

**IL DIVIETO DI TORTURA
E ALTRI COMPORTAMENTI
INUMANI O DEGRADANTI
NELLE MIGRAZIONI**

A cura di
LAUSO ZAGATO
SARA DE VIDO

CEDAM

CONFINI D'EUROPA, STATO DI DIRITTO, DIRITTI DELL'UOMO

GERARCHIA E BILANCIAMENTO TRA DIRITTI FONDAMENTALI CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA CONDIZIONE DEL MIGRANTE

NICOLETTA PARISI, Università di Catania (*)

DINO RINOLDI, Università Cattolica S.C., sede di Piacenza (**)

SOMMARIO: *Sezione I. Questioni generali e introduttive.* - 1. Ambito della questione. - 2. Pluralità di fonti in materia. - 3. Universalità dei diritti e regionalismo continentale europeo. - *Sezione II. Norme internazionali specificamente in materia di tutela del diritto dello straniero migrante a non subire tortura e trattamenti affini.* - 4. Tratti caratteristici della produzione normativa internazionale. - 5. Circolarità nel processo di formazione delle norme internazionali di portata generale e di carattere convenzionale. - *Sezione III. Soluzioni giurisprudenziali.* - 6. Giurisprudenza internazionale europea e nazionale. - 6.1. Individuazione di una sfera di diritti assoluti della persona. - 6.2. Tutela dei diritti della persona «*par ricochet*». - 6.2.1. Violazione virtuale di un diritto della persona. - 6.3. Rispetto delle misure cautelari. - 6.4. Definizione di “zona sicura”. - 6.5. “Qualità” e condizione della persona alla quale riconoscere protezione internazionale. - 6.6. Garanzie processuali connesse alla presunta violazione del divieto di tortura. - 7. Alcune considerazioni intorno a nodi problematici irrisolti: il complesso bilanciamento fra diritti individuali e sicurezza collettiva.

* Parr. 4-7.

** Parr. 1-3.

Sezione I: questioni generali e introduttive

1. La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona vede la presenza di una varietà di strumenti di protezione entro una disparità di confini territoriali: nazionali, continentali, universali. Si pensi alla Costituzione italiana; alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo; alla Convenzione su identica materia della Confederazione degli Stati indipendenti; ai Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici ed economici, sociali e culturali; tutti prendendo le mosse dalla Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo adottata nel 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

Questi solenni documenti si occupano, fra l'altro, di vietare la tortura assieme ai trattamenti disumani o degradanti¹, considerati - l'una e gli altri - pratiche che attentano gravemente alla dignità della persona.

La definizione di tortura accettata a livello universale è dettata dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e contro i trattamenti o le pene inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale con Risoluzione 39/46 del 10 dicembre 1984, conseguentemente aperta alla firma degli Stati e quindi entrata internazionalmente in vigore il 26 giugno 1987². Per essa è tortura «any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason

¹ Vietano la tortura norme quali l'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, traendo oramai valore vincolante da un corrispondente principio di diritto internazionale generale; disposizioni pattizie sulla tutela dei diritti dell'uomo, come, a livello universale, l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e, a livello regionale, l'art. 3 della Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché l'art. 5 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo; norme di trattati specificamente indirizzati a contrastare la pratica della tortura, quali la Convenzione delle NU del 1984 (v. nota seguente), la Convenzione interamericana sulla prevenzione e la repressione della tortura del 1985, la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del 1987; norme contenute in trattati di diritto internazionale umanitario, quali l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e l'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale.

² V. il testo in <http://www2.ohchr.org/english/law/cat.htm>.

based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions»³.

Pur affermando che lo Stato contraente «shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture»⁴, la Convenzione in questione non dà una definizione di siffatti “altri atti”. Si deve così fare ricorso, per distinguere fra essi e la tortura, alla complessiva prassi interna e internazionale. In particolare viene in considerazione la giurisprudenza delle Corti (internazionali europee) del Lussemburgo e di Strasburgo, della quale si dirà⁵, ma anche l'attività del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura⁶ e, più complessivamente, del sistema delle Nazioni Unite stesse⁷, nonché quella del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti⁸. Ciò che complessivamente si ricava da questo variegato panorama è una definizione in negativo

³ Art.1, par. 1, Conv. cit. Sulla definizione di tortura e sulle sue componenti v. diffusamente MARCHESI A., “La proibizione della tortura all’inizio del nuovo millennio”, in ZAGATO L., PINTON S. (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Cedam, Padova, 2010, pp. 13-16; PUSTORINO P., “Art. 3, Proibizione della tortura”, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 63 ss.

⁴ Art. 1 Conv. cit.

⁵ La Sezione III di questo studio è dedicata alla rilevazione della giurisprudenza pertinente.

⁶ Istituito sulla base dell’art. 17 della citata Convenzione delle NU contro la tortura, per il quale v. PETERS E., *Torture*, Blackwell, New York, 1985.

⁷ In particolare si segnala che con Risoluzione 1985/33 la Commissione delle NU dei diritti dell’uomo ha deciso di nominare uno *Special Rapporteur* al fine di esaminare le questioni che attengono alle pratiche di tortura: in questo quadro istituzionale sono stati adottati diversi *Reports*, fra i quali si segnala per la questione definitoria che qui interessa il Rapporto a cura di M. NOVAK *on the question of torture*, UN Doc. E/CN.4/2006/6, del 23 dicembre 2005, parr. 34-41.

⁸ Istituito sulla base dell’art. 1 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura, cit. Sull’attività di questo organo v. MORGAN R., EVANS M.D. (eds.), *Protecting Prisoners: the Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, Oxford Un. Press, Oxford, 1999.

di trattamento e di pena disumani o degradanti rispetto alla tortura⁹. I primi si distinguerebbero dalla seconda anzitutto per l'assenza in essi di almeno uno degli elementi che, invece, cumulativamente caratterizzano la seconda: non sarebbe possibile ricostruire l'intenzionalità dell'autore; oppure non vi sarebbe l'elemento teleologico che viceversa emerge chiaramente dalla definizione di cui all'art. 1 della ricordata Convenzione delle Nazioni Unite. I primi comunque si distinguerebbero dalla seconda, anche in presenza dei due sopra richiamati elementi, quando si manifesti un'attenuazione della soglia di dolore o sofferenza che nella seconda deve rivestire carattere di notevole gravità¹⁰. Il condizionale è d'obbligo poiché la prassi non è univoca, dal momento che le decisioni di corti e comitati internazionali concernono casi concreti dove viene portata attenzione alle circostanze volta a volta ricorrenti: da questo approccio si ricava l'elemento di debolezza dalla prospettiva dell'ampia discrezionalità nell'applicazione di norme che si presentano assai sintetiche e che talvolta possono persino essere definite vaghe¹¹. D'altra parte si tratta di un approccio che consente l'interpretazione evolutiva della disposizione convenzionale¹², ovvero

⁹ Vi è anche il problema di distinguere fra trattamenti e pene, nonché tra quelli di essi che si caratterizzano o non per inumanità oppure per essere degradanti: v. sul punto la giurisprudenza richiamata da PUSTORINO P., "Art. 3", cit., pp. 68-69.

¹⁰ In materia v. da ultimo Corte Edu, sentenza del 1° giugno 2010 *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05, par. 90. Sulle difficoltà della distinzione in oggetto ci si limita a rinviare - consapevoli della vastissima dottrina che se ne è occupata - alle considerazioni di PUSTORINO P., "Art. 3", cit., pp. 67-70; MARCHESI A., "La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio", cit., pp. 16-17; NOVAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Engel, Kehl am Rhein-Strasbourg-Arlington, 1993, p. 130. Così, è da rimettere all'apprezzamento effettuato caso per caso il livello di gravità che la condotta in considerazione deve raggiungere - date le circostanze specifiche - per integrare il trattamento o la pena disumana o degradante invece di restarne al di fuori.

¹¹ Per siffatta ultima valutazione v. PUSTORINO P., "Art. 3", cit., p. 68.

¹² Così CASSESE A., "Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", in MACDONALD R.ST.J., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1993, p. 258 ss.; MELCHIOR M., "Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme", in *Mélanges Wiarda*, p. 411 ss.; JACOT-GUILLARMOUD O., "Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", in PETTITI L.E., DECAUX E., IMBERT P.H. (sous la dir. de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999; PUSTORINO P., *L'interpretazione della CEDU nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998.

la costruzione del diritto vivente.

2. La compresenza di tante fonti riconducibili a contesti giuridici plurimi, ma tutte destinate a essere applicate entro gli Stati a protezione della persona, pone il problema della gestione di un complesso normativo multi-livello, articolato fra diritto nazionale e internazionale. Ciò è in particolare vero nel Continente europeo, dove largo spazio trova la costruzione di un processo di integrazione giuridica, che a sua volta si articola fra il piano (a ventisette Stati¹³) dell'Unione europea e quello (a quarantasette Stati) del Consiglio d'Europa. Una prima questione riguarda dunque la ricognizione della portata del divieto di tortura come emerge dalle suddette norme, considerate nella loro reciproca interazione nonché dalla giurisprudenza che le applica.

In aggiunta, nel diritto positivo odierno - interno e internazionale - si pone la questione sostanziale della possibile contemporanea protezione di diritti che sempre più spesso risultano invece tra loro in contrapposizione: salvaguardare la sicurezza generale da un lato, e i diritti individuali dall'altro, determina non di rado esigenze di delicati bilanciamenti. Rispetto ad essi occorre procedere a una ricognizione dei diritti di valore assoluto, non soggetti appunto a bilanciamento, dunque a relativizzazione. Pare questo proprio il caso del diritto a non ricevere torture nonché pene o trattamenti disumani o degradanti, dove pure si possono proporre diversità di coloriture - compresa la gravità - capaci di ritenere o meno sostanzialmente la condotta vietata.

Dovrà dunque essere valutato il percorso formativo di una norma universale di *ius cogens* sul divieto di tortura e di trattamenti affini: valutazione non evidente di fronte a condotte e prassi che sul piano mondiale non fanno pensare a un'uniforme considerazione della questione. Si pensi - per esemplificare rapidamente già in questa sede introduttiva - alle modalità secondo le quali nell'ordinamento italiano si è ragionato sul divieto di ricorso a pratiche di tortura. Si guardi cioè alle difficoltà di introdurre nel nostro Codice penale il corrispondente reato, oggi limitato all'art. 185*bis* del Codice penale militare di guerra; e si considerino i tempi (per ora lunghi e non ancora biblici¹⁴) che il

¹³ In attesa dell'ingresso della Croazia, a valere dal 1° luglio 2013.

¹⁴ A proposito dei tempi lunghi nelle procedure di adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi convenzionali internazionali v. LIBRANDO V., MOSCONI F., RINOLDI D., *Tempi biblici per la ratifica dei trattati - I diritti dei minori contesi e la*

Parlamento sta impiegando per adeguare il nostro ordinamento alle disposizioni contenute nello Statuto della Corte penale internazionale (entro il cui ambito di competenza ricadono anche condotte di tortura)¹⁵, nonché quelli necessari per la ratifica e l'esecuzione del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura¹⁶. Ambedue i pertinenti percorsi parlamentari potrebbero rappresentare l'occasione concreta per dare finalmente attuazione ad ulteriori strumenti internazionali per i quali è presente la ratifica da parte dell'Italia ma mancano disposizioni di adattamento ordinario. Per esempio meritevole di siffatto intervento risulta l'art. 4 della Convenzione universale contro la tortura, secondo il quale «1. Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture. 2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature»¹⁷. Siamo insomma oggi di fronte all'occasione concreta per introdurre nel Codice penale il reato di tortura e per evitare che la condotta relativa configuri nel nostro ordinamento una fattispecie di reato minore, con sanzioni, termini di prescrizione, ecc., inadeguati al disvalore della condotta posta in essere, il che accade quando la si comprenda magari nella sola fattispecie di lesioni personali o, addirittura, di abuso d'ufficio.

3. D'altro canto l'odierno dibattito sulla tortura si sviluppa non solo teoricamente, prendendo corpo in una diversità di comportamenti sostanziali capaci di sfumarne i confini più che di disporre l'assoluta espunzione. Si pensi alla prassi statunitense seguente ai fatti dell'11 settembre 2001 e alla manifestazione della convinzione dell'ammissibilità in talune situazioni di forme (contenute ...!) di tortura: si sostiene cioè «[to be] opposed to torture as a normative matter, but

storia infinita della partecipazione italiana a quattro Convenzioni internazionali, Cedam, Padova, 1993.

¹⁵ Disegno di legge n. 2769 (XVI Legislatura), approvato dal Senato della Repubblica nella seduta del 19 settembre 2012 (manca il passaggio alla Camera dei Deputati).

¹⁶ Disegno di legge n. 3354 (XVI Legislatura), approvato dal Senato della Repubblica nella seduta ult. cit. (vale anche in tal caso la necessità di ulteriore sviluppo dell'*iter* legislativo).

¹⁷ In modo analogo dispone l'art. 6 della Convenzione interamericana, cit.

(...) it would certainly be employed if we ever experienced an imminent threat of mass casualty biological, chemical or nuclear terrorism»¹⁸. Si tratta, insomma, di un apporto alla teorizzazione di specificazioni delle situazioni di necessità ammissibili per il diritto internazionale come cause esimenti dalla responsabilità derivante dalla violazione di un obbligo appunto internazionale¹⁹. La necessità è così capace di portare alla compressione di diritti individuali, anche di quelli che non potrebbero sopportare bilanciamenti²⁰, quindi relativizzazioni o deroghe²¹.

¹⁸ V. in particolare DERSHOWITZ A.M., "Tortured Reasoning", www.pbs.org/inthebalance/pdf/dershowitz-tortured-reasoning.pdf, p. 1, e, in modo assai più articolato, ID., *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, New Haven, 2002.

¹⁹ Sul tema v. ZAGATO L., "Ancora sul rapporto tra stato di eccezione e divieto di tortura", in ZAGATO L., PINTON S. (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio*, cit., p. 215 ss.

