



L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani



Guida per operatori del diritto n. 6



INTERNATIONAL
COMMISSION
OF JURISTS

Per le persone migranti, il principio che i diritti umani sono riconosciuti a tutti gli esseri umani, nella pratica, sembra spesso una chimera. Anche se le leggi nazionali e le circostanze variano considerevolmente, in tutto il mondo, i migranti fanno fronte regolarmente a maltrattamenti da parte di attori statali o privati, a detenzione in condizioni precarie, alla negazione dei loro diritti sul lavoro, e a un accesso inadeguato all'alloggio, ai servizi sanitari e ad altri servizi sociali. La legislazione e la prassi nazionale spesso privano i migranti di un accesso effettivo ai ricorsi legali per rivendicare i propri diritti. Quando le leggi nazionali concedono scarse tutele nelle procedure per richiedenti asilo o per coloro che contestano un ordine di espulsione, le tutele garantite dalla normativa internazionale dei diritti umani e dal diritto dei rifugiati possono venire compromesse in maniera grave.

Il diritto internazionale e, in particolare, il diritto internazionale dei diritti umani, è uno strumento potente per assicurare un ricorso efficace contro le violazioni dei diritti umani dei migranti. Questa Guida per operatori del diritto offre una disamina della protezione offerta ai migranti dal diritto internazionale e dei meccanismi per assicurarne il rispetto a livello nazionale e internazionale. La Guida sintetizza e chiarisce gli standard internazionali su problemi specifici, e in particolare: i diritti e le procedure connesse alla maniera in cui i migranti entrano in un Paese e alla loro condizione giuridica nel Paese di arrivo; la normativa dei diritti umani e il diritto dei rifugiati sulle procedure d'espulsione; i diritti e le garanzie nel trattenimento amministrativo dei migranti; i diritti connessi al lavoro; i diritti all'istruzione, alla salute, all'alloggio, all'acqua, all'alimentazione e alla sicurezza sociale.



INTERNATIONAL
COMMISSION
OF JURISTS

International Commission of Jurists
P.O. Box 91
33 Rue des Bains
CH-1211 Geneva 8
Switzerland



International Commission of Jurists

Per la promozione e la protezione dei diritti umani attraverso lo stato di diritto

Composta da 60 giudici ed avvocati eminenti provenienti da tutte le regioni del mondo, la Commissione Internazionale di Giuristi (ICJ) promuove e protegge i diritti umani attraverso lo stato di diritto, facendo uso della sua particolare esperienza del diritto per sviluppare e rafforzare i sistemi giudiziari nazionali ed internazionali. Fondata nel 1952 e attiva in cinque continenti, l'ICJ mira ad assicurare lo sviluppo progressivo e l'implementazione efficace del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario; ad assicurare la realizzazione dei diritti civili, culturali, economici, politici e sociali; a salvaguardare la separazione dei poteri e a garantire l'indipendenza della magistratura e della professione forense.

P.O. Box 91
33 Rue des Bains
CH-1211 Geneva 8
Switzerland
E-mail: info@icj.org
www.icj.org



INTERNATIONAL
COMMISSION
OF JURISTS

Presidente

Prof. Pedro NIKKEN, Venezuela

Vice-Presidenti

Giudice John DOWD, Australia

Giudice Michèle RIVET, Canada

Comitato Esecutivo

Prof. Vojin DIMITRIJEVIC, Serbia

Giudice Unity DOW, Botswana

Prof. Robert GOLDMAN, Stati Uniti d'America

Prof.ssa Jenny E. GOLDSCHMIDT, Paesi Bassi

Dott.ssa Imrana JALAL, Figi

Dott.ssa Karinna MOSKALENKO, Federazione Russa

Dott. Raji SOURANI, Palestina

Prof.ssa Leila ZERROUGI, Algeria (Presidente)

Altri membri della Commissione

Dott.. Muhannad AL-HASSANI, Siria

Dott.ssa Catarina DE ALBUQUERQUE, Portogallo

Dott. Ghanim ALNAJJAR, Kuwait

Prof. Adbullahi AN-NA'IM, Sudan

Prof. Carlos AYALA, Venezuela

Giudice Solomy BALUNGI BOSSA, Uganda

Dott. Abdelaziz BENZAKOUR, Marocco

Giudice Ian BINNIE, Canada

Prof. Alexander BRÖSTL, Slovacchia

Giudice Azhar CACHALIA, Sudafrica

Giudice Moses HUNGWE CHINHONGO, Zimbabwe

Prof. Santiago CORCUERA, Messico

Dott. Rajeev DHAVAN, India

Prof.ssa Louise DOSWALD-BECK, Svizzera

Giudice Hissham EL BASTAWISSI, Egitto

Giudice Elisabeth EVATT, Australia

Prof. Jochen A. FROWEIN, Germania

Dott. Gustavo GALLÓN, Colombia

Dott. Stellan GÄRDE, Svezia

Dott. Roberto GARRETÓN, Cile

Prof. Michelo HANSUNGULE, Zambia

Dott.ssa Sara HOSSAIN, Bangladesh

Dott.ssa Gulnora ISHANKHANOVA, Uzbekistan

Dott.ssa Asma JAHANGIR, Pakistan

Giudice Kalthoum KENNOU, Tunisia

Prof. David KRETZMER, Israele

Prof. Kazimierz Maria LANKOSZ, Polonia

Giudice Ketil LUND, Norvegia

Dott. Kathurima M'INOTI, Kenya

Giudice José Antonio MARTÍN PALLIN, Spagna

Giudice Charles MKANDAWIRE, Malawi

Giudice Sanji MONAGENG, Botswana

Prof.ssa Iulia MOTOC, Romania

Prof. Vitit MUNTARBHORN, Thailandia

Dott. Jorge Eduardo PAN CRUZ, Uruguay

Prof.ssa Monica PINTO, Argentina

Prof. Andrei RICHTER, Federazione Russa

Prof. Sir Nigel RODLEY, Regno Unito

Prof. Claes SANDGREN, Svezia

Dott. Belisario dos SANTOS JUNIOR, Brasile

Giudice Philippe TEXIER, Francia

Prof. U. Oji UMOZURIKE, Nigeria

Giudice Vilenas VADAPALAS, Lituania

Giudice E. Raúl ZAFFARONI, Argentina

Membri onorari

Prof. Georges ABI-SAAB, Egitto

Dott. Alejandro ARTUCIO, Uruguay

Giudice P.N. BHAGWATI, India

Dott. Boutros BOUTROS-GHALI, Egitto

Dott. William J. BUTLER, Stati Uniti d'America

Giudice Arthur CHASKALSON, Sudafrica

Giudice Marie-José CRESPIEN, Senegal

Dato' Param CUMARASWAMY, Malesia

Prof. Dalmo A. De ABREU DALLARI, Brasile

Prof. Alfredo ETCHEBERRY, Cile

Lord William GOODHART, Regno Unito

Giudice Lennart GROLL, Svezia

Giudice Louis JOINET, Francia

Giudice P.J.G. KAPTEYN, Paesi Bassi

Giudice Michael D. KIRBY, Australia

Prof. Kofi KUMADO, Ghana

Giudice Claire L'HEUREUX-DUBÉ, Canada

Dott. Jean Flavien LALIVE, Svizzera

Dott. Rudolf MACHACEK, Austria

Prof. Daniel H. MARCHAND, Francia

Dott. J.R.W.S. MAWALLA, Tanzania

Dott. François-Xavier MBOUYOM, Camerun

Dott. Fali S. NARIMAN, India

Prof. Manfred NOWAK, Austria

Prof. Bertrand RAMCHARAN, Guyana

Sir Shridath S. RAMPHAL, Guyana

Prof. Daniel THÜRER, Svizzera

Prof. Christian TOMUSCHAT, Germania

Giudice Michael A. TRIANTAFYLIDIS, Cipro

Prof. Theo VAN BOVEN, Paesi Bassi

Giudice Lucius WILDHABER, Svizzera

Dott. José ZALAQUETT, Cile

L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani

Guida per operatori del diritto n. 6

© Copyright International Commission of Jurists

La Commissione Internazionale di Giuristi (International Commission of Jurists – ICJ) permette la libera riproduzione di estratti di tutte le proprie pubblicazioni, a patto che ne sia dato il dovuto riconoscimento e che una copia della pubblicazione contenente l'estratto sia spedita alla sua sede principale al seguente indirizzo:

International Commission Of Jurists

P.O. Box 91
33, rue des Bains
Geneva
Switzerland

® L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani – Guida per operatori del diritto n. 6

ISBN: 92-9037-160-9

Ginevra, edizione originale in inglese 2011

Ginevra, traduzione in italiano 2012

L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani

Guida per operatori del diritto n. 6



INTERNATIONAL
COMMISSION
OF JURISTS

Questa guida è stata scritta da Massimo Frigo, che ne ha eseguito il lavoro di ricerca, ed è stata redatta da Róisín Pillay. Il controllo legale è stato assicurato da Ian Seiderman. La traduzione italiana è stata eseguita da Franco Vella, con redazione da parte dell'autore. Priyamvada Yarnell ha coordinato la produzione della versione inglese originale. Altre persone che hanno contribuito al contenuto di quest'opera sono Leah Hoxter, Sandra Ratjen, Allison Jernow, Mina Baghai e Anne Poulos.

L'ICJ è riconoscente al gruppo di revisori esterni che ha fornito commenti e osservazioni sulla bozza della guida originale: Alison Harvey, Dott. Machteld Inge van Dooren, Cecilie Schjotvet, Mark Manly e Karl Engman. Il loro contributo non implica un'approvazione del contenuto di questa guida e la responsabilità per eventuali errori ed omissioni resta solamente sull'ICJ.

L'ICJ è riconoscente a Open Society Foundations, il cui supporto finanziario ha reso possibile la traduzione in italiano di questa guida. L'ICJ è inoltre riconoscente al Joseph Rowntree Charitable Trust, che ha finanziato il testo originale in inglese e la ricerca per questo libro.

