttiva, e dell'esistenza, se del caso, di un serio indizio di un rischio effettivo come quello menzionato all'art. 4, n. 4, della direttiva, indizio in considerazione del quale il requisito di una violenza indiscriminata richiesto per poter beneficiare della protezione sussidiaria può essere meno elevato.

Invero, secondo una giurisprudenza consolidata, nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale chiamato a interpretare tale diritto deve procedere per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 294, terzo comma, CE (v., in particolare, sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing, Racc. pag. I-4135, punto 8, e 24 giugno 2008, causa C-188/07, Commune de Mesquer, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 84).

In definitiva per la Grande Sezione l'esistenza di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del richiedente la protezione sussidiaria non è subordinata alla condizione che quest'ultimo fornisca la prova che egli sia interessato in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale.

Inoltre l'esistenza di una siffatta minaccia può essere considerata, in via eccezionale, provata qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto

armato in corso, valutato dalle autorità nazionali competenti impegnate con una domanda di protezione sussidiaria o dai giudici di uno Stato membro, ai quali viene deferita una decisione di rigetto di una tale domanda, raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la detta minaccia.

La sentenza riveste un'importanza notevole soprattutto perché, oltre a specificare la portata normativa dell' art. 15, lett. C della direttiva, si esprime in termini di diritto di asilo, che assume contorni e contenuti abbastanza ampi.

In base a questa interpretazione, che richiama anche quella contenuta dalla Carta di Nizza, si può affermare, seppur con alcuni limiti, che il diritto di asilo non corrisponda più e solo, allo *status* di rifugiato, ma assume un ruolo di maggiore autonomia, come affermato nel decimo e nel ventiquattresimo considerando della direttiva, citato dalla Corte, dove espressamente si dichiara che *“La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea [proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1)]. Essa mira in particolare ad assicurare il pieno rispetto della dignità umana, il diritto di asilo dei richiedenti asilo e dei familiari al loro seguito (...) Inoltre occorre stabilire le norme minime per la definizione e gli elementi essenziali della protezione sussidiaria. La protezione sussidiaria dovrebbe avere carattere complementare e supplementare rispetto alla protezione dei rifugiati sancit[a] dalla Convenzione di Ginevra [relativa allo status dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951]. »..*

La strada dunque è quella di superare il mero diritto a chiedere asilo, e le condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, e i divieti ex art. 3 della Convenzione EDU, per giungere invece ad un diritto di asilo, i cui contorni sono più estesi, e definiti anche dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte.

A conferma di quanto indicato si ricorda che sempre la Corte di Giustizia nella causa 19/2008 (causa *Petrosian*), decisa il 29 gennaio 2009, in tema di diritto di asilo, ha affermato che *«Il presente regolamento (Regolamento (CE) n. 343/2003) rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi che sono riconosciuti, segnatamente, dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea [proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1)]. In particolare, il presente regolamento intende assicurare il pieno rispetto del diritto d’asilo garantito dall’articolo 18»*.²⁷

L' asilo è dunque un diritto garantito e definito dalla giurisprudenza comunitaria che si sta evolvendo in materia, seppur nei limiti e nei tanti confini definiti dalla normativa, e dal sistema di protezione delle frontiere europee (Frontex) che sembra dirigersi in una direzione opposta.

Sarà interessante studiare l'evoluzione applicativa del diritto di asilo comunitario nell'ambito delle singole realtà nazionali e ciò alla luce anche del futuro regime comune.

Le fonti e le elaborazioni giurisprudenziali in materia di diritto di asilo si inseriranno ancora più intensamente nei tessuti normativi preesistenti degli Stati membri, facendo emergere tutta la complessità e articolazione della tutela multilivello di un diritto, spesso negato anche nelle prassi applicative (legislative, giurisprudenziali e amministrative) nazionali nonostante le proclamazioni dei dettati costituzionali.

* Dottoranda di ricerca dell'Università di Genova, Dipartimento di ricerche Europee - fxpal@libero.it

²⁷ Sul trattamento dei richiedenti asilo detenuti si rinvia a OCELLO E. *“La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso Saadi c. Regno Unito”* in *Il diritto dell’Unione Europea* n. 1/2009, da pag.87.