²⁰ V. le conclusioni dell'Avv. gen. Paolo Mengozzi (CGUE) presentate il 1° giugno 2010, in cause riunite C-57/09 e C-101/09, *B. e D.*, par. 89 ss. Viene affrontata la «questione delicata» del «bilanciamento tra la gravità del reato [commesso dalla persona del cui *status* di rifugiato si discute] e le conseguenze dell'esclusione» dallo *status* in questione (par. 90) e così si conclude: «Ai fini dell'applicazione (...) della Direttiva 2004/83/CE [sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato] le autorità competenti o le giurisdizioni degli Stati membri investiti della richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato devono procedere a un bilanciamento tra la gravità del comportamento che giustifica l'esclusione da tale *status* e le conseguenze di una tale esclusione. Tale esame deve essere condotto tenendo conto della circostanza che il richiedente benefici ad altro titolo di una tutela effettiva contro il *refoulement*. Ove tale protezione sia disponibile e concretamente accessibile il richiedente dovrà essere escluso; nel caso in cui invece il riconoscimento dello *status* di rifugiato costituisca l'unica possibilità per evitare il respingimento vero un Paese in cui il richiedente ha serie ragioni di temere che sarà sottoposto per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, a persecuzioni tali da mettere in pericolo la sua vita o la sua integrità fisica o di subire trattamenti disumani o degradanti, l'esclusione non potrà essere dichiarata. *In presenza di crimini di eccezionale gravità, tale bilanciamento non è ammesso*» (sez. IV - Conclusioni, n. 3; corsivo aggiunto).

²¹ I diritti assoluti della persona sono enunciati, come obbligo spettante agli Stati, dalla disciplina pattizia sia a tendenza universale (art. 4 Patto internazionale sui diritti civili e politici, che «non autorizza alcuna deroga agli articoli 6, 7, 8 (paragrafi 1 e 2), 11, 15, 16 e 18» del Patto stesso), sia ad applicazione regionale-continentale, in particolare americana (art. 27 Convenzione americana sui diritti dell'uomo, che «non autorizza alcuna deroga rispetto ai seguenti articoli: 3 (...); 4 (...); 5 (...); 6 (...); 9 (...); 12 (...); 17 (...); 18 (...); 19 (...); 20 (...); 23 (...); o delle garanzie giudiziarie essenziali per la protezione di tali diritti») nonché europea (art. 15 Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo, che pure «non autorizza alcuna deroga all'articolo

Nel Continente europeo le pratiche di tortura ovvero i trattamenti affini sono in questi anni di inizio millennio venuti in considerazione con alterne valutazioni, confluendo infine sul piano giuridico verso soluzioni sostanzialmente unitarie.

Potrebbe ad esempio farsi il caso delle cosiddette *extraordinary renditions*²², su cui in Italia si è sviluppato un dibattito soprattutto in rapporto al noto caso Abu Omar²³ più per l'elusione delle procedure proprie di uno Stato di diritto, ad opera di pubblici ufficiali nazionali in (segreto) accordo con (funzionari di) Stati stranieri, che per l'avvio di una persona verso una sorte di probabile tortura o quanto meno di trattamento disumano o degradante (nel caso in Egitto).

Può anche essere dato conto dell'evoluzione giurisprudenziale che ha infine portato Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'Unione europea a convergere nella valutazione dei rischi comportanti l'allontanamento di un non cittadino dell'Unione²⁴ da uno Stato membro verso altro Stato membro a cui egli aveva avuto primo accesso, fuggendo dal proprio Paese, al fine di ottenere protezione internazionale. Se il Regolamento (CE) n. 343 del 2003 (cosiddetto "Dublino II") consente agli Stati tale comportamento riguardo ai richiedenti asilo, la Corte di Strasburgo in un primo tempo ha concordato su tale possibilità di rinvio (nel caso: dal Regno Unito alla Grecia), rilevando che il ricorso contro un ulteriore allontanamento verso uno Stato terzo (l'Iran) con rischio fondato di violazione dell'art. 3 della Convenzione di salvaguardia avrebbe potuto ben essere

2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 par. 1, e 7» della Convenzione stessa. Il divieto di deroghe ai sensi dell'art. 15 della Convenzione concerne altresì il suo Protocollo n. 6 (v. art. 3); l'art. 4 del Protocollo n. 7 (v. art. 4, n. 3); il Protocollo n. 13 (v. art. 2).

²² V. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), "Extraordinary Rendition: a European Perspective", Speech by DUTHELLET DE LAMOTHE O., Strasbourg, 11 October 2006, Opinion no. 363/2005, CDL(2006)077.

²³ V. FANCHIOTTI V., "Stato di diritto e ragion di Stato: il caso Abu Omar e la Consulta", in Quest. Giust., n. 3/2009; Corte Cass. (it., V sez. pen.), 19 settembre 2012, n. 46340, *Mancini, Pollari e altri*.

²⁴ Per l'art. 9 TUE è «cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro». Oltre ai 27 Paesi membri dell'Unione ci sono altri Stati continentali (membri del Consiglio d'Europa o ad esso ancora estranei) i cui cittadini possono essere almeno definiti europei: il Regolamento 343 (v. subito *infra* nel testo) si applica del resto, oltre l'Unione, al cosiddetto "Spazio Schengen", quindi comprensivo di Norvegia, Islanda e Svizzera.

presentato in quel secondo Paese europeo²⁵, che pure iniziava a manifestare carenze nel sistema di trattamento dei richiedenti asilo anche dal punto di vista delle condizioni in cui venivano mantenuti sul proprio territorio. In seguito la stessa Corte ha puntualizzato²⁶ che ove siano fondati i rischi che una persona subisca - nello Stato dell'Unione dove la si voglia rinviare (nel caso, ancora, la Grecia in provenienza dal Belgio) perché di primo ingresso da uno Stato terzo (l'Afganistan) - condotte direttamente o indirettamente contrarie all'art. 3 della Convenzione, ciò comporterebbe violazione dell'obbligo pattizio da parte del Paese dell'Unione che, pur in osservanza del Regolamento 343/2003, rinviasse la persona allo Stato di primo ingresso dell'Unione europea.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha poco dopo, e di recente, a propria volta precisato - sempre in relazione al Regolamento "Dublino II" - che uno Stato dell'Unione gode di una presunzione relativa (dunque non assoluta) di rispetto dei diritti fondamentali individuali²⁷, segnatamente del divieto di tortura e di trattamento disumano o degradante, potendo siffatta presunzione essere sconfitta dalla prova contraria, quale ad esempio fornita da autorevoli organizzazioni internazionali governative e non²⁸. Il trasferimento di un richiedente asilo di un Paese terzo (ancora l'Afganistan) da uno Stato dell'Unione a un altro di primo ingresso (ancora dal Regno Unito verso la Grecia)²⁹ va quindi sottoposto a debito vaglio ai sensi degli obblighi di cui alla Convenzione di salvaguardia; ma va osservato che è lo stesso Regolamento 343/2003 a contenere quella cosiddetta clausola di sovranità³⁰

²⁵ V. Corte Edu, decisione di ammissibilità del 2 dicembre 2008, *K.R.S. c. Regno Unito*, ric. n. 32733/08.

²⁶ Corte Edu (Gr. Ch.), sentenza 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09. **Si veda il contributo di ANNONI A., in questo volume.**

²⁷ V. del resto il Protocollo (n. 24) al TUE e al TFUE, sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, dove tali Paesi «si considerano reciprocamente Paesi d'origine sicuri» ma «la domanda d'asilo presentata da un cittadino di uno Stato membro può essere presa in esame o dichiarata ammissibile all'esame in un altro Stato membro (...) nei seguenti casi: (...)»; prevedendosi a seguire quattro ipotesi (art. unico, lett. a-d del Protocollo cit.).

²⁸ CGUE, sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S.*

²⁹ Questo il fatto di cui alla causa C-411/10 (v. nota precedente), mentre la causa C-493/10 (v. stessa nota) faceva riferimento a cinque ricorrenti originari di Afganistan, Iran e Algeria, transitati anzitutto per il territorio greco ma poi pervenuti in Irlanda.

³⁰ L'art. 3, par. 2, secondo cui «ciascuno Stato membro può esaminare una domanda di asilo presentata da un cittadino di un Paese terzo, anche se tale esame non gli

che almeno consente l'opzione di non rinvio della persona. Il che è accaduto fra l'altro in Italia, sempre con riferimento alla Grecia³¹; ma si è anche verificato in Germania ... proprio con riferimento all'Italia³².

I confini in materia di condotte di tortura e di trattamenti di inferiore ma ugualmente inaccettabile gravità possono dunque apparire mobili così nel tempo come nello spazio.

Questo studio ha principalmente a oggetto l'apporto che la giurisprudenza delle corti nazionali e internazionali ha dato tanto all'affermazione di una norma di portata generale - talora apprezzata come inderogabile - a presidio del divieto di tortura e di trattamenti affini, quanto alla sua articolazione.

A quest'ultimo proposito, l'occasione dell'incontro di studio che ci ha riuniti a Treviso in due differenti sessioni suggerisce un approccio al tema da uno specifico angolo visuale. Dalla prassi interna e internazionale emerge, infatti, una particolare criticità proprio della condizione del migrante, destinatario non occasionalmente di trattamenti che quando non sono di tortura hanno natura inumana o comportano effetti degradanti.

Certo un'ampia accezione di migrante può comprendere - talvolta con parziali sovrapposizione di una condizione all'altra - sia chi è immigrato economico (legale o illegale), sia chi cerca protezione internazionale (asilo *ex art.* 10 della Costituzione italiana; rifugio ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951; protezione sussidiaria; protezione umanitaria o temporanea), sia chi intende sfuggire a pene (magari lecitamente) irrogate nel proprio Paese d'origine per reati anche assai gravi. È con la tortura e i trattamenti affini che le sopradette condizioni si trovano ad avere in vario modo a che fare, secondo

competete in base ai criteri stabiliti nel (...) regolamento. In tale ipotesi, detto Stato membro diventa lo Stato membro competente ai sensi del (...) regolamento e assume gli obblighi connessi a tale competenza». V. MARCHEGIANI M., "Regolamento Dublino II e clausola di sovranità: il caso greco dinanzi all'Alto Commissariato per i rifugiati", in DUDI, 2010, n. 2.

³¹ V. per uno solo, tra i tanti simili casi: Tar Lazio, 15 febbraio 2012, n. 1551. Riguardo al Consiglio di Stato (sez. VI) v. già le ordinanze: 3 febbraio 2009, reg. ord. 666/09, reg. gen. 223/2009; stessa data, reg. ord. 667/09, reg. gen. 224/2009; stessa data, reg. ord. 668/09, reg. gen. 225/2009.

³² V. per uno solo, tra i tanti simili casi: VG Freiburg Beschluss, 2 febbraio 2012, A 4 K 2203/11 (v. anche *infra*, note 33 e 34).

quanto rilevabile dalla documentazione internazionale³³.

Proprio l'Italia si è vista indirizzare decine di raccomandazioni da parte di organizzazioni non governative come Amnesty International vertenti in materia di violazioni di diritti dei migranti, in specie rifugiati e richiedenti asilo, comportanti anche trattamenti disumani o degradanti e persino pratiche di tortura³⁴. Il riscontro di questi atti sul piano nazionale si ha subito guardando ad esempio alla giurisprudenza della Corte di Cassazione ove si inibisce l'allontanamento di migranti dal territorio italiano verso la Tunisia «fino a quando non sopravvengono (...) fatti innovativi idonei a mutare la situazione di allarme (...), tali da offrire affidabile e concreta dimostrazione di garanzia di pieno rispetto» fra l'altro del divieto di tortura³⁵. Nell'occasione si versava in una situazione di migranti irregolari, presenti in territorio italiano, destinatari di un provvedimento di espulsione a motivo di condanna inflitta per fatti di terrorismo.

Ulteriormente, la violazione da parte di organi dello Stato italiano dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata di recente constatata, nell'ambito della cooperazione istituzionale regionale continentale, dalla Corte omonima di Strasburgo, comportando un'evoluzione significativa e pertinente del diritto vivente. È stato

³³ V. ad es., con particolare interesse per la situazione italiana, il corposo *Rapporto annuale 2010* redatto da Amnesty International sulla *Situazione dei diritti umani nel mondo* (www.amnesty.it/Rapporto-Annuale-2010). Anche l'ultimo rapporto, redatto nel 2012 con riferimento al 2011, stigmatizza trattamenti riservati dall'Italia al migrante in alcune sue declinazioni, benché le espressioni «tortura» e «trattamento inumano o degradante» non siano state esplicitamente utilizzate com'è invece il caso del testo precedente: è stata manifestata piuttosto l'«estrema preoccupazione che l'applicazione di accordi per il controllo dell'immigrazione (...) avesse come conseguenza la negazione dell'accesso alla protezione internazionale per i richiedenti asilo e il rischio di espulsione sommaria. Le condizioni nei centri di accoglienza e di detenzione non sono state conformi agli standard internazionali (...)» (www.rapportoannuale.amnesty.it, p. 481).

³⁴ V. nota 33. Per una menzione di organizzazioni intergovernative che si sono pronunciate su inadempimenti italiani nei confronti di obblighi pattizi a divieto della tortura v. di seguito nel testo ma fin d'ora ricordando le Conclusioni finali (alla 38^a Sessione, aprile-maggio 2007) del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, in www2.ohchr.org/english/bodies/cat/index.htm; v. altresì - allo stesso indirizzo Internet - le Conclusioni (all'85^a Sessione, ottobre-novembre 2005) della Commissione delle Nazioni Unite sui diritti umani.

³⁵ Corte Cass. (it., VI sez. pen.) del 28 maggio 2010, n. 20514, *Kneni Kamal*, specificatamente par. 11.

stabilito³⁶ che il *refoulement* in acque internazionali da parte di organi dello Stato, nei confronti di migranti somali ed eritrei provenienti dalla Libia, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1 della Convenzione e costituisce violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 («Divieto di espulsioni collettive di stranieri») con conseguente doppia violazione dell'art. 3 per il rischio fondato di trattamento illecito cui sono state esposte le persone ricondotte in Libia nonché per analogo rischio qui da esse sopportato di essere rimpatriate in Somalia o in Eritrea³⁷.

La violazione dell'obbligo di cui all'art. 3 della Convenzione di salvaguardia è del resto riscontrabile in Italia per fatti contemporanei e in contesti di qualche affinità rispetto a quello appena evidenziato. Si pensi alle sentenze dichiarative di violazione rese dalla Corte europea di Strasburgo nei confronti del nostro Paese in materia di condizioni di

³⁶ Corte Edu (Gr. Ch.), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. 27765/09.