La prima fotografia della copertina è stata ottenuta attraverso una licenza di attribuzione Creative Commons dal Dipartimento sull'Immigrazione e la Cittadinanza del governo australiano.

Questa pubblicazione è stata resa possibile grazie al sostegno di Open Society Foundations

SOMMARIO

Acronimi	1
Tabella della giurisprudenza	3
Introduzione	29
I. L'obiettivo di questa Guida	29
II. L'immigrazione e i diritti umani	30
III. La natura multiforme dell'esperienza migratoria	32
IV. I profili generali della normativa internazionale dei diritti umani	37
1. L'uguaglianza e divieto di discriminazione	38
2. Al di là del diritto internazionale dei diritti umani	41
V. Una guida per gli operatori del diritto: limiti e benefici	41
VI. Una Guida per fare dei diritti una realtà	43
Capitolo 1: Ingresso, soggiorno e condizione giuridica dello straniero	45
I. Ingresso e soggiorno nel territorio	45
1. I diritti d'ingresso e di soggiorno	45
2. Quando avviene l'“ingresso”: questioni di giurisdizione	45
3. I diritti umani nel procedimento di ingresso	47
II. Categorie e status dei migranti	49
1. Lo status di rifugiato	49
a) Quando una persona è un rifugiato	50
i) Il timore fondato di persecuzione	51
ii) I motivi di persecuzione	52
Riquadro n. 1. La persecuzione riguardante il sesso e il genere	54
iii) Persecuzioni provenienti da soggetti non statali	55

Riquadro n. 2. La persecuzione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere	56
b) I diritti dei rifugiati	57
c) Quando un rifugiato non è un rifugiato: clausole di cessazione e di esclusione	59
i) Le cause di cessazione dallo status di rifugiato	59
ii) Le cause di esclusione dallo status di rifugiato	60
Riquadro n. 3. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di clausole di esclusione ed atti terroristici	62
Riquadro n. 4. Le vittime o le potenziali vittime della tratta di esseri umani sono rifugiati?	63
d) La procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato	65
i) Procedure eque	66
ii) Il divieto di discriminazione e provvedimenti speciali	67
iii) Il livello e l'onere della prova	68
iv) I minori e la tutela speciale per i minori non accompagnati	69
2. Altre forme di protezione contemplate dal diritto internazionale	69
a) La protezione temporanea	71
Riquadro n. 5. La protezione temporanea nell'Unione Europea	72
b) Forme complementari di protezione	73
Riquadro n. 6. L'approccio dell'UE: "protezione sussidiaria"	74
c) Forme discrezionali di protezione	77
3. Il ricongiungimento familiare	78
a) Il ricongiungimento familiare nel diritto internazionale	78
b) Il diritto al rispetto della vita familiare e il ricongiungimento familiare	79
i) Cosa si intende per famiglia?	81
Riquadro n. 7. Il ricongiungimento familiare nel diritto UE	82

c) Considerazioni particolari riguardanti il ricongiungimento familiare tra genitori e figli	84
d) I minori non accompagnati e il ricongiungimento familiare	85
i) La discriminazione e l'accesso al territorio	86
e) I problemi collegati al ricongiungimento familiare: la dipendenza	87
Riquadro n. 8. L'assegnazione obbligatoria di residenza per i rifugiati non può pregiudicare la loro vita familiare	89
4. Le vittime della tratta degli esseri umani	89
a) Chi è la vittima della tratta di persone?	90
b) Gli obblighi degli Stati	91
5. Il traffico di migranti	93
6. I migranti soccorsi in mare	94
7. Gli apolidi	97
Capitolo 2: L'espulsione e il rispetto dei diritti umani	101
I. Il principio di <i>non-refoulement</i>	101
1. Il principio di <i>non-refoulement</i> nel diritto internazionale dei rifugiati	102
2. Il principio di <i>non-refoulement</i> nel diritto internazionale dei diritti umani	105
a) Principi generali	105
Riquadro n. 9. Le donne come gruppo a rischio per l'applicazione del principio di <i>non-refoulement</i>	106
b) L'origine del rischio: attività di soggetti privati	106
c) Il livello di prova: "fondati motivi per ritenere"	107
d) L'onere della prova	111
e) I diritti assoluti e l'obbligazione di <i>non-refoulement</i>	112
f) Le garanzie diplomatiche	113

g) Il luogo di trasferimento: <i>refoulement</i> indiretto e differenze regionali	115
Riquadro n. 10. Il regolamento Dublino II	115
h) L'applicazione extra-territoriale del principio di <i>non-refoulement</i>	117
3. Quali diritti umani richiedono l'adempimento degli obblighi di <i>non-refoulement</i>?	118
a) <i>Non-refoulement</i> e il divieto della tortura o di pene e trattamenti crudeli, inumani e degradanti	118
b) Le sparizioni forzate	121
c) Le esecuzioni extragiudiziali e il diritto alla vita	121
d) <i>Non-refoulement</i> e la pena di morte	122
e) La sindrome del braccio della morte	124
f) La flagrante negazione del processo equo e la detenzione arbitraria	124
g) La libertà di religione o di credo	125
II. L'allontanamento in violazione dei diritti riconosciuti dallo Stato di espulsione.	126
1. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare	126
2. Le espulsioni e i diritti alla libertà di religione, di credo e di espressione	130
3. L'espulsione e l'"effettività" del diritto a un ricorso	131
Capitolo 3: Le procedure di espulsione	135
I. Quando un individuo viene "espulso"?	135
II. Quale tutela è applicata nei procedimenti espulsivi?	136
1. Le specifiche garanzie procedurali nei procedimenti espulsivi	138
a) La decisione di espulsione in conformità alla legge	139
b) Il diritto di far valere le proprie ragioni contro l'espulsione	139
c) Il diritto all'assistenza legale	140

d) Il diritto al ricorso	141
e) L'applicazione del principio di non-discriminazione	142
f) Le eccezioni di ordine pubblico e di sicurezza nazionale	142
2. Le procedure di espulsione e il diritto a un equo processo	143
Riquadro n. 11. La deportazione e il trasferimento forzato come crimini internazionali	146
3. Le garanzie procedurali e le espulsioni collettive	147
Riquadro n. 12. Le espulsioni ripetitive possono violare il divieto di trattamenti inumani e degradanti	149
III. Le garanzie procedurali nel procedimento di espulsione e il diritto a un ricorso	150
1. Un ricorso effettivo	150
2. Il diritto a un ricorso con effetto sospensivo	152
3. La sicurezza nazionale	153
IV. L'espulsione dei rifugiati	153
1. Rimpatrio volontario dei rifugiati	155
Capitolo 4: La detenzione amministrativa dei migranti	157
I. La natura giuridica della "detenzione"	158
II. La legittima applicazione di una misura detentiva	160
1. Le differenti vie di legittimazione alla detenzione in materia di immigrazione	160
2. Il provvedimento detentivo deve rispettare il principio di legalità interna nel diritto sostanziale e procedurale	161
3. La detenzione non deve essere arbitraria, inutile o sproporzionata	163
4. Il trattenimento dei richiedenti asilo e dei rifugiati: considerazioni particolari	166
5. La detenzione in casi d'ingresso o in vista di espulsione: aspetti particolari	167

a) La detenzione per impedire l'ingresso irregolare	167
b) La detenzione in attesa di espulsione	168
6. La detenzione di alcuni gruppi di persone: considerazioni particolari	170
a) La detenzione dei bambini: giustificazione	170
b) La detenzione degli apolidi	172
7. La detenzione dei migranti per finalità diverse dal controllo dell'immigrazione	173
a) La detenzione amministrativa per esigenze di tutela della sicurezza nazionale	174
b) La privazione della libertà da parte di soggetti privati	175
III. Il trattamento dei detenuti	177
1. L'idoneità del luogo di detenzione	179
a) Luoghi di detenzione per bambini e famiglie	180
2. Le condizioni di detenzione	181
a) L'effetto cumulativo di condizioni di detenzione precarie	182
b) Sovraffollamento	183
c) Accesso alle cure sanitarie	184
3. Le condizioni di detenzione di gruppi particolari di persone	185
a) Detenuti con malattie mentali	185
b) Persone con disabilità	186
c) Sopravvissuti alla tortura	187
d) Bambini	187
i) L'educazione nelle strutture ricettive	188
e) Le donne detenute	188
4. La protezione dai maltrattamenti, compresa la violenza in stato di detenzione	190

a) La violenza e i maltrattamenti esercitati durante l'allontanamento dal territorio nazionale	191
IV. Le garanzie procedurali	192
1. I motivi di privazione della libertà	192
2. Tutele in stato di detenzione	194
a) Il diritto all'assistenza di un avvocato	194
b) Il diritto di accesso alle cure mediche	195
c) Il diritto di informare i familiari e altre persone dello stato di detenzione	195
d) Il diritto di accesso all'agenzia ACNUR	196
e) Il diritto di accesso consolare	196
3. Il controllo giudiziario della detenzione	198
a) I requisiti di un controllo giurisdizionale effettivo della detenzione	200
b) Un controllo giurisdizionale effettivo nei casi di sicurezza nazionale	203
4. Il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione	204
Capitolo 5: I diritti economici, sociali e culturali in materia d'immigrazione	205
I. Principi generali	205
1. Obblighi di rispetto, protezione e adempimento	205
2. Obblighi a effetto immediato e a realizzazione progressiva	206
3. Il divieto di misure regressive	207
4. Il divieto di discriminazione applicato agli stranieri	207
5. Rimedi per la violazione dei diritti economici, sociali e culturali	209
Riquadro n. 13. I diritti economici, sociali e culturali nei tribunali regionali	211
a) Strumenti di esecuzione giudiziaria	212