³⁷ A tutto ciò va aggiunta la violazione dell'art. 13 della Convenzione di salvaguardia («Diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale»). A immediato seguito della sentenza in oggetto, riferita a fatti del 2009, dal Ministero degli esteri italiano arriva (nel 2012: I Governo Monti!) il seguente commento, che par doversi intendere come critica non troppo implicita alla sentenza: «Il trattamento riservato a migranti e profughi *messi in salvo* è stato *sempre* conforme agli obblighi internazionali ed informato ai fondamentali principi di salvaguardia dei diritti umani» (corsivo aggiunto). Dal Ministro degli interni in carica (nel precedente Governo, Berlusconi-IV) all'epoca dei fatti, Roberto Maroni, arriva una critica più esplicita, anche se meno tecnica, riferita all'«incomprensibile picconata del buonismo peloso»: «È una *sentenza politica di una Corte politicizzata*»; precisando poi che «*Rifarei esattamente quello che ho fatto*: impedire ai barconi di clandestini di partire dalla Libia, salvare molte vite umane e garantire maggiore sicurezza ai cittadini» (corsivo aggiunto). Riprendendo la frase dall'Apocalisse di San Giovanni (8,1), siamo certi che a queste parole «si fece silenzio nel cielo per circa mezz'ora»; altro non potrebbe accadere pensando a una decisione assunta *all'unanimità* da un collegio di 17 (sta forse in questo numero l'indizio del complotto?) giudici provenienti da 17 Paesi europei! Noi condividiamo la dichiarazione del Rappresentante dell'UNHCR per il Sud Europa, Laurens Jolles, secondo cui la sentenza della Corte di Strasburgo è «un'importante indicazione per gli Stati europei circa la regolamentazione delle misure di controllo e di intercettazione alla frontiera (...). Ci auguriamo che rappresenti un punto di svolta per ciò che riguarda la responsabilità degli Stati e la gestione dei flussi migratori (...). Le misure di controllo alle frontiere non esonerano gli Stati dai loro obblighi internazionali». V. per le sopra ricordate citazioni (Apocalisse a parte): POLCHI V., «Strasburgo, l'Italia condannata per i respingimenti verso la Libia», in *La Repubblica on-line*, 23 febbraio 2012.

detenzione in carcere³⁸. Si guardi anche alle dichiarazioni di violazione pronunciate dallo stesso organo giudiziario in breve volgere di tempo, sempre nei confronti dell'Italia, per violazioni dell'art. 3 della Convenzione europea nel caso di cittadini non europei, condannati nel nostro Paese per reati associativi legati all'appartenenza a gruppi islamisti o per fatti di terrorismo, tutti espulsi verso la Tunisia dove proprio il rischio di trattamenti in spregio dell'art. 3 era stato fondatamente e puntualmente evidenziato³⁹. Tutto ciò con l'aggravante del voluto mancato rispetto delle misure cautelari disposte dalla Corte, *ex art. 39 del proprio Statuto*⁴⁰, appunto ad evitare che gli obblighi di cui alla Convenzione fossero pregiudicati.

Le condotte di tortura o i trattamenti affini si producono insomma in contesti dov'è immediata la connessione con un riflesso emergenziale: in particolare assistiamo in questo inizio di secolo alla facile semplificazione e riduzione di fenomeni complessi in termini di mero terrorismo e di migrazione sostanzialmente illegale, componendo infine ad unità gli uni e gli altri, e così saldandoli. Il radicamento di pratiche di tortura o di trattamenti disumani o degradanti diventa giustificabile e si stempera nell'indifferenziata e allarmata percezione sociale dei fenomeni sopraddetti. Siamo in una prospettiva che appare la più indicata per sottoporre a verifica i principi dello Stato di diritto e, fra questi, quello del rispetto e della promozione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴¹.

³⁸ V. Corte Edu (II sez.), sentenza del 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia*, ric. n. 2447/05, nonché Corte Edu (II sez.), *Sulejmanovic c. Italia*, sentenza del 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03, Sull'emergenza-carcere v. PERRONE D., "Il costo del carcere", in AIC, Rivista n. 3/20120, in specie par. 1; RUOTOLO M., *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

³⁹ Ci si riferisce ai casi *Mannai*, *Toumi*, *Trabelsi* e *Ben Khemais* (v. *infra*, par. 6.3).

⁴⁰ V. ancora *infra*, par. 6.3.

⁴¹ Per questa prospettiva v. da ultimo BLAD J., HILDEBRANDT M., ROZEMOND K., SCHWILENBURG M., VAN CALSTER P. (eds.), *Governing Security under the Rule of Law?*, Boom Juridische Uitgevers, The Hague, 2010.

Sezione II: norme internazionali specificamente in materia di tutela del diritto dello straniero migrante a non subire tortura e trattamenti affini

4. A proposito delle norme internazionali convenzionali adottate a livello universale e regionale a contrasto di pratiche di tortura delle quali si è detto, è noto che ci si situa sul terreno dei diritti fondamentali della persona non comprimibili, di quei diritti cioè che attengono non alla vita di relazione, ma alla intima essenza dell'individuo, alla sua dignità fisica e morale, e che per questo motivo hanno portata assoluta. Tutti gli strumenti internazionali rilevanti per le situazioni qui considerate dichiarano dotato di assolutezza - all'interno di un comune nocciolo duro⁴² - il diritto a non vedersi applicare pratiche di tortura o trattamenti e pene inumani o degradanti. Si tratta anzitutto, dunque, di un obbligo negativo che si concreta con la mera astensione delle autorità nazionali dal tenere comportamenti non conformi alla legalità convenzionale.

Una seconda caratteristica di tutti questi accordi consiste nella singolare pervasività dell'obbligo posto a carico delle Parti contraenti. Ad esse è infatti pure impedito di tenere un comportamento - sebbene legittimo o comunque estraneo agli obblighi stabiliti dalla norma internazionale, ma - idoneo a violare i diritti della persona, per esempio perché dall'esercizio del diritto di allontanare lo straniero deriva un *vulnus* alla sua integrità psico-fisica: ciò che in talune situazioni finisce con l'incidere sullo stesso diritto dello Stato a stabilire in piena autonomia in materia di ingresso e soggiorno dello straniero, limitandone la discrezionalità nell'adozione di misure di allontanamento o nel rifiuto di accoglierlo entro i confini nazionali⁴³. Si tratta anzitutto di un obbligo negativo, che si esaurisce nell'astenersi appunto dall'allontanare la persona.

Tuttavia esso è intrinsecamente collegato a un obbligo di carattere positivo⁴⁴, poiché in via preliminare alle autorità nazionali compete la

⁴² L'inventario dei diritti che non possono essere internazionalmente derogati è stabilito dal singolo accordo internazionale: per tale inventario v. *supra*, nota 21.

⁴³ In questo senso HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment n. 15, The Position of Aliens under the Covenant*, 11 aprile 1986, par. 5.

⁴⁴ Così PUSTORINO P., "Art. 3", cit., p. 73, che propone un'interpretazione originale della norma - alla quale si crede di poter aderire - usualmente considerata come comportante un'obbligazione esclusivamente di carattere negativo (GIANELLI A., "Il

verifica dell'attualità del rischio derivante dall'esecuzione del provvedimento di allontanamento. Le norme convenzionali tendono, infatti, a proteggere la persona anche soltanto dal pericolo di una violazione dei suoi diritti; pericolo che si prefigura quando non si possa escludere che la violazione si riproduca - per così dire *indirettamente* ad opera dello Stato che allontana lo straniero, ma direttamente - a seguito di condotte commissive od omissive messe in atto nel territorio dello Stato al quale lo straniero è consegnato.

Il dettato convenzionale richiede da parte dello Stato il rispetto di alcuni altri, non poco gravosi, obblighi positivi: di criminalizzare (come già ricordato) le condotte di tortura nell'ordinamento nazionale, con ciò assecondando quella funzione general-preventiva tipica del diritto penale; di garantire un trattamento delle persone soggette alla sua giurisdizione conforme ai principi accolti nelle norme convenzionali⁴⁵, connesso a quello di verificare in modo indipendente e imparziale le circostanze legate alla pretesa violazione del diritto a non subire tortura, una pena o un trattamento inumani o degradanti⁴⁶.

La protezione predisposta dagli atti internazionali sui diritti dell'uomo è assai forte anche sul piano della propria effettività: gli strumenti di cui qui si tratta danno vita, tutti seppure secondo modalità ed esiti diversi, a istanze internazionali, alle quali gli individui hanno diritto d'accesso quando la violazione derivi dal comportamento di una Parte contraente di questi. Torna qui d'attualità ricordare l'intensa attività - dotata di diversa incidenza giuridica - svolta, per l'ambito universale, dal Comitato dei diritti dell'uomo⁴⁷, dal Comitato contro la tortura⁴⁸ e, per l'ambito regionale europeo, dalla Corte europea dei di-

carattere assoluto dell'obbligo di *non-refoulement*: la sentenza *Saadi* della Corte europea dei diritti dell'uomo", in RDI, 2008, p. 452) o di carattere positivo (TANCREDI A., "Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di *non-refoulement*", in DUDI, 2010, p. 47). Nello stesso senso depone HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment n. 15*, cit., par. 5.

⁴⁵ L'obbligo rileva, principalmente, nell'occasione dell'applicazione di limitazioni della libertà personale, tramite l'applicazione di misure cautelari, di pene detentive, di provvedimenti di internamento in centri di identificazione, ma anche dell'applicazione di misure di polizia (v. anche *infra*, in nota 62, come pure la già richiamata sentenza della Corte Edu nel caso *Gäfgen c. Germania*).

⁴⁶ Sent. ult. cit.

⁴⁷ Sull'attività del Comitato v. BOYLE K. (ed.), *New Institutions for Human Rights Protection*, Oxford Un. Press, Oxford, 2009; YOUNG K.A., *The Law and Process of the UN Human Rights Committee*, New York, 2002.

⁴⁸ V. *supra*, nota 6.

ritti dell'uomo⁴⁹, dal Comitato europeo contro la tortura⁵⁰ e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea⁵¹. Si aggiunga che tutti tali Accordi prevedono che il diritto di ricorso del singolo per la valutazione di diritti e libertà fondamentali sia effettivo: tanto di fronte all'istanze nazionali⁵², quanto di fronte all'istanza internazionale⁵³, discendendone che gli ostacoli frapposti dalle autorità statali all'esercizio di questo diritto sono considerati una violazione autonoma degli obblighi convenzionali, anche quando consistano nel mancato rispetto di eventuali misure provvisorie adottate dall'organo internazionale di garanzia, misure che di per sé, formalmente, avrebbero portata soltanto raccomandatoria.

⁴⁹ A significare l'importanza dell'attività sostenuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo basta la consultazione anche di uno solo dei commentari della Convenzione di salvaguardia; fra essi si segnalano BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea*, cit.; PETTITI L.E., DECAUX E., IMBERT P.H. (sous la dir. de), *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit.; v. anche BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001.

⁵⁰ *Supra*, nota 8.

⁵¹ Si consideri che la Corte di giustizia dell'Unione (alla quale fanno capo procedimenti di controllo sui comportamenti degli Stati membri e delle sue istituzioni) amministra anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: in tale Carta rilevano il già richiamato art. 4, nonché l'art. 19 secondo il quale «1. Le espulsioni collettive sono vietate. 2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». A proposito della tutela multilivello dei diritti dell'uomo nell'ambito dell'Unione europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona v., anche per il richiamo a tanta dottrina intervenuta sul tema, PARISI N., "Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona", in *Dir. UE*, 2009, p. 660 ss.

⁵² V. art. 13 CEDU; art. 2 Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁵³ V. l'art. 34 CEDU, che obbliga gli Stati parti a consentire il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo; nonché il Protocollo opzionale allegato al patto internazionale sui diritti civili e politici che, se accettato, obbliga gli Stati a consentire il ricorso individuale al Comitato dei diritti dell'uomo; il Trattato sul funzionamento dell'Unione attribuisce al singolo il diritto di ricorso alla Corte di giustizia dell'Unione europea per far valutare la legittimità di un atto dell'Unione europea anche dalla prospettiva del suo rispetto dei diritti fondamentali (la cui violazione costituisce violazione del Trattato: art. 263, par. 4, TFUE; v. anche *supra*, nota 51).

5. Di ciascuno di questi aspetti sinteticamente espressi si darà conto valutandoli alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale. In questa sede occorre, ancora preliminarmente, osservare che le norme convenzionali stipulate a tutela dei diritti dell'uomo rappresentano quella prassi - sedimentatasi insieme alla convinzione della doverosità della loro osservanza - che ha dato vita, per talune limitate situazioni, a norme di portata consuetudinaria.

Ciò è avvenuto per le norme che vietano le pratiche di tortura e i trattamenti o le pene inumane o degradanti⁵⁴. Gli indici di siffatto processo sono rinvenibili nell'*opinio iuris* e nella *diuturnitas* manifestate dalla richiamata messe di norme convenzionali che dichiara il divieto in questione⁵⁵, dalla più autorevole giurisprudenza interna e internazionale che afferma l'esistenza di siffatto divieto indipendentemente dalla vigenza della norma convenzionale⁵⁶, nonché dall'adesione diffusa di autorevole dottrina⁵⁷, che è fonte sussidiaria (al pari

⁵⁴ L'accertamento è avvenuto, per esempio, tramite le risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite 61/153 del 19 dicembre 2006, A/Res.61/153, nonché 39/46, cit.

⁵⁵ La reiterata stipulazione di norme convenzionali (*diuturnitas*) non è da sola prova dell'avvenuta formazione di una norma consuetudinaria; non a caso vi è giurisprudenza che riafferma l'esigenza che ciò si accompagni al convincimento della doverosità del comportamento ivi previsto, in modo indipendente dalla vigenza della norma convenzionale: v. sul punto le considerazioni di LUZZATTO R., "Il diritto internazionale generale e le sue fonti", in CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003², p. 50; si concorda dunque sull'importanza dell'*opinio iuris* degli Stati e sul fatto che essa si manifesta nella maniera «più limpida» proprio con la vigenza di norme convenzionali di analoga portata, soprattutto quando si tratti di vincoli convenzionali a portata tendenzialmente universale (così LATTANZI F., *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 15 s.), nonché tramite la prassi diplomatica parallela a tali obblighi convenzionali, «espressione più immediata della posizione degli Stati» (così LUZZATTO R., "Il diritto internazionale", cit., p. 48).

⁵⁶ Della pertinente giurisprudenza ci si intende occupare nella Sezione III di questo studio. Si considera tuttavia necessario almeno iniziare ad evocare le più autorevoli decisioni adottate nei diversi ambiti giuridici qui rilevanti che affermano l'avvenuta formazione di una norma internazionale di portata generale: Corte Cass. (it., VI sez. pen.), 8 luglio 2010, n. 32685, *Seven Nedim*; Corte Edu, sentenza del 22 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*; Supreme Court of Israel, 6 settembre 1999, *Israel vs. Israel*; Trial Chamber del Tribunale penale per la ex-Iugoslavia, 10 dicembre 1998, *Furundzia*, in ILM, 1999, p. 317 ss., specific. punti 134-157; U.S. Cir. Court of Appeals, 2nd Cir., *Filartiga v. Pena-Irala*, in ILM, 1980, p. 966 ss.

⁵⁷ È difficile trovare in dottrina una voce dissonante rispetto all'avvenuta formazione di una norma di diritto internazionale generale indirizzata a vietare tortura e

della giurisprudenza) del diritto internazionale ai sensi dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia.

Tra l'altro hanno pure assunto natura consuetudinaria taluni obblighi funzionali al rispetto di tale divieto. Così è per la norma che tenta di prevenirne la commissione, tramite il divieto di *refoulement* della persona che rischi pratiche di tortura o trattamenti ad essa apparentati. Questo è divieto che rappresenta uno dei punti di forza espressi dalla Convenzione delle NU del 1984⁵⁸, nonché da altre Carte internazionali che tutelano lo straniero (anche presente irregolarmente sul territorio di uno Stato) che rischi (tra l'altro) tortura o pratiche affini⁵⁹; la sua evoluzione da norma convenzionale a norma generale ha seguito lo stesso percorso appena descritto, essendosi radicata, oltre alla *diuturnitas*, anche l'*opinio iuris* che l'allontanamento della persona dallo Stato che cerca rifugio si connota a certe condizioni come illegittimo, in quanto in grado di concorrere all'applicazione di pratiche internazionalmente illegittime⁶⁰.

trattamenti o pene inumani o degradanti, così come è difficile dare conto della vastissima produzione dottrinale in argomento. Ci si limita qui a richiamare, in aggiunta a quanti si segnalano nelle note di questo studio: MARCHESI A., "La proibizione della tortura", cit., pp. 8-10; ID., "Implementing the UN Convention Definition of Torture in Criminal Law", in IJCI, 2008, p. 195 ss.; TRIONE F., *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006; REJALI D., "Torture and Democracy", Princeton Un. Press, Princeton, 2007; ESPOSITO A., "Art. 3. Proibizione della tortura", in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 49 ss.; MARCHESI A., "Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale", in RDI, 1993, p. 979 ss.; DANAHER M., "Torture as a Tort in Violation of International Law: *Filartiga v. Pena-Irala*", in Stanf. Law Rev., 1981, p. 353 ss.

⁵⁸ Art. 3 Conv. cit. sul quale v. anche HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment n. 20, Replaces General Comment Concerning Prohibition of Torture and Cruel Treatment or Punishment*, 10 marzo 1992, punto 9.

⁵⁹ *Supra*, nota 51. Concorre ad affermare il divieto di *refoulement* dello straniero, quando sia considerato rifugiato politico, anche la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati, il cui art. 33.1 vieta l'espulsione e il respingimento dello straniero verso i confini di territori in cui la sua vita e 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. Sui diversi contenuti del divieto di *refoulement* ai sensi delle norme internazionali convenzionali v. DUFFY A., "Explosion to Face Torture? *Non refoulement* in International Law", in IJRL, 2008, p. 373 ss.

⁶⁰ Per tale accertamento v. UNCHR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating the Status of Refugee and its Protocol*, 26 gennaio 2007, punto I.A.2, parr. 14-16.

Certamente i confini dei contenuti di queste norme sono di difficile rilevazione⁶¹, essendo, tra l'altro, suscettibili di variare nel tempo e nello spazio i contenuti delle espressioni tecnico-giuridiche ivi impiegate: si pensi nuovamente, e anche solo esemplificativamente, alla varietà di contenuti che può essere ricondotta entro la nozione di trattamento inumano e degradante⁶². Tuttavia, nel loro contenuto minimo esse obbligano le autorità pubbliche (statali e internazionali) al loro rispetto.

Il percorso avviato con la stipulazione di vincoli convenzionali manifesta una tendenziale circolarità virtuosa a motivo del fatto di essere indirizzato e governato da corti internazionali europee il cui mandato è la salvaguardia dei diritti della persona, oltre che dalle supreme corti nazionali tenute ad applicare, insieme al diritto interno, anche i principi e le norme internazionali vigenti per lo Stato in quella stessa materia. Dall'iniziativa assunta a livello internazionale discende, infatti, anzitutto l'inserimento negli ordinamenti delle Parti contraenti di norme conformi; a queste ultime il più delle volte si chiede una precisazione del dettato convenzionale che è spesso sintetico, talvolta vago: questa attività normativa - che ancora una volta si situa sul terreno della tutela dei diritti della persona, dunque in un ambito tendenzialmente espansivo - finisce con l'influenzare l'attitudine degli Stati a livello internazionale, sul piano delle relazioni diplomatiche, e a interessare le soluzioni giurisprudenziali (delle corti domestiche e internazionali) che in materia di diritti della persona hanno, a propria volta, una valenza espansiva. A partire da questa prassi si pongono le premesse per il consolidamento di *diuturnitas* e *opinio iuris*, elementi a fondamento del processo di formazione di una nuova norma consuetudinaria, destinata peraltro a rifluire a propria volta entro gli ordinamenti nazionali.

Il passo successivo di questo processo è stato, a parere nostro, già

⁶¹ V. al proposito le considerazioni di SALERNO F., "L'obbligo internazionale di *non-refoulement* dei richiedenti asilo", in DUDI, 2010, pp. 18-20.

⁶² Si consideri, per esempio, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato tale il trattamento cui è stato sottoposta una persona, ristretta in un istituto di pena, che condivide con altri detenuti una cella le cui dimensioni non consentono (alla luce di uno *standard* quantitativo precisamente individuato dalla Corte) una vita dignitosa: 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*. Sembra evidente che in situazioni diverse (per esempio di conflitto bellico, di guerra civile, ecc., comunque non in una situazione di restrizione in un istituto di pena gestito dallo Stato) e in un contesto geografico differente questo stesso trattamento potrebbe non essere valutato alla stessa stregua.

compiuto nella direzione dell'affermazione dell'inderogabilità del divieto di pratiche di tortura anche sul piano del diritto internazionale generale⁶³: nderogabilità saldamente stabilita dal disposto convenzionale, dal momento che la norma contenente il divieto di tortura (per esempio l'art. 3 CEDU) si salda con la norma che ne vieta deroghe anche in caso di calamità gravi o di guerra (sempre per esempio l'art. 15 CEDU)⁶⁴. Peraltro questa evoluzione si è incanalata in (ed è stata facilitata da) un contesto di progressiva erosione del limite della *domestic jurisdiction*, in relazione a violazioni gravi, efferate e diffuse (cd. *gross violations*)⁶⁵ di taluni diritti della persona⁶⁶.

Quanto alle conseguenze sul piano giuridico della avvenuta formazione di una norma di *ius cogens* dal contenuto descritto, vi è anzitutto da registrare l'impossibilità di attuare un bilanciamento fra il diritto da essa tutelato e altri diritti e libertà, pur meritevoli di tutela, ma - in quanto appartenenti all'ambito dei diritti relativi - non in grado di legittimare il compimento di pratiche di tortura o ad esse assimilabili.

Un secondo ordine di conseguenze si situa al livello della eventuale violazione dell'obbligo contenuto in siffatta norma. Dal compimento dell'illecito discende infatti una sanzione sul piano del rap-

⁶³ Al proposito v. ORAKHELASHVILI A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford Un. Press, Oxford, 2006, p. 54 ss.; DE WET E., "The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and its Implication for National and Customary Law", in EJIL, 2004, p. 97; MARCHESI A., "Il divieto di tortura", cit., p. 979. Per la giurisprudenza ci si limita a segnalare esclusivamente Corte Cass. (it., I sez. civ.), 12 gennaio 2011, n. 8707/09, *Repubblica federale di Germania c. Autogestione prefettizia di Voiotia*.

⁶⁴ Il riferimento alle norme convenzionali nderogabili è *supra*, nota 21.

⁶⁵ Sulle *gross violations* v., fra i molti, PICONE P., "La distinzione tra norme internazionali di *jus cogens* e norme che producono obblighi *erga omnes*", in RDI, 2008, p. 5 ss.; CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010⁸, pp. 164-170; GAJA G., "Obligations *erga omnes*, international crimes and *jus cogens*: a tentative analysis of three related concepts", in WEILER J.H.H., CASSESE A., SPINEDI M. (eds.), *International crimes of State*, Walter De Gruyter, Berlin-New York, 1989, p. 151 ss.; LATTANZI F., *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, cit., *passim*.

⁶⁶ Sul punto v. CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., p. 167; CONFORTI B., FOCARELLI C., *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 2010⁸, p. 171. La difficoltà, come si comprende, sta nel chiarire se nel termine *gross* sia ricompreso un dato solo qualitativo o anche quantitativo, o se per talune violazioni (per esempio a proposito delle pratiche di tortura) il dato qualitativo escluda la necessità di valutarne la diffusione, dunque la quantità.

porto tra fonti: la disposizione internazionale inderogabile, secondo la Convenzione di Vienna, determina la nullità del trattato che vi contravvenga quando stipulato in momento successivo alla formazione di essa; mentre ne determina soltanto l'inefficacia nel caso di norma di *ius cogens superveniens*⁶⁷. È discusso e discutibile che tale assetto abbia determinato il nascere di una norma di diritto internazionale generale: nel trattare di ciò e della responsabilità che discende dalla violazione delle norme di *ius cogens* si sta valutando, a livello di codificazione del diritto internazionale, se si possa introdurre un regime aggravato di responsabilità dello Stato⁶⁸. È invece ormai assai pacifica la questione di una responsabilità penale in capo alla persona individualmente considerata, anche se agisce come organo dello Stato⁶⁹.

È così immediatamente evidente la direzione che sul piano normativo la comunità internazionale ha imboccato, a partire dalle norme convenzionali che riguardano la persona ai fini della tutela di alcuni suoi diritti dotati di absolutezza. Il regime di protezione dell'individuo, a qualunque titolo esso necessiti di questa, condivide la *ratio* di porre a carico degli Stati l'obbligo di rispettare in qualunque situazione e a favore di qualunque persona alcune sue prerogative indisponibili - fra le quali vi è il diritto a non vedersi applicare tortura e pratiche affini -, evitando anche di contribuire a che esse vengano violate da autorità pubbliche di altri ordinamenti giuridici (interni e internazionali).

A conclusione (parziale) di questa rapida disamina è possibile anche registrare una singolare convergenza⁷⁰ di tutte le fonti internazionali convenzionali e generali - riguardino esse la condotta degli Stati come degli individui, ovvero attengano all'ambito del diritto internazionale dei diritti dell'uomo o all'ambito del diritto umanitario - circa l'apprezzamento della tortura e del trattamento o della pena inumana o degradante come fatto penalmente rilevante, oggetto di una norma

⁶⁷ Rispettivamente art. 53 e 64 Conv. sul diritto dei trattati.

⁶⁸ Come previsto anche dagli artt. 40 e 41 del progetto di codificazione su *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, adottato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2001 (nel corso della sua 53^a sessione *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II - Part Two).

⁶⁹ Responsabilità codificata ora nello Statuto (di Roma) della Corte penale internazionale.

⁷⁰ Parla di siffatta convergenza fra i tanti GREPPI E., "Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di convergenza", in CI, 1996, p. 473 ss., specific. p. 498.

convenzionalmente inderogabile, tradottasi in diritto internazionale generale, già appartenente allo *ius cogens* internazionale.

Qui, tuttavia, non interessa il compiacimento per i tanti strumenti internazionali che affermano il diritto della persona a non essere torturato o sottoposto a pene o pratiche inumane o degradanti⁷¹, bensì la fruizione di tale diritto da parte di chi si trovi in una posizione di debolezza, quale è sovente quella dello straniero migrante. Ciò che dunque occorre considerare è l'effettività della tutela espressa dalle menzionate norme internazionali, in presenza di una realtà che costantemente contraddice il loro contenuto: si consideri infatti che «la pratica della tortura è diffusissima, anche se gli Stati non lo ammettono. Secondo Amnesty International, su 192 Stati, per ben 132 è provato che la esercitano più o meno sistematicamente»⁷².

Sezione III: soluzioni giurisprudenziali

6. Alla luce del quadro normativo che è venuto così componendosi emergono tanti spunti di riflessione in tema di compatibilità delle prassi statali con il divieto di tortura e di pratiche inumane o degradanti. Emerge un quadro assai articolato che lega il divieto di praticare tortura e trattamenti affini a situazioni assai varie, facendone uso in molteplici direzioni: per limitare i danni conseguenti alla “guerra al terrore” condotta a fini di sicurezza pubblica⁷³, ovvero alle pretese (leggittime in principio, ma spesso esorbitanti nei mezzi impiegati) dirette ad assicurare la sopravvivenza dello Stato⁷⁴; per definire le condizioni

⁷¹ Sull'attitudine delle pubbliche autorità all'autocompiacimento pur a fronte di situazioni di persistente violazione dei diritti e delle libertà fondamentali v. il lucido saggio di HAMMERBERG TH., *Human Rights in Europe: no Grounds for Complacency*, Council of Europe, Strasbourg, 2011.

⁷² Così CASSESE A., *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra. Conversazione con Giorgio Acquaviva*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 143-144.

⁷³ Al proposito rileva per esempio la giurisprudenza che ha collegato al divieto di tortura la proibizione di ricorrere alle *extraordinary renditions* (alle sparizioni forzate): Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 agosto 2011, *Torres Millacura y otros v. Argentina*, www.achr.org. Sul «rapporto di perversa complementarità» che intercorre tra tali pratiche la tortura v. G. VENTURINI G., “Tortura e sparizioni forzate”, in ZAGATO L., PINTON S. (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio*, cit., p. 35 ss.; v. anche *supra*, note 22 e 23.

⁷⁴ Supreme Court of Israel, 6 settembre 1999, *Israel vs. Israel*, cit.

di accettabilità di una limitazione della libertà personale⁷⁵; per affermare il carattere funzionale dell'immunità degli Stati di fronte alla commissione di crimini internazionali, fra i quali vi è la tortura⁷⁶.