Riquadro n. 14. L'indigenza, il diritto alla vita e alla libertà da trattamenti crudeli, inumani o degradanti	215
II. Diritti di particolare importanza per i migranti	216
1. Il diritto a un livello di vita adeguato	216
a) Il diritto all'acqua e ai servizi igienico-sanitari	216
b) Il diritto all'alimentazione	217
c) Il diritto a un alloggio adeguato	218
i) L'esecuzione forzata di sfratto	220
ii) La discriminazione abitativa e la parità di trattamento dei migranti	221
iii) La tutela del diritto all'alloggio attraverso l'esercizio dei diritti civili e politici	223
2. Salute	224
a) Non-discriminazione in ambito sanitario e parità di trattamento dei migranti	225
b) La tutela del diritto alla salute attraverso l'esercizio dei diritti civili e politici	227
3. Sicurezza Sociale	229
a) Discriminazione in materia di sicurezza sociale e parità di trattamento dei migranti	229
b) La tutela dei diritti alla sicurezza sociale attraverso l'esercizio dei diritti civili e politici	232
4. Istruzione	234
Capitolo 6: I diritti sul lavoro dei migranti e dei rifugiati	239
I. Il quadro normativo	239
II. Il diritto al lavoro	240
1. La schiavitù e la servitù	241
2. Il lavoro forzato	242
a) La nozione di lavoro forzato	243

b) Gli obblighi dello Stato di prevenire e di investigare situazioni di lavoro forzato	245
Riquadro n. 15. Un caso di servitù e di lavoro forzato	245
c) L'accesso a un rimedio contro il lavoro forzato	246
Riquadro n. 16. La tratta di esseri umani, il lavoro forzato e la Corte Europea	246
3. Il lavoro minorile	248
III. I diritti sul posto di lavoro	250
1. Non-discriminazione e diritti sul lavoro	253
a) Il <i>Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali</i> e la <i>Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale</i>	253
b) Le convenzioni OIL	254
c) La <i>Convenzione internazionale per la protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari</i>	255
d) La <i>Convenzione di Ginevra sui rifugiati</i>	256
e) Il sistema inter-americano	256
2. Il divieto di discriminazione e le donne lavoratrici migranti	257
3. Particolari diritti sul lavoro	258
a) Retribuzione equa	258
b) Il diritto al riposo e al tempo libero	259
c) Cessazione del rapporto di lavoro	260
d) Gravidanza	262
IV. Libertà di associazione nel diritto del lavoro: diritto di costituire dei sindacati o di aderirvi	263
Allegato 1: Come scegliere un meccanismo internazionale: una check list	267
I. Quale meccanismo si può utilizzare?	267
II. Scelta del meccanismo: strategia	268

Allegato 2: I mezzi internazionali di ricorso ed il loro uso

	269
I. Utilizzo dei meccanismi e dei ricorsi internazionali	269
1. Requisiti Preliminari	270
a) Giurisdizione (temporale, materiale e territoriale)	270
i) Giurisdizione temporale (“ <i>ratione temporis</i> ”)	270
ii) Giurisdizione materiale (“ <i>ratione materiae</i> ”)	271
iii) Giurisdizione territoriale (“ <i>ratione loci</i> ”)	273
b) Legittimazione a agire	275
i) Legittimazione a presentare un’istanza individuale: il significato di “vittima”	276
ii) Meccanismi a ricorso individuale	276
iii) Meccanismi a ricorso collettivo: il Comitato Europeo sui Diritti Sociali	278
iv) Ricorsi individuali e collettivi	278
v) Meccanismi ad accesso indiretto	279
2. Condizioni di Ricevibilità	280
a) Esaurimento delle vie di ricorso interne	280
i) Derghe al principio	282
b) Termini per il ricorso	284
c) Duplicazione di procedure o condizioni simili	285
d) Pregiudizi importanti	286
e) Altre condizioni	287
3. Provvedimenti provvisori	288
4. L’esercizio efficace del diritto al ricorso	289
5. Interventi di terzi	291
II. Le procedure dei meccanismi internazionali	292

1. Organismi previsti dai trattati universali	292
a) Fase preparatoria	293
b) Fase di ammissibilità	293
c) Merito	294
d) Composizione amichevole	295
e) Misure provvisorie	295
2. La Corte Europea dei Diritti Umani	295
a) Rappresentante legale e gratuito patrocinio	299
3. Il Comitato Europeo sui Diritti Sociali	299
4. La Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani	300
a) Domande che si riferiscono alla <i>Convenzione americana sui diritti umani</i>	300
b) Domande riguardanti gli Stati che non sono parte della <i>Convenzione americana sui diritti umani</i>	302
5. La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani	303
6. La Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli	304
7. La Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli	305
III. Cosa accade dopo? I sistemi di esecuzione e controllo	307
IV. Procedure di comunicazione tramite rapporti	309
1. Gli organismi dei trattati ONU	309
2. Meccanismi non giudiziari per esaminare ricorsi individuali	310
a) Norme procedurali essenziali nelle procedure speciali	310
Riquadro n. 17. Le procedure speciali più importanti per migranti e rifugiati	313
b) Il Gruppo di Lavoro sulla detenzione arbitraria	314

Acronimi

Strumenti giuridici

PIDCP	<i>Patto internazionale sui diritti civili e politici</i>
PIDESC	<i>Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali</i>
CIEDR	<i>Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale</i>
CEDCD	<i>Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne</i>
CCT	<i>Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti</i>
CDF	<i>Convenzione sui diritti del fanciullo</i>
CIDLM	<i>Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei loro familiari</i>
CPSF	<i>Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata</i>
CDPD	<i>Convenzione sui diritti delle persone con disabilità</i>
CEDU	<i>Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali</i>
CADU	<i>Convenzione americana sui diritti umani</i>
DADDU	<i>Dichiarazione americana sui diritti e i doveri dell'uomo</i>
CADUP	<i>Carta africana sui diritti umani e dei popoli</i>
CArDU	<i>Carta araba sui diritti umani</i>

Meccanismi internazionali

CDU	Comitato sui Diritti Umani
CDESC	Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali
CCT	Comitato contro la Tortura
CEDR	Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale
CEDCD	Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne
CDF	Comitato sui Diritti del Fanciullo
CLM	Comitato sui Lavoratori Migranti
Comm.EDU	Commissione Europea sui Diritti Umani
C.EDU	Corte Europea dei Diritti Umani
Comm.IADU	Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani
C.IADU	Corte Inter-Americana dei Diritti Umani
Comm.ADUP	Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli
C.ADUP	Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli
ACNUR	Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati
CE-ACNUR	Comitato Esecutivo ACNUR

Tabella della giurisprudenza

Corte Internazionale di Giustizia

Applicazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (Georgia c. Federazione Russa), Misure Cautelari, Ordine del 15 ottobre 2008, ICJ Reports 2008, p. 353

Attività Armate sul Territorio del Congo (Repubblica Democratica del Congo c. Uganda), Sentenza, 19 dicembre 2005, ICJ Reports 2005, p. 168

Avena e altri cittadini messicani (Messico c. Stati Uniti d'America), Sentenza, 31 marzo 2004, ICJ Reports 2004, p. 12

Caso sull'applicazione della Convenzione per la prevenzione e la punizione del reato di genocidio (Bosnia-Erzegovina c. Serbia Montenegro), Sentenza, 26 febbraio 2007 No. 91 [2007] ICJ 1

Alcuni terreni di fosfati a Nauru (Nauru c. Australia), Questioni preliminari, 26 giugno 1992, ICJ Reports 1992, p. 240

Diallo (Repubblica della Guinea c. Repubblica Democratica del Congo), Sentenza, 30 novembre 2010

Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati, Opinione Consultiva, ICJ Reports 2004, p. 136

LeGrand (Germania c. Stati Uniti d'America), Sentenza, 27 giugno 2001, ICJ Reports 2001, p. 466

Camerun settentrionale (Cameroon c. Regno Unito), Questioni preliminari, 2 dicembre 1963, ICJ Reports 1963, p. 15

Comitato sui Diritti Umani

A. R. J. c. Australia, Comunicazione n. 692/1996**, Decisione dell'11 agosto 1997

A. c. Australia, Comunicazione n. 560/1993, Decisione del 30 aprile 1997

Adu c. Canada, Comunicazione n. 654/1995, Decisione del 28 dicembre 1994

Ahani c. Canada, Comunicazione n. 1051/2002, Decisione del 15 giugno 2004

Alzery c. Svezia, Comunicazione n. 1416/2005, Decisione del 10 novembre 2006

Ashby c. Trinidad e Tobago, Comunicazione n. 580/1994, Decisione del 19 aprile 2002

Aumeeruddy-Cziffra e altri diciannove donne delle Mauritius c. Mauritius, Comunicazione n. 35/1978, Decisione del 9 aprile 1981

Baboeram et al. c. Suriname, Comunicazioni n. 146/1983-148-154/1983, Decisione del 4 aprile 1985

Bakhtiyari c. Australia, Comunicazione n. 1069/2002, Decisione del 6 novembre 2003

Barbato c. Uruguay, Comunicazione n. 84/1981, Decisione del 21 ottobre 1982

C. c. Australia, Comunicazione n. 900/1999, Decisione del 13 novembre 2002

Cámpora Schweizer c. Uruguay, Comunicazione n. 66/1980, Decisione del 12 ottobre 1982

Celepli c. Svezia, Comunicazione n. 456/1991, Decisione del 26 luglio 1994

Celiberti de Casariego c. Uruguay, Comunicazione n. 56/1979, Decisione del 29 luglio 1981

Conteris c. Uruguay, Comunicazione n. 139/1983, Decisione del 17 luglio 1985

Correia de Matos c. Portogallo, Comunicazione n. 1123/2002, Decisione del 18 aprile 2006

Dadar c. Canada, Comunicazione n. 258/2004, Decisione del 5 dicembre 2005

Danyal Shafiq c. Australia, Comunicazione n. 1324/2004, Decisione del 13 novembre 2006

Faure c. Australia, Comunicazione n. 1036/2001, Decisione del 23 novembre 2005

G. T. c. Australia, Comunicazione n. 706/1996**, Decisione del 4 dicembre 1997

Gobin c. Mauritius, Comunicazione n. 787/1997, Decisione del 20 agosto 2001

Hamilton c. Giamaica, Comunicazione n. 616/1995, Decisione del 23 luglio 1999

Hammel c. Madagascar, Comunicazione n. 155/1983, Decisione del 3 aprile 1987

Judge c. Canada, Comunicazione n. 829/1998, Decisione del 20 ottobre 2003

Kaba e Kaba c. Canada, Comunicazione n. 1465/2006, Decisione del 25 marzo 2010

Khalilov c. Tagikistan, Comunicazione n. 973/2001, Decisione del 13 aprile 2005

Kindler c. Canada, Comunicazione n. 470/1991*, Decisione del 18 novembre 1993

Kwok Yin Fong c. Australia, Comunicazione n. 1442/2005*, Decisione del 23 novembre 2009