In questa sede, come anticipato, ci si limiterà a valorizzare la giurisprudenza che ha inteso difendere lo straniero migrante da pratiche di tortura, nonché da pene o trattamenti inumani o degradanti. Si intende cioè valutare il contributo che gli organi giudiziari offrono al rispetto di diritti intangibili, dunque alla tenuta del regime democratico, pur in situazioni di eccezionalità, con ciò impegnandosi ad assicurare il primato del diritto anche a fronte di misure assunte dalle autorità legislative e amministrative nazionali tendenzialmente o sostanzialmente divergenti⁷⁷.

Affrontando su di un piano generale il problema, ma riferendosi al solo ordinamento italiano, si può incominciare ad osservare il ricorso a un più consapevole intervento della giurisdizione ordinaria nel dialogo fra giudici (nazionale e europei) di caratura costituzionale, apparendo superata la dissociazione fra giurisdizione comune e giustizia costituzionale, che ha contrassegnato per tanti anni la storia giuridica repubblicana⁷⁸ e che non aveva consentito ai giudici di merito di farsi essi stessi interpreti dell'attuazione di valori costituzionali (fra i quali quelli di tutela dei diritti della persona), nonché di apertura a principi d'origine internazionale. Ciò si deve probabilmente anche all'introduzione di una disposizione (nel mutato art. 117 della Costituzione) che esplicitamente vincola all'osservanza degli obblighi internazionali e, conseguentemente, all'interpretazione così lata e poliedrica che di essa (anche nei suoi rapporti con l'art. 11 della stessa Carta costituzionale) ne sta dando il giudice delle leggi. Cosicché il

⁷⁵ U.K. Royal Court of Justice, 22 novembre 2011, *The Queen Mousa vs. Secretary of State for defence and ANR*.

⁷⁶ Corte Cass. (it., I sez. civ.), 12 gennaio 2011, *Repubblica federale di Germania c. Autogestione prefettura di Voiotia*, cit.

⁷⁷ Sul giudizio concordano, tra gli altri, GARGIULO P., BIANCHI A., INGRAVALLO I., DE SENA P. nei contributi pubblicati in GARGIULO P., VITUCCI M.C., *La tutela dei diritti umani*, cit., rispettivamente *passim*, pp. 4 e 46, 141, 163 s.; circa il «ruolo insopprimibile della funzione giurisdizionale» nelle situazioni di emergenza v. anche BONETTI P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 33.

⁷⁸ Su tale assetto si rinvia al solo BIN R., «L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge», in *La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 201 ss.

giudice ordinario sa di potere e dover disporre di tante vie diverse, ben più fertili del mero rinvio per il controllo di costituzionalità accentrato esercitato dalla Corte costituzionale: per le norme internazionali in generale viene in considerazione anzitutto lo strumento ermeneutico oggi assai valorizzato dell'interpretazione conforme, che si aggiunge alla tecnica del bilanciamento fra valori; specificamente per il diritto dell'Unione europea, oltre a quanto appena detto e a fianco del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, si sperimenta con sempre maggior convinzione la via della disapplicazione della norma interna confliggente con disposizioni europee direttamente applicabili⁷⁹.

Riferendosi poi all'ambito internazionale europeo, la ormai estinta Commissione e la attuale Corte europea dei diritti dell'uomo sono state in grado, in vario modo, di estendere la portata di talune disposizioni della Convenzione di salvaguardia impedendo che lo *standard* di trattamento tenuto nei confronti dello straniero anche irregolarmente presente sul territorio di uno Stato contraente della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ovvero il suo allontanamento o mancato accoglimento si traducano in una violazione della legalità convenzionale tramite l'applicazione di tortura o trattamenti e pene inumani e degradanti. Si tratta di una giurisprudenza evolutiva veramente significativa, che si intende richiamare per punti, senza poter entrare per ragioni di spazio in ciascuna delle questioni che essa solleva, la quale - innestandosi sulle norme convenzionali di cui si è detto, già di per se stesse adesive ai principi dello Stato di diritto - è utilmente servita a far convivere, da una parte, il principio secondo il quale lo Stato ha il diritto di allontanare dal proprio territorio elementi perturbatori della ordinata convivenza civile per far fronte alla responsabilità di preservare l'ordine pubblico, la sicurezza interna e internazionale, il rispetto delle leggi anche tramite la repressione del crimine; dall'altra, i diritti e le libertà fondamentali della persona, ancorché

⁷⁹ Sul complesso delle tecniche evocate v., da ultimo, CGUE, sentenza del 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*, che - confermando precedente consolidata giurisprudenza - stabilisce gli obblighi del giudice interno di interpretazione conforme del diritto interno al diritto europeo (punti 24-27); di applicazione diretta delle disposizioni (pur contenute in direttive) che siano sufficientemente chiare e circostanziate (punto 33) nei rapporti verticali, fra autorità pubbliche e privato (punti 37 e 42), ma anche nei rapporti orizzontali, quando l'ente con il quale il privato interagisce sia un ente pubblico (punti 38-39); nonché l'obbligo dello Stato al risarcimento del danno quando la norma non sia suscettibile di applicazione diretta (punto 43).

responsabile di una situazione di illegalità⁸⁰.

In tempi più recenti - parallelamente all'ampliamento delle competenze dell'Unione europea, che oggi si estendono anche alla condizione dello straniero in ragione dell'obiettivo di costruire l'Unione europea quale «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» - anche la Corte di giustizia di questa Organizzazione è intervenuta al proposito, allineandosi alle posizioni della Corte dei diritti dell'uomo, come richiesto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁸¹, pur facendo salva l'identità dell'ordinamento dell'Unione.

Ai risultati dell'attività propriamente giurisdizionale occorrerà affiancare anche quelli che si possono ricavare dalla prassi elaborata dai molti comitati internazionali della cui esistenza e competenze si è già fatto cenno.

6.1. Occorre anzitutto sottolineare il costruttivo contributo che le giurisdizioni internazionali europee hanno dato all'affermazione di quel menzionato nocciolo duro di diritti a portata assoluta, fra i quali vi è il diritto di ciascuna persona a non vedersi applicare pratiche di tortura, ovvero trattamenti o pene inumani e degradanti.

Come ovvio, in relazione al carattere relativo o assoluto del diritto protetto dalla disposizione convenzionale, dalla giurisprudenza viene nella prima ipotesi riaffermato il diritto dello Stato a utilizzare il proprio margine di discrezionalità nel bilanciamento con altre esigenze d'ordine individuale e collettivo del diritto individuale implicato⁸², potendone essere normalmente ristretto l'esercizio e, in situazioni di emergenza, addirittura sospesa la sua fruizione; nella seconda ipotesi, invece, negata in via di principio la facoltà di intervenire con deroghe e limitazioni⁸³.

A quest'ultimo proposito qualche perplessità può suscitare quella giurisprudenza che - nell'accertare il rischio di violazione di norme

⁸⁰ La Corte ha tenuto a ribadire che l'esame circa la violazione di un diritto garantito dalla Convenzione europea «non deve tener conto di ciò che l'interessato ha potuto fare per giustificare un'espulsione né della minaccia alla sicurezza nazionale eventualmente subita dallo Stato che esegue l'espulsione» (sentenza resa nel caso *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, par. 151).

⁸¹ V. il Preambolo (5° considerando) e art. 52, par. 3, della Carta.

⁸² Corte Edu, sentenza del 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio*, ric. n. 12313/86, par. 43.

⁸³ Corte Edu, sentenza del 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, cit., parr. 79-80.

dichiarate inderogabili persino in caso di guerra o di altra grave calamità da parte dello Stato verso il quale lo straniero viene respinto - accoglie il criterio delle cosiddette sufficienti assicurazioni diplomatiche⁸⁴. La prassi in questione è andata maturando a partire dall'iniziativa del Regno Unito di stipulare accordi-quadro bilaterali con i Paesi di partenza dei flussi migratori, sulla base dei quali addiventare ad intese *ad hoc* per i singoli episodi di allontanamento: allontanamento al quale le autorità nazionali potrebbero determinarsi anche sulla sola base, appunto, di "sufficienti assicurazioni diplomatiche" fornite dallo Stato di consegna, indirizzate a garantire che la persona consegnata non subirà violazioni dei propri diritti assoluti⁸⁵. Pare a chi scrive che, così ragionando, si riproduca quella situazione che, in tempi passati, la Corte di Strasburgo aveva escluso di poter considerare conforme all'assolutezza della garanzia di cui devono godere beni quali, fra gli altri, il diritto alla vita e a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti; che, dunque, il carattere assoluto di essi non sia compatibile con garanzie relative, quali sono le assicurazioni fornite dalle autorità nazionali di non ricorrere a pratiche suscettibili di violare beni di siffatta natura⁸⁶. Sembra, infatti, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che consente l'allontanamento dello straniero in costanza delle anzidette assicurazioni diplomatiche determini l'introduzione di un dato di relatività nell'osservanza di diritti che per la Convenzione europea hanno carattere di inderogabilità⁸⁷. È ben vero che la Corte - così come altri organi

⁸⁴ Corte Edu, sentenza del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201; e prima della stessa Corte, sentenza del 6 luglio 2009, *Ben Khemais c. Italia*, ric. n. 246/07.

⁸⁵ Si tratta, come si vede, di un sistema molto simile al meccanismo attuato con la stipulazione della Convenzione europea sul trasferimento dell'esecuzione penale, Strasburgo, 21 marzo 1983, <http://conventions.coe.int/Treaty/ITA/Treaties/Html/112.htm>, meccanismo che viene attivato quando si consideri che la funzione propria della pena (cioè la rieducazione del reo) possa essere meglio conseguito se essa viene scontata nel Paese di cittadinanza.

⁸⁶ Ricordo che questa giurisprudenza della Corte di Strasburgo risale alla sentenza del 7 luglio 1989 nel caso *Soering*: per considerazioni pertinenti rinvio a PARISI N., *Estradizione e diritti dell'uomo fra diritto internazionale generale e convenzionale*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁸⁷ Critiche e perplessità in relazione alla giurisprudenza richiamata sono state espresse dall'Alto Commissariato dei Rifugiati delle NU nella *Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, Genève, agosto 2006, vedilo in www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwman/opendocpdf.pdf?docid=44dc8; nonché dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa: v. il *Memorandum*

internazionali di garanzia dei diritti della persona⁸⁸ - si preoccupa di precisare che tali assicurazioni devono essere valutate sia in via preventiva (sul fronte della loro portata non meramente formale - ovvero della loro affidabilità - e della loro non genericità), sia in via successiva (tramite un controllo sul trattamento che alla persona consegnata verrà riservato); tuttavia non si reputa che queste due cautele siano in grado di fornire quel grado di assolutezza che la norma inderogabile pretende⁸⁹. Il Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura ha ugualmente utilizzato questo approccio⁹⁰.

(following his visit to Italy on 19-20 June 2008), in <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1309811&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC6....>, pp. 14-15; nonché il Memorandum (following his visit to the United Kingdom on 5-8 February and 31 March - 2 April 2008), in <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1339037&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC6....>, punto 91 (e la risposta del Governo inglese: parte IV del doc. cit.).

⁸⁸ Segnalo a mero titolo esemplificativo la *Consideration of Report submitted by States Parties under Article 19 of the Convention*, adottata dal Comitato (delle NU) contro la tortura nella propria 34° sessione: in sede di raccomandazioni indirizzate al Canada, il Comitato si limita a sottolineare che «given the absolute nature of the prohibition against refoulement contained in article 3 of the Convention [against torture], the State party should provide the Committee with details on how many cases of extradition and removal subject to receipt of “diplomatic assurance” or guarantee have occurred since 11 September 2001, what the State party’s minimum contents are for such assurances or guarantees, what measures of subsequent monitoring it has undertaken in such cases and the legal enforceability of the assurances or guarantees» (punto D, lett. e, CAT/C/CO/34/CAN).

⁸⁹ Fra i tanti che in dottrina hanno espresso perplessità in relazione a quest’approccio della giurisprudenza mi limito a segnalare: CONCOLINO B., “L’incidenza delle misure antiterrorismo sulla tutela dei flussi migratori”, in BENVENUTI P. (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Il Sirente, Ripa Fagnano Alto, 2008, p. 375 ss.; GIANELLI A., “Obbligo di *non refoulement* ed assicurazioni diplomatiche”, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 363 ss.; ID., “Il carattere assoluto dell’obbligo di *non refoulement*: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell’uomo”, in RDI, 2008, p. 449 ss.; SACCUCCI A., “Divieto di tortura e lotta al terrorismo”, in GARGIULO P., VITUCCI M.C. (a cura di), *La tutela dei diritti umani*, cit., p. 96 ss.; CARELLA G., “Nominalismo e lotta al terrorismo internazionale: il caso delle *extraordinary renditions*”, *ibid.*, p. 341 ss.; CAVASINO E., “*Refoulement*, divieto di tortura, sicurezza nazionale: riflessioni sulle forme di un difficile bilanciamento”, *ibid.*, p. 392 ss.; DE LONDRAS F., “*Saadi v. Italy*: European Court of Human Rights judgment on deportations of individuals outside the protective zone of the European Convention on Human Rights article 3”, in AJIL, 2008, p. 616 ss. **Si veda anche il contributo di LIGUORI A., in questo volume.**

⁹⁰ Considerazioni del 24 maggio 2005, n. 233/2003, *Agiza c. Svezia*, UN Doc. CAT/C34/D/233/2003; considerazioni del 28 aprile 1997, *Tapia Paez c. Svezia*,

Sembra dunque conclusivamente a chi scrive che l'assolutezza del valore protetto dalle norme convenzionali non sia compatibile con la relatività dello strumento posto a protezione.

Un dato da valutare invece positivamente è costituito dalla prassi europea (oltre che internazionale) che ha valorizzato la distinzione fra diritti assoluti e diritti relativi anche estendendo il perimetro dei primi. Sintomatico al proposito è l'assetto conseguito dal principio di effettività del ricorso per la tutela di diritti fondamentali: le norme convenzionali non legano l'esercizio di questo diritto alla sua inderogabilità; dunque, stando ad un'interpretazione letterale dei testi, esso deve intendersi dotato del carattere della relatività. Tuttavia il Comitato dei diritti dell'uomo si è espresso circa l'inderogabilità della garanzia stabilita nell'art. 9, par. 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché di alcune delle garanzie minime contemplate nell'art. 14 dello stesso Patto, in particolare quelle indirizzate ad affermare l'*habeas corpus* e l'equo processo: ciò ha fatto affermando l'avvenuta formazione di una conforme consuetudine internazionale⁹¹.

La (ormai estinta) Commissione europea dei diritti dell'uomo e la Corte omonima, da parte loro, hanno a diverse riprese sostenuto l'inderogabilità del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, utilizzando non tanto una norma di diritto non scritto di nuova formazione - secondo l'approccio, appena ricordato utilizzato dal Comitato dei diritti dell'uomo -, bensì il principio secondo il quale occorre verificare caso per caso, alla luce del *test* di necessità e di proporzionalità, se la deroga alle garanzie giurisdizionali introdotta dalle autorità nazionali al fine di fronteggiare una situazione di emergenza si concreti in una misura non necessaria o eccessiva rispetto alle finalità che con essa si intendono perseguire⁹².

specific. par. 14.5; decisione del 16 dicembre 2007, n. 297/2006, *Bachan Singh Sogi c. Canada*, par. 10.2.

⁹¹ V. l'ormai datato rapporto *The Right to a Fair Trial: Current Recognition and Measures Necessary for its Strengthening*, E/CN.4/Sub.2/1994/24, specific. punto 165.

⁹² In questo senso v. il Rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 19 dicembre 1959, confermato Corte Edu, sentenza del 1° luglio 1961, *Lawless v. Ireland*, ric. n. 332757; il Rapporto della Commissione del 7 dicembre 1985 *on the Case Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece* (cd. *Greek Case*), par. 149; nonché il Rapporto della stessa Commissione del 25 gennaio 1976 *on the Case Ireland v. United Kingdom*; adde COUNCIL OF EUROPE-OFFICE OF THE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Opinion 1/2002 of the Commissioner for Human*

Anche importante giurisprudenza nazionale afferma l'inderogabilità delle garanzie della difesa e del giusto processo; ci si riferisce, in particolare, alle tre decisioni della Corte suprema statunitense del 28 giugno 2004, relative ai casi *Rasul et al. v. Bush, Hamdi et al. v. Rumsfeld, Rumsfeld v. Padilla et al.*⁹³.

6.2. Un altro significativo apporto alla tutela dello straniero da pratiche di tortura viene dalla tecnica inaugurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha valorizzato la portata indiretta di alcune disposizioni convenzionali. Per questa via è stato anzitutto protetto il detto diritto della persona in conseguenza dell'allontanamento dal territorio dello Stato parte della Convenzione europea⁹⁴. Valga per tutti un esempio significativo: ci si riferisce al caso *D. c. Regno Unito di Gran Bretagna*, risolto dalla Corte con la sentenza 2 maggio 1997⁹⁵, intervenuta in un caso di minaccia di allontanamento della persona condannata per narcotraffico e affetto dal virus hiv. La Corte così si è

Rights, Mr. Alvaro Gil-Robles on certain aspects of the United Kingdom 2001 derogation from article 5, par. 1 of the European Convention on Human Rights, 28 August 2002, CommDH (2002)7, par. 8.

⁹³ Per un commento a questa giurisprudenza si rinvia alla sola FABIANO L., "Garante dei diritti e giudice dei poteri: il doppio volto della Corte suprema nelle sentenze 'Guantanamo'", in DPCE, 2005, p. 104 ss. Su altra prassi in materia v. BONETTI P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 227 ss. Anche importante dottrina si è espressa positivamente sul fatto che il diritto a un ricorso effettivo abbia conseguito la qualità di diritto assoluto v. PISILLO MAZZESCHI R., "Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina", in Dir. UE, 2004, p. 723 ss.

⁹⁴ La giurisprudenza in materia è veramente ricca e rappresenta lo sviluppo della prima sentenza resa sulla base degli assunti sopra espressi: si tratta di Corte Edu, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 89 in materia di estradizione, seguita immediatamente da Corte Edu, sentenza del 20 marzo 1991, *Cruz Varas e altri c. Svezia*, ric. n. 15576/89, par. 76, in materia di espulsione di straniero irregolarmente presente sul territorio di uno Stato; a mero titolo esemplificativo si richiamano, nella veramente vastissima giurisprudenza concordante e in aggiunta a quante altre citate in questa parte III, Corte Edu, 30 ottobre 1991, *Vilvarjah e altri c. Regno Unito*, ric. n. 13163/87, par. 103; 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 74; 17 dicembre 1996, *Ahmed c. Austria*, ric. n. 25964/94, par. 39 ss.; 29 aprile 1997, *H.L.R. c. Francia*, ric. n. 24573/94, par. 34; 28 luglio 1999, *Selmouni c. Italia*, ric. n. 25803/94; 12 aprile 2005, *Shamayev e altri c. Georgia e Russia*, ric. n. 36378/02; 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, cit., par. 124 ss.; 24 marzo 2009, *Ben Salah c. Italia*, ric. n. 38128/06, par. 33 ss.; nonché le decisioni della Commissione eur. dir. uomo dell'11 luglio 2000, *Dikme*; e del 12 aprile 2005, *Schamayev e altri*.

⁹⁵ V. in *Rec. arr. déc.*, 1997, p. 777 ss.

espressa: «(...) qualora esercitino il loro diritto di espellere (...) stranieri, gli Stati contraenti devono tener conto dell'articolo 3 della Convenzione, che consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche». Questa è precisamente la ragione per cui la Corte ha costantemente ribadito, nelle proprie precedenti sentenze sull'estradizione, sull'espulsione o il rimpatrio di persone verso Paesi terzi, che l'articolo 3 proibisce in termini assoluti la tortura o le pene o trattamenti inumani o degradanti e che le sue garanzie si applicano anche se questa persona si è dedicata ad atti repressibili. Infatti, seguendo una diversa attitudine - e cioè allontanando in queste situazioni lo straniero - «lo Stato si comporterebbe in modo incompatibile con i valori sottesi alla Convenzione, con quel "patrimonio comune di ideali e di tradizioni politiche, di rispetto della libertà e preminenza del diritto" al quale si riferisce il Preambolo [della Convenzione stessa] (...). *Malgrado l'assenza di una esplicita menzione nella formulazione sintetica e generale dell'articolo 3*, una simile estradizione contrasterebbe palesemente con lo spirito di quest'ultimo (...)»⁹⁶.

Significativo sembra essere l'ultimo apporto della giurisprudenza europea in materia: quello indirizzato ad affermare che il respingimento in alto mare della persona potrebbe concretare una violazione della norma che vieta l'applicazione di tortura e pratiche inumane e degradanti a carico dello Stato che al respingimento provvede⁹⁷, con ciò contribuendo al consolidamento di una nozione di giurisdizione nazionale di portata funzionale e non meramente territoriale⁹⁸.

6.2.1. La giurisprudenza appena segnalata comporta l'accoglimento di un'altra tecnica ermeneutica, specificamente indirizzata a proteggere le prerogative dell'individuo a partire da un momento precedente al verificarsi del pregiudizio, quando ricorra ancora soltanto il pericolo della violazione di una norma convenzionale.

⁹⁶ Così la Corte europea dir. uomo nella sentenza resa nel caso *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 88 (corsivo aggiunto).

⁹⁷ Corte Edu, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, cit., par. 70 ss. Sulla prassi del respingimento in alto mare e sulla sua illegalità convenzionale alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo v. il *Report to the Italian Government on the Visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 to 31 July 2009*, www.cpt.coe.int/documents/ita/2010-inf-14-eng.pdf. Vedi il contributo di ZAMUNER E., in questo volume.

⁹⁸ Parr. 81-82 sent. ult. cit.

Osserva, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo - nel già ricordato caso che riguardava l'extradizione di un cittadino tedesco dal territorio del Regno Unito verso gli Stati Uniti - che «l'obbligo implicito di non (...) [consegnare la persona] si estende anche all'ipotesi in cui il fuggiasco *rischierebbe* di subire nello Stato di destinazione pene o trattamenti inumani o degradanti vietati» dall'articolo 3 della Convenzione stessa⁹⁹. La Corte ha qualificato il comportamento dello Stato parte che consegna la persona allo Stato terzo come attività capace di associare a pari titolo il primo al secondo nei trattamenti che quest'ultimo riservasse alla persona, riconducendo così entro la sfera giuridica del primo la responsabilità per il caso di pregiudizio di diritti e libertà fondamentali garantite dalla Convenzione. Peraltro, questo modo di procedere era già stato inaugurato dalla Corte costituzionale italiana, quando qualificò l'atto di cooperazione - che andava concretizzandosi con la consegna alle autorità francesi di un minore imputato di reato passibile di pena capitale - come partecipazione diretta alle conseguenze che da quell'atto sarebbero potute derivare¹⁰⁰. Non si tratta dunque di far esplicitare efficacia per così dire extraterritoriale alla Convenzione europea, non potendo la Corte intervenire sul comportamento di Stati terzi in relazione agli obblighi da quella derivanti; si tratta, viceversa, di trarre ogni possibile effetto utile dalla disposizione di diritto internazionale generale, accolta anche dal progetto di codificazione sulla responsabilità degli Stati¹⁰¹. Ivi si stabilisce che «uno Stato che aiuti o assista un altro Stato nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente responsabile per siffatto comportamento se: *a*) quello Stato agisce con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e *b*) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato». Certo, la questione difficile da accertare sul piano del contenzioso che potrebbe al riguardo originare è quella

⁹⁹ Corte Edu, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 88 (corsivo aggiunto); si rinvia all'intera giurisprudenza richiamata sopra, nota 95. Peraltro è questo un indirizzo imboccato anche dalla giurisprudenza interna: segnalo per tutte le *opinions* della House of Lords del 16 dicembre 2004, *A. and others/X. and another v. Secretary of State for the Home Department*, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>.

¹⁰⁰ Corte cost., 15 giugno 1979, n. 54; sul punto v. anche la giurisprudenza richiamata in PARISI N., *Extradizione*, cit., cap. 2, in nota 58.

¹⁰¹ Art. 16 del progetto redatto dalla *International Law Commission* delle NU (2001), in RDI, 2002, p. 424.

relativa alla verifica della consapevolezza dello Stato di consegna circa il fondato rischio di comportamenti dello Stato terzo in violazione del disposto convenzionale.

La portata della tutela così predisposta è stata poi valorizzata ulteriormente dalla giurisprudenza europea orientata a valutare come fonte di rischio anche il danno che potrebbe derivare alla persona per atti compiuti non da autorità pubbliche, bensì da privati¹⁰². A questa giurisprudenza sembrano peraltro adeguarsi anche certe, ancora rare, prassi nazionali¹⁰³.

L'attualità del rischio di tortura cui andrebbe incontro la persona allontanata dal territorio nazionale è ovviamente questione centrale nella valutazione del pericolo di violazione del divieto. La giurisprudenza tende ad utilizzare un'interpretazione assai restrittiva al proposito, considerando che tale rischio è superato dai cambiamenti verificatisi nel Paese di rimpatrio soltanto quando tali mutamenti abbiano «un significato e una natura non temporanea tali da eliminare il fondato timore di persecuzioni del rifugiato»: ciò che si verifica quando «gli elementi alla base dei timori del rifugiato (...) siano stati eliminati in modo duraturo»¹⁰⁴. Si tratta dunque per la Corte di giustizia dell'Unione europea di utilizzare un'interpretazione restrittiva dell'art. 11, par. 1, lett. e, della «Direttiva qualifiche».

Si anticipa, poi, qui un tema che si collocherebbe dal punto di vista sistematico entro gli aspetti procedurali, ma così strettamente legato al discorso da dover essere anticipato. Esso attiene alla prova dell'attualità del rischio - onere che in via generale incombe al ricorrente -, con la congiunta prova dell'inadeguatezza delle autorità nazionali ad assicurare la protezione della persona implicata¹⁰⁵, anche quando il pericolo provenga non da atti riconducibili alle pubbliche autorità, bensì da comportamenti di privati. Si afferma al riguardo che «l'esistenza di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del richiedente la protezione sussidiaria non è subordinata alla

¹⁰² Corte Edu, 29 aprile 1997, *H.L.R. c. Francia*, cit., parr. 30 e 31.

¹⁰³ Segnala un'attitudine analoga la decisione - assunta dal Governo spagnolo il 1° giugno 2005 - di accogliere come rifugiata e accordare l'asilo politico a una donna araba le cui «circostanze esistenziali» (maltrattamenti ad opera del marito) possono essere qualificate alla stregua di persecuzioni ai sensi dell'art. 1(F) della Convenzione di Ginevra (*Corsera*, 2 giugno 2005, p. 16).

¹⁰⁴ CGUE, 2 marzo 2010, *Abdulla e altri*, cause riunite C-175, 176, 178 e 179/08, punti 72-73.

¹⁰⁵ Corte Edu, sentenza del 29 aprile 1997, *H.L.R. c. Francia*, parr. 30 e 31.

condizione che quest'ultimo fornisca la prova di essere specifico oggetto di minaccia a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale»¹⁰⁶; infatti «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 (...) 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»¹⁰⁷; dovendosi comunque escludere la prova del rischio individuale quando la persona appartenga a un gruppo vulnerabile¹⁰⁸.

A quest'ultimo proposito è interessante il percorso compiuto dalla giurisprudenza italiana che, poggiando su sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, innova l'assetto da essa conseguito, considerando che la prova dell'attualità del rischio (nel caso di tortura) non deve essere necessariamente portata dalla persona (del cui allontanamento si questiona), ma può derivare «da documenti e prese di posizione istituzionali internazionali, oltre che da analisi e rapporti di organizzazioni non governative, internazionalmente riconosciute come affidabili (...)»¹⁰⁹.

Non è invece più riconducibile all'ambito della tutela espressa dal divieto di tortura la situazione della persona che rischi di vedersi applicare o di veder eseguita nei propri confronti la pena di morte. Sotto la vigenza della Convenzione nella sua formulazione originaria - quando dunque l'art. 2 consentiva allo Stato membro di mantenere nel proprio apparato sanzionatorio la pena capitale - gli organi europei di garanzia si erano opposti alla consegna della persona da uno Stato ad altro basandosi sull'art. 3 della stessa Convenzione, inaugurando quella tutela *par ricochet* di cui si è detto: per conseguire questo risultato si assumeva allora che le condizioni in cui si trova una persona in attesa che la sentenza capitale sia eseguita concretano la cosiddetta "sindrome da corridoio della morte", qualificato

¹⁰⁶ CGCE, sentenza del 17 febbraio 2009, causa C-465/07, *Elgafaji*, punto 43.

¹⁰⁷ Doc. loc. ult. cit.

¹⁰⁸ Doc. ult. cit., punti 37-39; *adde* Corte Edu, 17 luglio 2008, *Na c. Regno Unito*, ric. n. 25904/07; e 11 gennaio 2007, *Sheekh c. Paesi Bassi*, ric. n. 1948/04.