Lopez Burgos c. Uruguay, Comunicazione n. R 12/52, Decisione del 6 giugno 1979

Love et al. c. Australia, Comunicazione n. 983/2001, Decisione del 25 marzo 2003

Lovelace c. Canada, Comunicazione n. R.6/24, Decisione del 30 luglio 1981

Madafferi e Madafferi c. Australia, Comunicazione n. 1011/2001, Decisione del 26 agosto 2004

Mansaraj e al. c. Sierra Leone, Comunicazioni n. 839/98-840/98-841/98, Decisione del 16 luglio 2001

Maroufidou c. Svezia, Comunicazione n. 58/1979, Decisione dell'8 aprile 1981

Nakrash e Qifen c. Svezia, Comunicazione n. 1540/2007*, Decisione del 19 novembre 2008

Ng c. Canada, Comunicazione n. 469/1991*, Decisione del 7 gennaio 1994

Ngambi e Nébol c. Francia, Comunicazione n. 1179/2003, Decisione del 16 luglio 2004

P.K. c. Canada, Comunicazione n. 1234/2003, Decisione del 3 aprile 2007

Pieiong c. Filippine, Comunicazione n. 869/1999, Decisione del 19 ottobre 2000

Quinteros Almeida c. Uruguay, Comunicazione n. 107/1981, Decisione del 21 luglio 1983

Rubin Byahuranga c. Danimarca, Comunicazione n. 1222/2003, Decisione del 9 dicembre 2004

Saed Shams e al. c. Australia, Comunicazione n. 1255/2004, Decisione dell'11 settembre 2007

Samba Jalloh c. Paesi Bassi, Comunicazione n. 794/1998, Decisione del 15 aprile 2002

Staselovich e Lyashkevich c. Bielorussia, Comunicazione n. 887/1999, Decisione del 3 aprile 2003

Surinder Kaur c. Canada, Comunicazione n. 1455/2006 *, Decisione del 18 novembre 2008

Tarlue c. Canada, Comunicazione n. 1551/2007**, Decisione del 28 aprile 2009

Toonen c. Australia, Comunicazione n. 488/1992, Decisione del 31 marzo 1994

Yin Fong c. Australia, Comunicazione n. 1442/2005, Decisione del 23 ottobre 2009

Young c. Australia, Comunicazione n. 941/2000, Decisione del 6 agosto 2003

Zhakhongir Maksudov e al. c. Kirghizistan, Comunicazioni n. 1461-1462-1476-1477/2006*, Decisione del 31 luglio 2008

Zundel c. Canada, Comunicazione n. 1341/2005, Decisione del 4 aprile 2007

Comitato contro la Tortura

A. S. c. Svezia, Comunicazione n. 149/1999, Decisione del 15 febbraio 2001

A. c. Paesi Bassi, Comunicazione n. 91/1997, Decisione del 13 novembre 1998

A.F. c. Svezia, Comunicazione n. 89/1997, Decisione dell'8 maggio 1998

Agiza c. Svezia, Comunicazione n. 233/2003 *, Decisione del 24 maggio 2005

Ahmad Dar c. Norvegia, Comunicazione n. 249/2004, Decisione del 16 maggio 2007

Arkauz Arana c. Francia, Comunicazione n. 63/1997, Decisione del 5 giugno 2000

Attia c. Svezia, Comunicazione n. 199/2002, Decisione del 24 novembre 2003

B.S.S. c. Canada, Comunicazione n. 183/2001, Decisione del 17 maggio 2004

Brada c. Francia, Comunicazione n. 195/2002, Decisione del 24 maggio 2005

C. T. e K. M. c. Svezia, Comunicazione n. 279/2005, Decisione del 22 gennaio 2007

Dadar c. Canada, Comunicazione n. 258/2004, Decisione del 5 dicembre 2005

Dar c. Norvegia, Comunicazione n. 249/2004, Decisione del 16 maggio 2007

David c. Svezia, Comunicazione n. 220/2002, Decisione del 17 maggio 2005

Falcon Ríos c. Canada, Comunicazione n. 133/1999, Decisione del 17 dicembre 2004

G. R. B. c. Svezia, Comunicazione n. 83/1997, Decisione del 15 maggio 1998

H.M.H.I. c. Australia, Comunicazione n. 177/2001, Decisione del 1 maggio 2002

Hamaggioak Korban c. Svezia, Comunicazione n. 88/1997, Decisione del 16 novembre 1998

Haydin c. Svezia, Comunicazione n. 101/1997, Decisione del 16 dicembre 1998

Hussain Khan c. Canada, Comunicazione n. 15/1994, Decisione del 18 novembre 1994

J.H.A. c. Spagna, Comunicazione n. 323/2007, Decisione del 21 novembre 2008

Karoui c. Svezia, Comunicazione n. 185/2001, Decisione del 25 maggio 2002

L. M. C. R. G. e M. A. B. C. c. Svezia, Comunicazione n. 64/1997, Decisione del 19 novembre 1997

L. Z. B. c. Canada, Comunicazione n. 304/2006, Decisione del 15 novembre 2007

M.P.S. c. Australia, Comunicazione n. 138/1999, Decisione del 30 aprile 2002

Mortesa Aemei c. Svizzera, Comunicazione n. 34/1995, Decisione del 29 maggio 1997

Mutombo c. Svizzera, Comunicazione n. 13/1993, Decisione del 27 aprile 1994

Núñez Chipana c. Venezuela, Comunicazione n. 110/1998, Decisione del 16 dicembre 1998

Paku Kisoki c. Svezia, Comunicazione n. 41/1996, Decisione dell'8 maggio 1996

Pelit c. Azerbaijan, Comunicazione n. 281/2005, Decisione del 29 maggio 2007

S.C. et al. c. Canada, Comunicazione n. 49/1996, Decisione del 15 maggio 2001

Sadiq Shek Elmi c. Australia, Comunicazione n. 120/1998, Decisione del 25 maggio 1999

Singh Sogi c. Canada, Comunicazione n. 297/2006, Decisione del 29 novembre 2007

T.P.S. c. Canada, Comunicazione n. 999/1997, Decisione del 4 settembre 2000

Tapia Paez c. Svezia, Comunicazione n. 39/1996, Decisione del 28 aprile 1997

Tebourski c. Francia, Comunicazione n. 300/2006, Decisione dell'11 maggio 2007

X, Y e Z c. Svezia, Comunicazione n. 61/1996, Decisione del 6 maggio 1998

Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale

D.F. c. Australia, Comunicazione n. 39/2006, Decisione del 3 marzo 2008

D.R. c. Australia, Comunicazione n. 42/2008, Decisione del 15 settembre 2009

Yilmaz-Dogan c. Paesi Bassi, Comunicazione n. 1/1984, Decisione del 29 settembre 1988

Z.U.B.S. c. Australia, Comunicazione n. 6/1995, Decisione del 25 gennaio 2000

Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne

Yildirim c. Austria, Comunicazione n. 6/2005, Decisione del 6 agosto 2007

Corte Europea dei Diritti Umani

A. e al. c. Regno Unito, GC, Ricorso n. 3455/05, Sentenza del 19 febbraio 2009

A.B. c. Paesi Bassi, Ricorso n. 37328/97, Sentenza del 29 gennaio 2002

A.W. Khan c. Regno Unito, Ricorso n. 47486/06, Sentenza del 12 gennaio 2010

Abdolkhani e Karimnia c. Turchia, Ricorso n. 30471/08, Sentenza del 22 settembre 2009

Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito, Plenaria, Caso n. 15/1983/71/107-109, Sentenza del 24 aprile 1985

Aerts c. Belgio, Ricorso n. 25357/94, Sentenza del 30 luglio 1998

Agraw c. Svizzera, Ricorso n. 3295/06, Sentenza del 29 luglio 2010

Ahmed c. Austria, Caso n. 71/1995/577/663, Sentenza del 17 dicembre 1996

Ahmut c. Paesi Bassi, Caso n. 73/1995/579/665, Sentenza del 26 ottobre 1996

Airey c. Irlanda, Ricorso n. 6289/73, Sentenza del 9 ottobre 1979

Akdivar e al. c. Turchia, GC, Ricorso n. 21893/93, Sentenza del 16 settembre 1996

Akman c. Turchia, Ricorso n. 37453/97, Decisione sull'ammissibilità, 26 giugno 2001

Al-Moayad c. Germania, Ricorso n. 35865/03, Decisione sull'ammissibilità, 20 febbraio 2007

Al-Nashif c. Bulgaria, Ricorso n. 50963/99, Sentenza del 20 giugno 2002

Al-Sadoon e Mufti c. Regno Unito, Ricorso n. 61498/08, Decisione sull'ammissibilità, 30 giugno 2009

Al-Sadoon e Mufti c. Regno Unito, Ricorso n. 61498/08, Sentenza del 2 marzo 2010

Alatulkkila e al. c. Finlandia, Ricorso n. 33538/96, Sentenza del 28 luglio 2005

Aleksanyan c. Russia, Ricorso n. 46468/06, Sentenza del 22 dicembre 2008

Algür c. Turchia, Ricorso n. 32574/96, Sentenza del 22 ottobre 2002

Aloumi c. Francia, Ricorso n. 50278/99, Sentenza del 17 gennaio 2006

- Amrollahi c. Danimarca*, Ricorso n. 56811/00, Sentenza dell'11 luglio 2002
- Amuur c. Francia*, Caso n. 17/1995/523/609, Sentenza del 20 maggio 1996
- Angelova c. Bulgaria*, Ricorso n. 38361/97, Sentenza del 13 giugno 2002
- Ashingdane c. Regno Unito*, Ricorso n. 8225/78, Sentenza del 28 marzo 1985
- Ayder e al. c. Turchia*, Ricorso n. 23656/94, Sentenza dell'8 gennaio 2004
- Aydin c. Turchia*, Caso n. 57/1996/676/866, Sentenza del 25 settembre 1997
- Bader e Kanbor c. Svezia*, Ricorso n. 13284/04, Sentenza dell'8 novembre 2005
- Bahaddar c. Paesi Bassi*, Ricorso n. 25894/94, Sentenza del 19 febbraio 1998
- Baysakov e al. c. Ucraina*, Ricorso n. 54131/08, Sentenza del 18 febbraio 2010
- Beard c. Regno Unito*, GC, Ricorso n. 24882/94, Sentenza del 18 gennaio 2001
- Belevitskiy c. Russia*, Ricorso n. 72967/01, Sentenza del 1 marzo 2007
- Ben Khemais c. Italia*, Ricorso n. 246/07, Sentenza del 24 febbraio 2009
- Benamar c. Paesi Bassi*, Ricorso n. 43786/04, Decisione sull'ammissibilità, 5 aprile 2005
- Bilgin c. Turchia*, Ricorso n. 23819/94, Sentenza del 16 novembre 2000
- Bolat c. Russia*, Ricorso n. 14139/03, Sentenza del 5 ottobre 2006
- Bouamar c. Belgio*, Ricorso n. 9106/80, Sentenza del 29 febbraio 1988
- Bouchelkia c. Francia*, Caso n. 112/1995/618/708, Sentenza del 29 gennaio 1997
- Boughanemi c. Francia*, Caso n. 16/1995/522/608, Sentenza del 24 aprile 1996
- Boultif c. Svizzera*, Ricorso n. 54273/00, Sentenza del 2 agosto 2001
- Bozano c. Francia*, Ricorso n. 9990/82, Sentenza del 18 dicembre 1986
- Brogan e al. c. Regno Unito*, Plenaria, Ricorsi n. 1209/84-11234/84-11266/84-11386/85, Sentenza del 29 novembre 1988
- C.G. e al. c. Bulgaria*, Ricorso n. 1365/07, Sentenza del 24 aprile 2008
- Calvelli e Ciglio c. Italia*, GC, Ricorso n. 32967/96, Sentenza del 17 gennaio 2002
- Castells c. Spagna*, Ricorso n. 11798/85, Sentenza del 23 aprile 1992

Alcuni aspetti delle leggi sull'uso delle lingue nell'istruzione in Belgio, Ricorsi n. 1474/62-1677/62-1691/62-1769/63-2126/64, Sentenza del 23 luglio 1968

Chahal c. Regno Unito, GC, Ricorso n. 22414/93, Sentenza del 15 novembre 1996

Chandra e al. c. Paesi Bassi, Ricorso n. 53102/99, Decisione sull'ammissibilità, 13 maggio 2003

Chapman c. Regno Unito, GC, Ricorso n. 27238/95, Sentenza del 18 gennaio 2001

Charahili c. Turchia, Ricorso n. 46605/07, Sentenza del 13 aprile 2010

Chassagnou e al. c. Francia, GC, Ricorsi n. 25088/94-28331/95-28443/95, Sentenza del 29 aprile 1999

Ciliz c. Paesi Bassi, Ricorso n. 29192/95, Sentenza dell'11 luglio 2000

onka c. Belgio, Ricorso n. 51564/99, Sentenza del 5 febbraio 2002

Connors c. Regno Unito, Ricorso n. 66746/01, Sentenza del 27 maggio 2004

Costello-Roberts c. Regno Unito, Ricorso n. 13134/87, Sentenza del 25 marzo 1993

Coster c. Regno Unito, GC, Ricorso n. 24876/94, Sentenza del 18 gennaio 2001

Cotlet c. Romania, Ricorso n. 38565/97, Sentenza del 3 giugno 2003

Cox c. Turchia, Ricorso n. 2933/03, Sentenza del 20 maggio 2010

Cruz Varas e al. c. Svezia, Plenaria, Ricorso n. 15576/89, Sentenza del 20 marzo 1991

Cipro c. Turchia, GC, Ricorso n. 25781/94, Sentenza del 10 maggio 2001

D. c. Regno Unito, Ricorso n. 30240/96, Sentenza del 2 maggio 1997

Dbouba c. Turchia, Ricorso n. 15916/09, Sentenza del 13 luglio 2010

De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio, Plenaria, Ricorsi n. 2832/66-2835/66-2899/66, Sentenza del 18 giugno 1971

Demades c. Turchia, Ricorso n. 16219/90, Sentenza del 31 ottobre 2003

Demiray c. Turchia, Ricorso n. 27308/95, Sentenza del 21 novembre 2000

Dogan e al. c. Turchia, Ricorsi n. 8803-8811/02-8813/02-8815-8819/02, Sentenza del 29 giugno 2004

Dougoz c. Grecia, Ricorso n. 40907/98, Sentenza del 6 marzo 2001

Drozdz e Janousek c. Francia e Spagna, Plenaria, Ricorso n. 12747/87, 26 giugno 1992

Dudgeon c. Regno Unito, Plenaria, Ricorso n. 7525/76, Sentenza del 22 ottobre 1981

E.B. c. Francia, GC, Ricorso n. 43546/02, Sentenza del 22 gennaio 2008

Edwards c. Regno Unito, Ricorso n. 46477/99, Sentenza del 14 marzo 2002

Elsholz c. Germania, GC, Ricorso n. 25735/94, Sentenza del 13 luglio 2000

Eminbeyli c. Russia, Ricorso n. 42443/02, Sentenza del 26 febbraio 2009

Engel e al. c. Paesi Bassi, Plenaria, Ricorsi n. 5100/71-5101/71-5102/71-5354/72-5370/72, Sentenza dell'8 giugno 1986

Erikson c. Italia, Ricorso n. 37900/97, Decisione sull'ammissibilità, 26 ottobre 1999

Fadeyeva c. Russia, Ricorso n. 55723/00, Sentenza del 9 giugno 2005

Farbthuss c. Lettonia, Ricorso n. 4672/02, Sentenza del 2 dicembre 2004

Filiz Uyan c. Turchia, Ricorso n. 7496/03, Sentenza dell'8 gennaio 2009

Folgero e al. c. Norvegia, Ricorso n. 15472/02, Sentenza del 29 giugno 2007

Fox, Campbell e Hartely c. Regno Unito, Ricorsi n. 12244/86-12245/86-12383/86, Sentenza del 30 agosto 1990

Fressoz e Roire c. Francia, GC, Ricorso n. 29183/95, Sentenza del 21 gennaio 1999

Gafarov c. Russia, Ricorso n. 25404/2009, Sentenza del 21 ottobre 2010

Garayev c. Azerbaijan, Ricorso n. 53688/08, Sentenza del 10 giugno 2010

Gaygusuz c. Austria, Ricorso n. 17371/90, Sentenza del 16 settembre 1996

Gebremedhin c. Francia, Ricorso n. 25389/05, Sentenza del 26 aprile 2007

Gozelik e al. c. Polonia, GC, Ricorso n. 44158/98, Sentenza del 17 febbraio 2004

Guerra e al. c. Italia, GC, Ricorso n. 14967/89, Sentenza del 19 febbraio 1998

Gül c. Svizzera, Caso n. 53/1995/559/645, Sentenza del 19 febbraio 1996

Guzzardi c. Italia, Plenaria, Ricorso n. 7367/76, Sentenza del 6 novembre 1980

H. L. R. c. Francia, GC, Ricorso n. 24573/94, Sentenza del 29 aprile 1997

Haydarie e al. c. Paesi Bassi, Ricorso n. 8876/04, Decisione sull'ammissibilità, 25 ottobre 2005

Henaf c. Francia, Ricorso n. 65436/01, Sentenza del 27 novembre 2003

- Hoffmann c. Germania*, Ricorso n. 34045/96, Sentenza dell'11 ottobre 2001
- Hurtado c. Svizzera*, Ricorso n. 17549/90, Sentenza del 28 gennaio 1994
- Iatridis c. Grecia*, GC, Ricorso n. 31107/96, Sentenza del 25 marzo 1999
- Ilascu e al. c. Moldavia e la Federazione Russa*, GC, Ricorso n. 48787/99, Sentenza del 4 luglio 2001
- Ilascu e al. c. Russia e Moldavia*, GC, Ricorso n. 48787/99, Sentenza dell'8 luglio 2004
- Irlanda c. Regno Unito*, Plenaria, Ricorso n. 5310/71, Sentenza del 18 gennaio 1978
- Isaak e al. c. Turchia*, Ricorso n. 44587/98, Decisione sull'ammissibilità, 28 settembre 2006
- Isakov c. Russia*, Ricorso n. 14049/08, Sentenza dell'8 luglio 2010
- Isayeva, Vusupova e Bazayeva c. Russia*, Ricorsi n. 57947/00-57948/00-57949/00, Sentenza del 24 febbraio 2005
- Ismoilov e al. c. Russia*, Ricorso n. 2947/06, Sentenza del 24 aprile 2008
- Issa e al. c. Turchia*, Ricorso n. 31821/96, Sentenza del 16 novembre 2004
- Istratii c. Moldova*, Ricorsi n. 8721/05-8705/05-8742/05, Sentenza del 27 marzo 2007
- Jabari c. Turchia*, Ricorso n. 40035/98, Decisione sull'ammissibilità, 28 ottobre 1999
- Jabari c. Turchia*, Ricorso n. 40035/98, Sentenza dell'11 luglio 2000
- Johnston e al. c. Irlanda*, Plenaria, Ricorso n. 9697/82, Sentenza del 18 dicembre 1986
- Kaboulov c. Ucraina*, Ricorso n. 41015/04, Sentenza del 19 novembre 2009
- Kantyrev c. Russia*, Ricorso n. 37213/02, Sentenza del 21 giugno 2007
- Kaprykowski c. Polonia*, Ricorso n. 23052/05, Sentenza del 3 febbraio 2009
- Kaya c. Romania*, Ricorso n. 33970/05, Sentenza del 12 ottobre 2006
- Keegan c. Irlanda*, Ricorso n. 16969/90, Sentenza del 26 maggio 1994
- Keenan c. Regno Unito*, Ricorso n. 27229/95, Sentenza del 3 aprile 2001
- Kerr c. Regno Unito*, Ricorso n. 40451/98, Decisione sull'ammissibilità, 7 dicembre 1999