¹⁰⁹ Corte Cass. (it., VI sez. pen.), 8 luglio 2010, n. 32685, *Seven Nedim*, cit., la quale, confermando (al punto 4.2) la giurisprudenza europea nel caso *Saadi c. Italia*, afferma (al punto 4.3) il principio espresso nel testo.

trattamento inumano¹¹⁰.

6.3. Nella direzione di un'ulteriore valorizzazione dell'efficacia del sistema convenzionale va ricordata la saldatura fra il diritto della persona a esercitare un ricorso effettivo alle vie di tutela messe in campo dalla Convenzione di salvaguardia e il potere della sua Corte di adottare misure cautelari destinate a condizionare la decisione dello Stato circa l'allontanamento dello straniero.

Ai sensi del proprio regolamento di procedura la Corte è infatti autorizzata ad adottare misure provvisorie dotate di portata raccomandatoria¹¹¹. È avvenuto che, nonostante l'indicazione di tali misure, lo straniero sia stato ugualmente consegnato dallo Stato parte della Convenzione allo Stato terzo¹¹². Con una giurisprudenza ormai consolidata la Corte è riuscita a colmare la lacuna normativa da sempre presente nel sistema convenzionale¹¹³, facendo discendere in talune situazioni dal mancato rispetto della decisione che importa misure provvisorie - legittimo dal momento che questa decisione ha, appunto, mera portata raccomandatoria - la violazione della disposizione convenzionale ai sensi della quale lo Stato parte è tenuto ad astenersi da ogni atto e a evitare ogni omissione che possa pregiudicare l'esercizio del diritto di ricorso individuale alla Corte stessa¹¹⁴. Come questa ha infatti sottolineato, vi sono casi in cui «les mesures provisoires, (...) se révèlent d'une importance fondamentale pour éviter des situations irréversibles qui empêcheraient la Cour de procéder dans de bonnes conditions à un examen de la requête et, les cas échéant, d'assurer au requérant la jouissance pratique et effective du droit protégé par la Convention

¹¹⁰ Corte Edu, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, cit.

¹¹¹ Art. 39.1 reg. int.

¹¹² Rinvio alla prassi segnalata da DE SCHUTTER O., "The Binding Character of the Provisional Measures adopted by the European Court of Human Rights", in *Int. Law Forum dr. int.*, 2005, p. 16 ss., alla quale si aggiunge l'ultima prassi intervenuta nei confronti dell'Italia e segnalata nelle note da 96 a 98.

¹¹³ Lacuna della quale aveva preso atto la Corte, correggendo di conseguenza l'opinione espressa dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo (nel caso *Cruz Varas c. Svezia*: rapporto del 7 giugno 1990, parr. 117-118), che, di fronte all'inadempimento di misure provvisorie da essa indirizzate alla Svezia ai sensi dell'art. 36 del proprio regolamento, dichiarava la violazione dell'art. 25 Conv., a quel tempo fondamento del diritto di ricorso individuale: Corte Edu, 20 marzo 1991, *Cruz Varas c. Svezia*, cit., parr. 94-103.

¹¹⁴ Art. 34 Conv.

qu' il invoque»¹¹⁵; casi in cui il non rispetto di tali misure mostra «que l'arrêt de la Cour risque d'être privé de tout effet utile»¹¹⁶.

Peraltro che la violazione delle misure cautelari metta nel nulla la protezione approntata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è accertato dalla stessa Corte con la sentenza nel *caso Toumi c. Italia*: l'espulsione della persona verso la Tunisia - motivata dalle «sufficienti assicurazioni diplomatiche» ricevute - ha consentito la sua sottoposizione a misure di tortura da parte delle autorità dello Stato di rimpatrio¹¹⁷.

Ancora una volta, nella valutazione dell'attualità del rischio di subire tortura la Corte utilizza anche, come indicatori, i rapporti di organizzazioni internazionali non governative quale Amnesty International, o le inchieste di autorità nazionali autorevoli, quali il Dipartimento di Stato statunitense¹¹⁸; rapporti e inchieste che nuovamente riportano l'attenzione sulla consistenza, sull'affidabilità delle assicurazioni diplomatiche prestate per ottenere dallo Stato terzo rispetto alla Convenzione europea la consegna della persona indesiderata nello Stato membro di essa.

6.4. Sempre al fine di limitare la discrezionalità nazionale nell'apprezzamento delle condizioni dalle quali discende il rischio di violazione del divieto di tortura, le Corti internazionali europee si sono indirizzate a definire la nozione di "zona sicura", nozione introdotta da tanta legislazione dell'Unione europea per indicare i luoghi dove violazioni gravi dei diritti della persona non si dovrebbero poter riprodurre. Si consideri, per esempio, la sentenza della Corte europea

¹¹⁵ Così Corte Edu, 4 febbraio 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turchia*, ric. n. 42827/99, par. 125, che conferma la precedente sentenza della prima Camera del 6 febbraio 2003, *Mamatkulov et Askarov c. Turchia*. A commento - con qualche critica sulla linearità del ragionamento della Corte - segnalo PEDRAZZI M., "Il diritto d'asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio", in ZAGATO L. (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 13 ss. Adde, per tempi più recenti, Corte Cass. (it., VI sez. pen.), 28 maggio 2010, cit., punto 11; e la *Nota* del 14 aprile 2010 della Corte europea dei diritti dell'uomo (II sez.), che qualifica le misure cautelari sospensive dei provvedimenti di allontanamento come vincolanti per gli Stati membri della Convenzione, al fine di non pregiudicare l'esito del procedimento vanificando così contemporaneamente l'esercizio del diritto di ricorso individuale alla Corte stessa.

¹¹⁶ Corte Edu, 27 marzo 2010, *Mannai c. Italia*, ric. n. 9961/10, par. 56.

¹¹⁷ Corte Edu, 5 aprile 2011, *Toumi c. Italia*, ric. n. 25716/09.

¹¹⁸ Corte Edu, 13 aprile 2010, *Trabelsi c. Italia*, ric. n. 50163/08.

dei diritti dell'uomo nel caso *Sheekh*: con essa viene accettata la nozione suddetta, ma si insiste sulla circostanza che l'allontanamento avvenga in costanza di assoluta assenza di rischio di violazione dell'articolo 3 della Convenzione¹¹⁹.

Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di intervenire al riguardo. Anzitutto si ricorda l'interpretazione estensiva data alla norma della Direttiva 2004/38/CE che consente di sottrarre al regime stabilito dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato la persona che riceva protezione da parte di altro ente internazionale¹²⁰: la Corte ha segnalato con forza come la nozione di protezione debba essere interpretata non in senso formale, bensì in senso sostanziale, dovendo lo Stato (che voglia svestirsi della competenza di esaminare la domanda di asilo) verificare l'effettività della protezione che altri accorda alla persona in questione nella zona soggetta al proprio controllo¹²¹.

Ancora - specificamente a proposito della disciplina stabilita dall'Unione nella "direttiva procedure" e del suo Allegato II nel quale vengono indicati i criteri per stabilire la "sicurezza" di un luogo verso il quale lo Stato vuole allontanare la persona - la Corte censura il fatto che il Consiglio si sia attribuita una "riserva di competenza" a proposito dell'adozione dell'elenco di "Paesi d'origine sicuri" e di "Paesi terzi europei sicuri", evitando in tal modo che in materia si intervenisse con la procedura allora denominata di codecisione (oggi procedura legislativa ordinaria), in grado di associare pienamente il Parlamento europeo al processo decisionale¹²².

È sintomatico che a seguito di questa giurisprudenza la proposta di direttiva che intende rifondere in un unico atto la disciplina contenuta nella cd. "Direttiva qualifiche" e le norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta muti, al proprio 8, i criteri per valutare il livello di sicurezza all'interno del Paese d'origine di cui gode colui che domanda protezione internazionale¹²³: e ciò si fa esplicitamente

¹¹⁹ Corte Edu, 11 gennaio 2007, *Sheekh c. Paesi Bassi*, parr. 138-149.

¹²⁰ Art. 12, par. 1.

¹²¹ CGUE, 17 giugno 2010, causa C-31/09, *Bolbol*.

¹²² CGUE, 6 maggio 2008, causa C-133/06, *Parlamento c. Consiglio*.

¹²³ V. COM(2009) 551 del 21 ottobre 2009, che contiene la *proposta di direttiva recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*.

per «assicurare la coerenza con la giurisprudenza della Corte di giustizia (...) e della Corte europea dei diritti dell'uomo»¹²⁴.

6.5. La tutela dello straniero a fronte di misure che determinano il fondato rischio di violazione del diritto a non subire tortura ha trovato un punto di forza anche in quella giurisprudenza che ha ridotto il margine di discrezionalità delle autorità nazionali nell'utilizzo delle eccezioni da esse opposte per scartare il regime di protezione, facendo riferimento alla "qualità" della persona implicata.

Approccio ermeneutico assai restrittivo è stato utilizzato per l'interpretazione dell'art. 12, par. 2, lett. b-c, della Direttiva comunitaria "qualifiche" (2004/83/CE), a proposito della decisione nazionale di qualificare come persona non meritevole di protezione internazionale chi si sia reso responsabile di quelle condotte che ai sensi della Convenzione di Ginevra non consentono il riconoscimento dello *status* di rifugiato¹²⁵: la Corte di giustizia dell'Unione europea ha infatti affermato che «la circostanza che una persona abbia fatto parte di un'organizzazione iscritta nell'elenco di cui all'allegato della posizione comune 2001/931 per il suo coinvolgimento in atti terroristici e abbia attivamente sostenuto la lotta armata condotta da detta organizzazione non costituisce *automaticamente* un motivo fondato per ritenere che la persona considerata abbia commesso un "reato grave di diritto comune" o "atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite»; infatti «la constatazione (...) della sussistenza di fondati motivi per ritenere che una persona abbia commesso un reato del genere o si sia resa colpevole di tali atti è subordinata ad una *valutazione caso per caso* di fatti precisi al fine di determinare se atti commessi dall'organizzazione considerata rispondano alle condizioni fissate (...) [dalla Convenzione di Ginevra] e se una responsabilità individuale nel compimento di tali atti possa essere ascritta alla persona considerata, tenuto conto del livello di prova richiesto dal citato art. 12, par. 2»¹²⁶.

Approccio opposto (dunque estensivo) è stato consequenzialmente scelto nell'interpretare gli artt. 2, lett. e, e 15, lett. c, della stessa Direttiva, quanto all'apprezzamento delle condizioni fattuali in cui si trova la persona: tramite una qualificazione autonoma sia dai sistemi

¹²⁴ Così lett. c, p. 4, doc. ult. cit.

¹²⁵ Art. 1F Conv. cit.

¹²⁶ CGUE, 9 novembre 2010, *B. e D.*, cause riunite C-57/09 e C-101/09, punto 99 (corsivi aggiunti). Vedi il contributo di DE VIDO S., in questo volume.

nazionali che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹²⁷, la Corte di giustizia dell'Unione ha affermato che il termine «individuale» utilizzato nella norma in questione deve intendersi «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 (...) 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 (...)»¹²⁸.

6.6. Sulla problematicità di rispettare le garanzie processuali nei procedimenti di allontanamento della persona dal territorio nazionale già tanto si è ben detto¹²⁹, e non occorre dunque ritornare sistematicamente sull'argomento. Basta qui sinteticamente ricordare alcuni punti di arrivo di cospicua giurisprudenza in materia.

Rileva anzitutto la questione dell'effettività della via di ricorso aperta alla persona colpita da un provvedimento di espulsione¹³⁰. È stato al proposito stigmatizzato il fatto che la previsione di immediato

¹²⁷ V. CGCE, 17 febbraio 2009, *Elgafaji*, cit., punti 42 e 28; in particolare, si dichiara che a proposito della portata della norma della Convenzione europea che - al pari dell'art. 15 della Direttiva - protegge da pratiche di tortura e da trattamenti inumani e degradanti e in ordine al suo rapporto con il diritto dell'Unione, «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, pur nel rispetto dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU» (punto 28): la Corte conclude che tale interpretazione autonoma è comunque «pienamente compatibile con la CEDU, ivi compresa la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 3 della CEDU» (punto 44).

¹²⁸ Punto 35 sentenza ult. cit.

¹²⁹ Ci si limita a rinviare a LIGUORI A., *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; e a SPATTI M., *I limiti all'esclusione dal territorio dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 252 ss.

¹³⁰ Secondo i requisiti enucleati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti uomo per esempio nei casi *Chahal* e *Jabari*, citt.: v. al proposito anche Corte Edu, 20 giugno 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, ric. n. 50963/99.

allontanamento di essa dal territorio nazionale non sia accompagnata dalla previsione degli effetti sospensivi del ricorso contro tale misura: in tal modo non sembra garantito che il processo *in absentia* sia frutto di una rinuncia non equivoca della persona al proprio diritto a comparire¹³¹. Sempre in tema di ricorso effettivo, si è affermato l'obbligo di attribuire effetto sospensivo al ricorso presentato contro il provvedimento dello Stato non di primo approdo che abbia avviato la procedura di "ripresa in carico" da parte del Paese di primo approdo di una persona richiedente asilo¹³². Ancora, ci si è interrogati sulla "qualità" dell'organo competente ad esaminare il ricorso, cioè sulla sua genuina natura di "tribunale"¹³³. E ancora, si è stigmatizzato il mancato rispetto della garanzia "forte" contenuta nell'art. 1 del Protocollo n. 7 annesso alla Convenzione di salvaguardia, che stabilisce rigidi criteri procedurali da osservare nell'occasione dell'espulsione dello straniero «regolarmente residente nel territorio di uno Stato» membro¹³⁴.

A proposito della "regolarità" della misura nazionale di ingerenza delle pubbliche autorità nella sfera individuale¹³⁵, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sostenuto il fatto che tale «nozione (...) non rinvia solamente all'obbligo di osservare le norme sostanziali e processuali della legge nazionale; richiede inoltre che ogni privazione di libertà rispetti lo scopo dell'art. 5» della Convenzione di salvaguardia. Risulta dunque non compatibile con tale disposizione l'adozione di provvedimenti di allontanamento, quali l'extradizione che abbia uno scopo diverso da quello al quale l'istituto è preordinato¹³⁶; o la prassi delle espulsioni collettive¹³⁷.

¹³¹ Corte Edu, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, ric. n. 68972/01; nonché 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, ric. n. 56581/00.

¹³² CGCE, 29 gennaio 2009, *Petrosinas*, causa C-19/08.