- Khodzhayev c. Russia*, Ricorso n. 52466/08, Sentenza del 12 maggio 2010
- Klass e al. c. Germania*, Plenaria, Ricorso n. 5029/71, Sentenza del 6 settembre 1978
- Kleyn e al. c. Paesi Bassi*, GC, Ricorsi n. 39343/98-39651/98-43147/98-46664/99, Sentenza del 6 maggio 2003
- Kokkinakis c. Grecia*, Ricorso n. 14307/88, Sentenza del 25 maggio 1993
- Kolesnik c. Russia*, Ricorso n. 26876/08, Sentenza del 17 luglio 2010
- Kolompar c. Belgio*, Ricorso n. 11613/85, Sentenza del 24 settembre 1992
- Konstatinov c. Paesi Bassi*, Ricorso n. 16351/03, Sentenza del 26 aprile 2007
- Kotsaftis c. Grecia*, Ricorso n. 39780/06, Sentenza del 12 giugno 2008
- Kroon e al. c. Paesi Bassi*, Ricorso n. 18535/91, Sentenza del 27 ottobre 1994
- Kurt c. Turchia*, Caso n. 15/1997/799/1002, Sentenza del 25 maggio 1998
- Kuznetsov c. Ucraina*, Ricorso n. 39042/97, Sentenza del 29 aprile 2003
- Labzov c. Russia*, Ricorso n. 62208/00, Sentenza del 16 giugno 2005
- Lawless c. Irlanda (n. 3)*, Ricorso n. 332/57, Sentenza del 1 luglio 1961
- Lebedev c. Russia*, Ricorso n. 4493/04, Sentenza del 25 ottobre 2007
- Lee c. Regno Unito*, GC, Ricorso n. 25289/94, Sentenza del 18 gennaio 2001
- Liu c. Russia*, Ricorso n. 42086/05, Sentenza del 6 dicembre 2007
- Loizidou e al. c. Turchia*, GC, Ricorso n. 15318/89, 23 marzo 1995
- Loizidou c. Turchia*, GC, Ricorso n. 15318/89, Sentenza del 18 dicembre 1996
- López Ostra c. Spagna*, Ricorso n. 16798/90, Sentenza del 9 dicembre 1994
- Lupsa c. Romania*, Ricorso n. 10337/04, Sentenza dell'8 giugno 2006
- Lutete Kemevuako c. Paesi Bassi*, Ricorso n. 65938/09, Decisione sull'ammissibilità, 1 giugno 2010
- M.B. e al. c. Turchia*, Ricorso n. 36009/08, Sentenza del 15 giugno 2010
- M.C. c. Bulgaria*, Ricorso n. 39272/98, Sentenza del 4 dicembre 2003
- M.S.S. c. Belgio e Grecia*, GC, Ricorso n. 30696/09, Sentenza del 21 gennaio 2011
- Maaouiia c. Francia*, GC, Ricorso n. 39652/98, Sentenza del 5 ottobre 2000

Mamatkulov e Askarov c. Turchia, GC, Ricorsi n. 46827/99-46951/99, Sentenza del 4 febbraio 2005

Marckx c. Belgio, Plenaria, Ricorso n. 6833/74, Sentenza del 13 giugno 1979

Mayeka e Mitunga c. Belgio, Ricorso n. 13178/03, Sentenza del 12 ottobre 2006

Medvedyev e al. c. Francia, GC, Ricorso n. 3394/03, Sentenza del 29 marzo 2010

Mengesha Kimfe c. Svizzera, Ricorso n. 24404/05, Sentenza del 29 luglio 2010

Mentes c. Turchia, GC, Ricorso n. 23186/94, Sentenza del 28 novembre 1997

Mihai Ionescu c. Romania, Ricorso n. 36659/04, Decisione sull'ammissibilità, 1 giugno 2010

Mikolenko c. Estonia, Ricorso n. 10664.05, Sentenza dell'8 ottobre 2009

Milosevic c. Paesi Bassi, Ricorso n. 77631/01, Decisione sull'ammissibilità, 19 marzo 2002

Moldovan e al. (2) c. Romania, Ricorsi n. 41138/98-64320/01, Sentenza del 12 luglio 2005

Moreno Gomez c. Spagna, Ricorso n. 4143/02, Sentenza del 16 novembre 2004

Mouisel c. Francia, Ricorso n. 67263/01, Sentenza del 14 novembre 2002

MPP Golub c. Ucraina, Ricorso n. 6778/05, Decisione sull'ammissibilità, 18 ottobre 2005

Muminov c. Russia, Ricorso n. 42502/06, Sentenza dell'11 dicembre 2008

Musial c. Polonia, Ricorso n. 28300/06, Sentenza del 20 gennaio 2009

N. c. Finlandia, Ricorso n. 38885/02, Sentenza del 26 luglio 2005

N. c. Svezia, Ricorso n. 23505/09, Sentenza del 20 luglio 2010

N. c. Regno Unito, GC, Ricorso n. 26565/05, Sentenza del 27 maggio 2008

Na c. Regno Unito, Ricorso n. 25904/07, Sentenza del 17 luglio 2008

Nasri c. Francia, Ricorso n. 19465/92, Sentenza del 13 luglio 1995

Nasrulloev c. Russia, Ricorso n. 656/06, Sentenza dell'11 ottobre 2007

Nitecki c. Polonia, Ricorso n. 65653/01, Decisione sull'ammissibilità, 21 marzo 2002

Nnyanzi c. Regno Unito, Ricorso n. 21878/06, Sentenza dell'8 aprile 2008

- Nolan e K. c. Russia*, Ricorso n. 2512/04, Sentenza del 12 febbraio 2009
- Norris c. Irlanda*, Plenaria, Ricorso n. 10581/83, Sentenza del 26 ottobre 1988
- Öcalan c. Turchia*, Ricorso n. 46221/99, Sentenza del 12 marzo 2003
- Öcalan c. Turchia*, GC, Ricorso n. 46221/99, Sentenza del 12 maggio 2005
- Okpizs c. Germania*, Ricorso n. 59140/00, Sentenza del 25 ottobre 2005
- Omojudi c. Regno Unito*, Ricorso n.1820/08, Sentenza del 24 novembre 2009
- Oneryildiz c. Turchia*, GC, Ricorso n. 48939/99, Sentenza del 30 novembre 2004
- Onur c. Regno Unito*, Ricorso n. 27319/07, Sentenza del 27 febbraio 2009
- Open Door e Well Woman c. Irlanda*, Plenaria, Ricorsi n. 14234/88-14235/88, Sentenza del 29 ottobre 1992
- Orchowski c. Polonia*, Ricorso n. 17885/04, Sentenza del 22 ottobre 2009
- Osman c. Regno Unito*, GC, Ricorso n. 23452/94, Sentenza del 28 ottobre 1998
- P.B. e J.S. c. Austria*, Ricorso n. 18984/02, Sentenza del 22 luglio 2010
- Pad e al. c. Turchia*, Ricorso n. 60167/00, Decisione sull'ammissibilità, 28 giugno 2007
- Paladi c. Moldova*, Ricorso n. 39806/05, Sentenza del 10 marzo 2009
- Pavlyulynets c. Ucraina*, Ricorso n. 70767/01, Sentenza del 6 settembre 2005
- Peers c. Grecia*, Ricorso n. 28524/95, Sentenza del 19 aprile 2001
- Pellegrini c. Italia*, Ricorso n. 77363/01, Decisione sull'ammissibilità, 26 maggio 2005
- Pentiacova e al. c. Moldavia*, Ricorso n. 14462/03, Decisione sull'ammissibilità, 4 gennaio 2005
- Perry c. Lettonia*, Ricorso n. 30273/03, Sentenza dell'8 novembre 2007
- Petrovich Korolev c. Russia*, Ricorso n. 25551/05, Decisione sull'ammissibilità, 1 luglio 2010
- Piermont c. Francia*, Ricorsi n. 15773/89-15774/89, Sentenza del 27 aprile 1995
- Poirrez c. Francia*, Ricorso n. 40892/98, Sentenza del 30 settembre 2003
- Poleshchuk c. Russia*, Ricorso n. 60776/00, Sentenza del 7 ottobre 2004

Powell c. Regno Unito, Ricorso n. 45305/99, Decisione sull'ammissibilità, 4 maggio 2000

Price c. Regno Unito, Ricorso n. 33394/96, Sentenza del 10 luglio 2001

Prokopovich c. Russia, Ricorso n. 58255/00, Sentenza del 18 novembre 2004

Quinn c. Francia, Ricorso n. 18580/91, Sentenza del 22 marzo 1995

Ramzy c. Paesi Bassi, Ricorso n. 25424/05, Decisione sull'ammissibilità, 20 luglio 2010

Raninen c. Finlandia, Caso n. 52/1996/771/972, Sentenza del 16 dicembre 1997

Rantsev c. Cipro e Russia, Ricorso n. 25965/04, Sentenza del 7 gennaio 2010

Riad e Idiab c. Belgio, Ricorsi n. 29787/03-29810/03, Sentenza del 24 gennaio 2008

Ribitsch c. Austria, Ricorso n. 18896/91, Sentenza del 4 dicembre 1995

Rinck c. Francia, Ricorso n. 18774/09, Decisione sull'ammissibilità, 19 ottobre 2010

Rodic e al. c. Bosnia-Erzegovina, Ricorso n. 22893/05, Sentenza del 27 maggio 2008

Ryabikin c. Russia, Ricorso n. 8320/04, Sentenza del 19 giugno 2008

S.D. c. Grecia, Ricorso n. 53541/07, Sentenza dell'11 giugno 2007

S.H. c. Regno Unito, Ricorso n. 19956/06, Sentenza del 15 giugno 2010

Saadi c. Italia, GC, Ricorso n. 37201/06, Sentenza del 28 febbraio 2008

Saadi c. Regno Unito, GC, Ricorso n. 13229/03, Sentenza del 29 gennaio 2008

Salah Sheekh c. Paesi Bassi, Ricorso n. 1948/04, Sentenza dell'11 gennaio 2007

Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, Ricorso n. 33290/96, Sentenza del 21 dicembre 1999

Salman c. Turchia, GC, Ricorso n. 21986/93, Sentenza del 27 giugno 2000

Shchalk e Kopf c. Austria, Ricorso n. 30141/04, Sentenza del 24 giugno 2010

Schmidt c. Germania, Ricorso n. 13580/88, Sentenza del 18 luglio 1994

Selçuk e Asker c. Turchia, Ricorsi n. 23184/94-23185/94, Sentenza del 21 aprile 1998

Selvanayagam c. Regno Unito, Ricorso n. 57981/00, Decisione sull'ammissibilità, 12 dicembre 2002

- Sen c. Paesi Bassi*, Ricorso n. 31465/96, Sentenza del 21 dicembre 2001
- Sentges c. Paesi Bassi*, Ricorso n. 27677/02, Decisione sull'ammissibilità, 8 luglio 2003
- Sezen c. Paesi Bassi*, Ricorso n. 50252/99, Sentenza del 31 gennaio 2006
- Shamayev e al. c. Georgia e Russia*, Ricorso n. 36378/02, Sentenza del 12 aprile 2005
- Shtukaturon c. Russia*, Ricorso n. 44009/05, Sentenza del 27 marzo 2008
- Sidabras e Dziautas c. Lituania*, Ricorsi n. 55480/00 e 59330/00, Sentenza del 27 luglio 2004
- Sigurjonsson c. Islanda*, Ricorso n. 16130/90, Sentenza del 30 giugno 1993
- Siliadin c. Francia*, Ricorso n. 73316/01, Sentenza del 26 luglio 2005
- Slivenko c. Lettonia*, GC, Ricorso n. 48321/99, Sentenza del 9 ottobre 2003
- Smirnova e Smirnova c. Russia*, Ricorso n. 46133/99-48183/99, Sentenza del 24 luglio 2003
- Smith c. Regno Unito*, GC, Ricorso n. 25154/94, Sentenza del 18 gennaio 2001
- Soering c. Regno Unito*, Plenaria, Ricorso n. 14038/88, 7 luglio 1989
- Soldatenko c. Ucraina*, Ricorso n. 2440/07, Sentenza del 23 ottobre 2008
- Solomou e al. c. Turchia*, Ricorso n. 36832/97, Sentenza del 24 giugno 2008
- Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*, GC, Ricorsi n. 52562/99-52620/99, Sentenza dell'11 gennaio 2006
- Storck c. Germania*, Ricorso n. 61603/00, Sentenza del 16 giugno 2005
- Sultani c. Francia*, Ricorso n. 45223/05, Sentenza del 20 luglio 2007
- T.W. c. Malta*, GC, Ricorso n. 25644/94, Sentenza del 29 aprile 1999
- Tahsin Acar c. Turchia*, Ricorso n. 26307/95, Sentenza dell'8 aprile 2004
- Taskin e al. c. Turchia*, Ricorso n. 46117/99, Sentenza del 10 novembre 2004
- Tehrani e al. c. Turchia*, Ricorsi n. 32940/08-41626/08-43616/08, Sentenza del 13 aprile 2010
- Timishev c. Russia*, Ricorsi n. 55762/00-55974/00, Sentenza del 13 dicembre 2005

Tuquabo-Tekle e al. c. Paesi Bassi, Ricorso n. 60665/00, Sentenza del 1 dicembre 2005

Tyrer c. Regno Unito, Ricorso n. 5856/72, Sentenza del 25 aprile 1978

Üner c. Paesi Bassi, GC, Ricorso n. 46410/99, Sentenza del 18 ottobre 2006

Valasinas c. Lituania, Ricorso n. 44558/98, Sentenza del 24 luglio 2001

Van der Mussele c. Belgio, Plenaria, Ricorso n. 8919/80, Sentenza del 23 novembre 1983

Van der Ven c. Paesi Bassi, Ricorso n. 50901/99, Sentenza del 4 febbraio 2003

Van Droogenbroeck c. Belgio, Plenaria, Ricorso n. 7906/77, Sentenza del 24 giugno 1982

Vilvarajah e al. c. Regno Unito, Ricorsi n. 13163/87-13164/87-13165/87-13447/87-13448/87 Sentenza del 30 ottobre 1991

Wasilewski c. Polonia, Ricorso n. 32734/96, Decisione sull'ammissibilità, 20 aprile 1999

Weller c. Ungheria, Ricorso n. 44399/05, Sentenza del 31 marzo 2009

Winterwerp c. Paesi Bassi, Ricorso n. 6301/73, Sentenza del 24 ottobre 1979

Women on Waves e al. c. Portogallo, Ricorso n. 31276/05, Sentenza del 3 febbraio 2009

X, Y e Z c. Regno Unito, GC, Caso n. 75/1995/581/667, Sentenza del 20 marzo 1997

Xenides-Arestis c. Turchia, Ricorso n. 46347/99, Sentenza del 22 dicembre 2005

Khavara e al. c. Italia e Albania, Ricorso n. 39473/98, Decisione sull'ammissibilità, 11 gennaio 2001

Young, James e Webster c. Regno Unito, Plenaria, Ricorso n. 7601/76-7806/77, Sentenza del 13 agosto 1981

Yöyler c. Turchia, Ricorso n. 26973/95, Sentenza del 10 maggio 2001

Yuldashev c. Russia, Ricorso n. 1248/09, Sentenza dell'8 luglio 2010

Z e al. c. Regno Unito, GC, Ricorso n. 29392/95, Sentenza del 10 maggio 2001

Z e T c. Regno Unito, Ricorso n. 27034/05, Decisione sull'ammissibilità, 28 febbraio 2006

Z.N.S. c. Turchia, Ricorso n. 21896/08, Sentenza del 19 gennaio 2010

Zarb Adami c. Malta, Ricorso n. 17209/02, Sentenza del 20 giugno 2006

Commissione Europea sui Diritti Umani

Quindici studenti stranieri c. Regno Unito, Plenaria, Ricorso n. 7671/76, Decisione sull'ammissibilità, 19 maggio 1977

Buckley c. Regno Unito, Ricorso n. 20348/92, Decisione sull'ammissibilità, 3 marzo 1994

Campbell e Cosans c. Regno Unito, Ricorsi n. 7511/76-7743/76, Rapporto del 16 maggio 1980

Cipro c. Turchia, Plenaria, Ricorsi n. 6780/74-6950/75, 26 maggio 1975

Asiatici Est-africani c. Regno Unito, Ricorsi n. 4403/70-4419/70 e al. Rapporto del 14 dicembre 1973

Freda c. Italia, Plenaria, Ricorso n. 8916/80, Decisione sull'ammissibilità, 7 ottobre 1980

Harabi c. Paesi Bassi, Ricorso n. 10798/84, Decisione sull'ammissibilità, 5 marzo 1986

Hess c. Regno Unito, Ricorso n. 6231/73, Decisione sull'ammissibilità, 28 maggio 1975

Karus c. Italia, Ricorso n. 29043/95, Decisione sull'ammissibilità, 20 maggio 1998

McFeeley c. Regno Unito, Plenaria, Ricorso n. 8317/78, Decisione sull'ammissibilità, 15 maggio 1980

Müller c. Austria, Plenaria, Ricorso n. 5849/72, Decisione sull'ammissibilità, 16 dicembre 1974

National Federation of Self-Employed c. Regno Unito, Plenaria, Ricorso n. 7995/77, Decisione sull'ammissibilità, 11 luglio 1978

Omkarananada e "the Divine Light Zentrum" c. Svizzera, Ricorso n. 8118/77, Decisione sull'ammissibilità, 19 marzo 1981

R. c. Danimarca, Plenaria, Ricorso n. 10263/83, Decisione sull'ammissibilità, 11 marzo 1985

Ramirez c. Francia, Ricorso n. 28780/95, Decisione sull'ammissibilità, 24 giugno 1996

Reed c. Regno Unito, Plenaria, Ricorso n. 7630/76, Decisione sull'ammissibilità, 6 dicembre 1979

Stigson c. Svezia, Ricorso n. 12264/86, Decisione sull'ammissibilità, 13 luglio 1988

Szrabjet e Clark c. Regno Unito, Ricorsi n. 27004/95-27011/95, 23 ottobre 1997

T. c. Svezia, Plenaria, Ricorso n. 10671/83, Decisione sull'ammissibilità, 4 marzo 1985

Tanli c. Turchia, Plenaria, Ricorso n. 26129/95, Decisione sull'ammissibilità, 5 marzo 1996

W. c. Regno Unito, Ricorso n. 9348/81, 28 febbraio 1983

W.M. c. Danimarca, Ricorso n. 17392/90, Decisione sull'ammissibilità, 14 ottobre 1992

X e Y c. Svizzera, Ricorsi n. 7289/75-7349/76, Decisione sull'ammissibilità, 14 luglio 1977

X c. Repubblica Federale Tedesca, Ricorso n. 1611/62, Decisione sull'ammissibilità, 25 settembre 1965

X c. Repubblica Federale Tedesca, Plenaria, Ricorso n. 6572/74, 4 marzo 1976

X c. Germania, Ricorso n. 1151/61, *Recueil des decisions*, p. 119 (1961)

X c. Svizzera, Ricorso n. 7601/75, Decisione sull'ammissibilità, 12 luglio 1976

X c. Paesi Bassi, Plenaria, Ricorso n. 4130/69, Decisione sull'ammissibilità, 20 luglio 1971

X c. Regno Unito, Ricorso n. 7547/76, Decisione sull'ammissibilità, 15 dicembre 1977

X c. Regno Unito, Plenaria, Ricorso n. 5962/72, Decisione sull'ammissibilità, 13 marzo 1975