¹³³ V. a titolo esemplificativo Corte Edu, sentenza del 18 giugno 1971, *De Wilde e altri c. Belgio*, ric. n. 2832/66, par. 76.

¹³⁴ V. Corte Edu, 24 marzo 2009, *Ben Salah c. Italia*, ric. n. 38128/06; e 5 maggio 2009, *Sellem c. Italia*, ric. n. 12584/08. Da ultimo, Corte Edu, 5 gennaio 2007, *Bolat c. Russia*, ric. n. 14139/03.

¹³⁵ Al proposito v. Corte Edu, 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 129.

¹³⁶ Corte Edu, 18 dicembre 1986, *Bozano c. Francia*, ric. n. 9990/82.

¹³⁷ Corte Edu, 5 febbraio 2002, *Čonka c. Belgio*, ric. n. 51564/99, parr. 22-26 ss. Su tale giurisprudenza v. GUILD E., "Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Lessons for the EU Asylum Policy", in DIAS URBANO DE SOUSA C., DE BRUYCKER PH., *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 329 ss., specific. p. 337 ss.

Infine, resta da registrare una certa diversità di tutela offerta dai due sistemi europei, la Convenzione di salvaguardia e il diritto dell'Unione, quanto ad aspetti procedurali che attengono all'allontanamento dello straniero se presente in modo irregolare nel territorio dello Stato. La Convenzione è corredata di un Protocollo n. 7, il cui art. 1 prevede garanzie procedurali a vantaggio del solo straniero "regolare": sul rispetto di tale disposto si è attestata la Corte europea dei diritti dell'uomo¹³⁸. Viceversa nell'ordinamento dell'Unione europea la situazione si presenta assai diversa, a partire dalla "direttiva rimpatri" e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, investita di rinvii pregiudiziali intesi a consentire ai giudici nazionali di valutare la conformità con la direttiva della disciplina nazionale in materia di respingimento di straniero irregolarmente presente sul territorio nazionale, nonché la portata (immediatamente applicabile, ovvero non direttamente applicabile) di talune delle sue disposizioni. Questa giurisprudenza europea è assai istruttiva al riguardo¹³⁹. Si è iniziato con l'osservare che la "Direttiva rimpatri" «non si prefigge l'obiettivo di armonizzare integralmente le norme nazionali sul soggiorno degli stranieri», bensì di mettere in campo un sistema di allontanamento dello straniero irregolare valorizzando la volontarietà del rientro nel Paese d'origine¹⁴⁰. Non confligge, dunque, con questo scopo la normativa nazionale che contempra «una detenzione finalizzata a determinare se il soggiorno di un cittadino di un Paese terzo sia regolare o meno»¹⁴¹; ma confligge con esso la disciplina nazionale che preveda «la pena della reclusione per i cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (...) [poiché questa misura contraddice le] norme e (...) le procedure comuni stabilite da tale direttiva, [secondo le quali essi] devono essere allontanati e possono al massimo, nell'ottica della preparazione e della realizzazione di tale allontanamento, essere sottoposti a trattenimento»¹⁴². Dunque, nulla nella Direttiva impedisce agli Stati «di adottare o di mantenere in vigore disposizioni, eventualmente anche di natura penale, che disciplinino, nel rispetto dei principi di detta

¹³⁸ V. *supra*, nota 134.

¹³⁹ Ci si riferisce a CGUE, 28 aprile 2011, causa C-61/11 P, *El Dridi*; nonché 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian*; si rinvia *infra* al contributo di L. MIAZZI per l'apporto della giurisprudenza *Sagor*.

¹⁴⁰ Punto 28 sent. *Achughbabian*, cit.

¹⁴¹ Punto 29 sent. ult. cit.

¹⁴² Punto 46 sent. ult. cit.

direttiva e del suo obiettivo, le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare»¹⁴³. E tuttavia, «nell'applicazione di dette norme di procedura penale, l'irrogazione delle sanzioni menzionate (...) è subordinata al pieno rispetto dei diritti fondamentali, in particolare di quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950»¹⁴⁴. Certamente non si fa riferimento al Protocollo n. 7, ma senz'altro all'art. 5, par. 3, CEDU (che assicura taluni diritti processuali a «ogni persona arrestata o detenuta» per uno dei motivi legittimi dalla stessa contemplati); nonché all'art. 6 CEDU (che assicura a «ogni persona» il diritto a un equo processo).

La giurisprudenza appena segnalata obbliga a una riflessione su questioni di diritto processuale e di diritto sostanziale. Dalla prima prospettiva, l'incompatibilità di tipo teleologico fra norme interne - nei casi considerati sono venute in rilievo norme italiane e francesi (volte alla criminalizzazione dello straniero irregolare) - e norme europee ha obbligato i giudici nazionali a disapplicare le prime: sono ormai numerose le pronunce italiane nelle quali si dichiara l'assoluzione della persona «perché il fatto non costituisce reato in virtù della direttiva europea del 2008 n. 115»¹⁴⁵, con ciò determinando la scarcerazione della persona trattenuta a motivo della incapacità delle autorità nazionali di dar seguito alle misure di allontanamento. Quanto alla seconda prospettiva (quella sostanziale), nonostante non vi sia nella giurisprudenza europea una valutazione di disvalore delle scelte di criminalizzazione dell'ingresso e del soggiorno irregolari, tuttavia l'attitudine sottesa alle norme dell'Unione che predispongono la tutela dello straniero è quella di apprestare una protezione della persona dalla prospettiva di evitare una sua vittimizzazione

¹⁴³ Punto 47 sent ult. cit.; sentenza *El Dridi*, cit., punti 52 e 60. In particolare la Direttiva 2008/115/CE «non osta all'irrogazione di sanzioni penali, ai sensi delle norme nazionali di procedura penale, a cittadini di Paesi terzi cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio prevista da tale Direttiva e che soggiornino in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro senza che esista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio» (punto 48 sent. *Achughbabian*).

¹⁴⁴ Punto 49 sent. *Achughbabian*.

¹⁴⁵ Così Giudice di pace di Roma, 7 luglio 2011; 5 gennaio 2011, 16 giugno 2011; 27 giugno 2011 (la giurisprudenza citata è pubblicata nel sito www.europeanrightts.eu); v. anche Corte Cass. (it., I sez. pen.), 29 aprile 2011, n. 18586.

secondaria¹⁴⁶. Correttamente dunque la giurisprudenza italiana, in costanza di situazioni quali quelle prese in considerazione dalla “direttiva rimpatri”, sostiene che «deriva per ogni articolazione istituzionale della Repubblica la necessità di verificare il rigoroso rispetto [per esempio] dell’art. 3 della Convenzione» europea dei diritti dell’uomo (che vieta la tortura e trattamenti e pene inumani e degradanti) e, di conseguenza, «per ogni organo giurisdizionale competente a deliberare decisioni che comportano trasferimenti di persona verso (...) [un Paese “a rischio”] il dovere di individuare e adottare, in caso di ritenuta pericolosità della persona, un’appropriata misura di sicurezza, diversa dall’espulsione»¹⁴⁷.

Sempre in relazione alla prospettiva procedurale con implicazioni di diritto sostanziale, la giurisprudenza europea si è espressa chiaramente circa le condizioni che devono essere assicurate nella situazione di limitazione della libertà personale, anche a fine di allontanamento della persona dal territorio nazionale: il sovraffollamento dei pur consentiti centri di raccolta delle persone irregolarmente presenti sul territorio nazionale a fini di loro identificazione non deve tradursi in trattamento inumano o degradante¹⁴⁸; e il diritto alla salute deve essere comunque assicurato allo straniero indipendentemente dalla sua condizione di regolarità o irregolarità del soggiorno¹⁴⁹.

7. Nel tentativo di trarre qualche considerazione a conclusione di queste note, si crede di poter affermare che le corti domestiche e internazionali hanno negli anni ricoperto un ruolo strategico: chiamate a valutare il rispetto degli obblighi convenzionali alla luce del comportamento delle autorità pubbliche, esse (insieme a comitati e commissioni *ad hoc*) hanno perveracamente seguito, a piccoli passi, l’obiettivo del consolidamento dei diritti della persona tramite il bilanciamento delle situazioni potenzialmente confliggenti: da una parte il principio secondo il quale lo straniero è persona, titolare di diritti anche indisponibili; da un’altra parte, il principio della perdurante sovranità dello Stato, il quale impone la presa d’atto che esso possa

¹⁴⁶ Sulla tutela della vittima da parte di norme dell’Unione europea v. AA. VV., “Processo penale e vittima di reato. Prospettive internazionali, europee e nazionali”, in I Quaderni europei, n. 26/2010, www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei.

¹⁴⁷ Corte Cass. (it., VI sez. pen.), 28 maggio 2010, n. 20514, cit.

¹⁴⁸ Corte Edu, 6 marzo 2001, *Dougoz c. Grecia*, ric. n. 40907/98.

¹⁴⁹ Corte Edu, sentenza del 2 maggio 1997, *D. c. Regno Unito*, ric. n. 3024/96.

stabilire le condizioni di appartenenza delle persone alla collettività nazionale e la misura dell'assimilazione dello straniero al cittadino al fine anzitutto di garantire la sicurezza della collettività nazionale. Lo sforzo di quella giurisprudenza - coronato da non pochi successi - è consistito nel circoscrivere progressivamente la discrezionalità dello Stato al proposito.

Questo percorso virtuoso ha rischiato di essere messo a repentaglio dalla ricordata saldatura temporale fra aumento dei flussi migratori verso l'Europa e dilagante ondata di fatti di terrorismo transnazionale, fenomeni ai quali si sono andate aggiungendo con esiti perversi le non facili contingenze economico-finanziarie. Non poche voci, anche autorevoli, si levano oggi per affermare che la grande epoca delle libertà - inaugurata ormai più di due secoli fa - si è conclusa, dovendo le autorità pubbliche fronteggiare situazioni di emergenza che esigono sacrifici determinati dall'esigenza di prevenire e respingere pericoli imminenti alla ordinata convivenza della società civile e alla stessa sicurezza nazionale. Si fa notare, in questa prospettiva, che la compressione delle libertà individuali - che concreta in talune ipotesi anche una violazione del principio di legalità - rappresenta il male minore, comunque funzionale alla salvaguardia di un bene collettivo¹⁵⁰; si propende a porre in termini concettuali la questione nel senso di un necessario bilanciamento fra esigenze tendenzialmente confliggenti: quella alla sicurezza e quella al rispetto di diritti e libertà fondamentali¹⁵¹. Insomma, si giustifica alla luce della situazione emergenziale non tanto una restrizione dei diritti e delle libertà individuali - ciò che appartiene alla normale dinamica del bilanciamento fra diritti di portata non assoluta -, bensì una sospensione di essi, anche di quello a portata assoluta¹⁵². Già si è detto in sede introduttiva di siffatto tipo di

¹⁵⁰ Sul moderno concetto di sicurezza internazionale v. DE SENA P., "Lotta al terrorismo e tutela dei diritti umani: conclusioni", in GARGIULO P., VITUCCI N.C., *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, cit., p. 295 ss.; e già ID., "Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti", in BOSCHIERO N. (a cura di), *Ordine internazionale e valori etici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 195 ss.

¹⁵¹ Per un inquadramento teorico della situazione descritta alla luce dello stato di necessità v. FLETCHER G.P., *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 220-229; per una disamina delle diverse qualificazioni che si possono utilizzare per definire la situazione di emergenza che determina la sospensione di diritti fondamentali v. V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Giuffrè, Milano, 2010, cap. II.

¹⁵² Sui criteri che consentono di distinguere fra limitazioni, restrizioni, ingerenze,

teorizzazione proprio al fine di legittimare pratiche di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti.

Non sembra a chi scrive che il binomio sicurezza collettiva/libertà individuali, impostato come sopra si è detto, sia affrontato in modo corretto. Ambedue i suoi termini pongono obblighi alle autorità nazionali; ma si tratta di obblighi non omogenei, che corrono - per così dire - su binari paralleli. Da una parte si chiede alle autorità nazionali di adottare misure preventive per evitare che la tranquilla convivenza della società civile venga messa a repentaglio: si tratta, evidentemente, di un'obbligazione di mezzi. Dall'altra parte, alle stesse autorità si chiede di conseguire permanentemente un certo risultato, quello del rispetto di diritti e libertà individuali: astenendosi dal violarli se si tratti di diritti inderogabili; introducendo deroghe¹⁵³ ovvero limitazioni¹⁵⁴ al loro esercizio se si tratti di diritti derogabili. Ciò ai fini del perseguimento del primo obiettivo. I due obiettivi non sono antagonisti, devono invece essere perseguiti congiuntamente, l'uno rafforzando il perseguimento dell'altro: si ricorda al proposito la significativa sentenza della Corte suprema israeliana a proposito delle misure di sicurezza adottate nei territori palestinesi occupati, secondo la quale non c'è sicurezza senza rispetto del diritto¹⁵⁵.

Ora, l'inquadramento dello stato di necessità - che in questi tempi spesso viene appunto invocato nell'occasione di successive imponenti ondate di immigrati clandestini, come di fatti di terrorismo - proposto dalla dottrina costituzionale sembra consistere «nel considerare l'unica violazione [dell'ordine legale] consentita [quella che si traduce] nella deroga temporanea della sola costituzione formale, specificamente limitata alle stringenti necessità imposte dalle circostanze,

ecc., da una parte, e deroghe, dall'altra, v., per diverse soluzioni, CATALDI G., "Art. 15", in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario*, cit., p. 425 ss.; ERGEC R., *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 1987; e SVENSSON MCCARTHY A.L., *The International Law of Human Rights and States of Exception: with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case Law of the International Monitoring Organs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998.

¹⁵³ Per esempio ai sensi della disciplina stabilita nell'art. 15 CEDU.

¹⁵⁴ Ricorrendo ai legittimi motivi che giustificano un'ingerenza nella sfera privata delle autorità pubbliche, per esempio ai sensi degli artt. 8-11 CEDU.

¹⁵⁵ Supreme Court of Israel, 30 giugno 2004, n. 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. the Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in West Bank*, par. 86.

mentre non si ritiene accettabile alcuna limitazione dei valori e dei principi sostanziali sui quali si fonda l'ordinamento, la cui salvaguardia costituisce la [sua] suprema finalità»¹⁵⁶. Allo stesso modo è necessario ragionare quando si tratti di confrontarsi anche con norme non costituzionali ma internazionali.

¹⁵⁶ BENAZZO A., *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 3 (corsivi aggiunti).