Zamir c. Francia, Plenaria, Ricorso n. 9174/80, Decisione sull'ammissibilità, 13 luglio 1982

Comitato Europeo sui Diritti Sociali

Defence for Children International c. Paesi Bassi, Ricorso n. 47/2008, Merito, 20 ottobre 2009

ERRC c. Bulgaria, Ricorso n. 31/2005, Merito, 18 ottobre 2006

ERRC c. Francia, Ricorso n. 51/2008, Merito, 19 ottobre 2009

ERRC c. Grecia, Ricorso n. 15/2003, Merito, 8 dicembre 2004

ERRC c. Italia, Ricorso n. 27/2004, Merito, 7 dicembre 2005

European Federation of National Organisations Working with the Homeless c. Francia, Ricorso n. 39/2002, Merito, 5 dicembre 2007

International Commission of Jurists c. Portogallo, Ricorso n. 1/1998, Merito, 10 marzo 1999

International Federation of Human Rights Leagues c. Francia, Ricorso n. 14/2003, Merito, 8 settembre 2004

International Federation of Human Rights Leagues c. Grecia, Ricorso n. 7/2000, Merito, 5 dicembre 2000

International Federation of Human Rights Leagues c. Irlanda, Ricorso n. 42/2007, Merito, 3 giugno 2008

International Movement ATD Fourth World c. Francia, Ricorso n. 33/2006, Merito, 5 dicembre 2007

STTK ry e They ry c. Finle, Ricorso n. 10/2000, Merito, 17 ottobre 2001

Corte Inter-Americana dei Diritti Umani

“Cinque pensionati” c. Perù, Serie C n. 98, Sentenza del 28 febbraio 2003

“Istituto di rieducazione giovanile” c. Paraguay, Serie C n. 112, Sentenza del 2 settembre 2004

“Bambini di strada” (Villagran-Morales et al.) c. Guatemala, Serie C n. 63, Sentenza del 19 novembre 1999

Acevedo Buendía et al. (“Impiegati dimessi e pensionati dell’ufficio di controllo”) c. Perù, Serie C n. 198, Sentenza del 1 luglio 2009

Albán-Cornejo et al. c. Ecuador, Serie C n. 171, Sentenza del 22 novembre 2007

Álvarez e Iñiguez c. Ecuador, Serie C n. 170, Sentenza del 21 novembre 2007

Baena-Ricardo et al. c. Panama, Serie C n. 61, Questioni preliminari, Sentenza del 18 novembre 1999

Baena-Ricardo et al. c. Panama, Serie C n. 72, Sentenza del 2 febbraio 2001

Blake c. Guatemala, Serie C n. 36, Sentenza del 24 gennaio 1998

Caso dei massacri di Ituango c. Colombia, Serie C n. 148, Sentenza del 1 luglio 2006

Case del massacro di Pueblo Bello c. Colombia, Serie C n. 140, Sentenza del 31 gennaio 2006

Durand e Ugarte, Serie C n. 50, Questioni preliminari, Sentenza del 28 maggio 1999

Eccezioni all'esaurimento dei ricorsi interni, Opinione Consultiva OC-11/90, 10 agosto 1990

Garbi e Corrales c. Honduras, Serie C n. 6, Sentenza del 15 marzo 1989

Godinez Cruz c. Honduras, Serie C n. 5, Sentenza del 20 gennaio 1989

Habeas corpus in situazioni di emergenza, Opinione Consultiva OC-8/87, 30 gennaio 1987

Humberto Sánchez c. Honduras, Serie C n. 99, Sentenza del 7 giugno 2003

Le garanzie giurisdizionali negli stati di emergenza, Opinione Consultiva OC-9/87, 6 ottobre 1987

La condizione giuridica e i diritti del migrante senza documenti, Opinione Consultiva OC-18/03, 17 settembre 2003

La Cantuta c. Perù, Serie C n. 162, Sentenza del 29 novembre 2006

Miguel Castro-Castro Prison c. Perù, Serie C n. 160, Sentenza del 25 novembre 2006

Montero-Aranguren et al (Centro di detenzione del Catia) c. Venezuela, Serie C n. 150, Sentenza del 5 luglio 2006

Neira Alegría et al. c. Perù, Serie C n. 20, Sentenza del 19 gennaio 1995

Emendamenti proposti alle norme sulla naturalizzazione della Costituzione del Costa Rica, Opinione Consultiva OC-4/84, 19 gennaio 1984

Comunità indigena Sawhoyamaya c. Paraguay, Serie C n. 146, Sentenza del 29 marzo 2006

Sorelle Serrano Cruz c. El Salvador, Serie C n. 120, Sentenza del 1 marzo 2005

Servellón-García et al. c. Honduras, Serie C n. 152, Sentenza del 21 settembre 2006

Suárez-Rosero c. Ecuador, Serie C n. 35, Sentenza del 12 novembre 1997

Le ragazze Yean e Bosico c. la Repubblica Dominicana, Serie C n. 130, Sentenza dell'8 settembre 2005

Il diritto all'informazione sull'assistenza consolare nel quadro delle garanzie a un equo processo di diritto, Opinione Consultiva OC-16/99, 1 ottobre 1999

Velasquez Rodriguez c. Honduras, Serie C n. 1, Sentenza del 29 luglio 1988

Vélez Loor c. Panama, Serie C n. 218, Sentenza del 23 novembre 2010

Ximenes-Lopes c. Brasile, Serie C n. 149, Sentenza del 4 luglio 2006

Comunità indigena Yakye Axa c. Paraguay, Serie C n. 125, Sentenza del 17 giugno 2005

Yvon Neptune c. Haiti, Serie C n. 180, Sentenza del 6 maggio 2008

Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani

Coard et al c. Stati Uniti, Caso 10.951, Rapporto n. 109/99, Merito, 29 settembre 1999

Desmond McKenzie e al. c. Giamaica, Casi 12.023-12.044-12.107-12.126-12.146, Rapporto n. 41/00, Merito, 13 aprile 2000

Donnason Knights c. Grenada, Caso 12.028, Rapporto n. 47/01, Merito, 4 aprile 2001

Habal e figlio c. Argentina, Caso 11.691, Rapporto n. 64/08, Merito, 25 luglio 2008

Haitian Centre for Human Rights c. Stati Uniti d'America, Caso 10.675, Rapporto n. 51/96, Merito, 13 marzo 1997

Martinez Villareal c. Stati Uniti, Caso 11.753, Rapporto n. 52/02, Merito, 10 ottobre 2002

Meneses de Jiménez c. Colombia, Ricorso n. 2779-02, Rapporto n. 50/10, Decisione sull'ammissibilità, 18 marzo 2010

Mirea Cortez et al. c. El Salvador, Caso 12.249, Rapporto n. 27/09, Merito, 20 marzo 2009

Montoya González c. Costa Rica, Caso 11.553, Rapporto n. 48/96, Decisione sull'ammissibilità, 16 ottobre 1996

Moreno Ramos c. Stati Uniti, Caso 12.430, Rapporto No. 1/05, Merito, 28 gennaio 2005

Associazione nazionale di ex impiegati del Peruvian Social Security Institute et al. c. Perù, Caso n. 12.670, Rapporto n. 38/09, Merito, 27 marzo 2009

Pensionati della National Agricultural Development Bank (BEESA) c. Guatemala, Ricorso n. 1380-06, Rapporto n. 102/09, Decisione sull'ammissibilità, 29 ottobre 2009

Rafael Ferrer-Mazorra et al. c. USA, Caso 9.903, Rapporto n. 51/01, Merito, 4 aprile 2001

Riebe Star e al. c. Messico, Caso 11.160, Rapporto n. 49/99, Merito, 13 aprile 1999

Sanchez Villalobos e al. c. Costa Rica, Ricorso n. 12.361, Rapporto n. 25/04, Decisione sull'ammissibilità, 11 marzo 2004

Tena Colunga et al. c. Messico, Ricorso n. 2582/02, Rapporto n. 44/04, Decisione sull'ammissibilità, 13 ottobre 2004

Vélez Loor c. Panama, Caso 92-04, Rapporto n. 95/06, Decisione sull'ammissibilità, 23 ottobre 2006

Victor Saldaño c. Argentina, Ricorso, Rapporto n. 38/99, Decisione sull'ammissibilità, 11 marzo 1999

Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli

African Institute for Human Rights e Development (in rappresentanza dei rifugiati della Sierra Leone in Guinea) c. Repubblica della Guinea, Comunicazione n. 249/2002, 36^a Sessione ordinaria, 23 novembre-7 dicembre 2004

Amnesty International e al. c. Sudan, Comunicazioni n. 48/1990-50/1991-52/1991-89/1993, 26^a Sessione

Amnesty International c. Zambia, Comunicazione n. 212/98, 25^a Sessione ordinaria, maggio 1999

Repubblica Democratica del Congo c. Burundi, Ruanda, Uganda, Comunicazione n. 227/1999, 33^a Sessione ordinaria, maggio 2003

Dott. Curtis Francis Doebbler c. Sudan, Comunicazione n. 235/2000, 46^a Sessione ordinaria, 11-25 novembre 2009

FIDH, National Human Rights Organisation (ONDH) e Rencontre Africaine pour la Defense des Droits de l'Homme c. Senegal, Comunicazione n. 304/2005, 40^a Sessione Ordinaria, 15-29 novembre 2006

Free Legal Assistance Group e al. c. Zaire, Comunicazioni n. 25/89-47/90-56/91-100/93, 19^a Sessione ordinaria, marzo 1996

Good c. Republic del Botswana, Comunicazione n. 313/05, 47^a Sessione ordinaria, maggio 2010

Institute for Human Rights and Development in Africa c. Repubblica d'Angola, Comunicazione n. 292/2004, 43^a Sessione ordinaria, 7-22 maggio 2008

International Pen e al. c. Nigeria, Comunicazioni n. 137/94-139/94-154/96-161/97, 24^a Sessione ordinaria, 31 ottobre 1998

Legal Resources Foundation c. Zambia, Comunicazione n. 211/98, 29ª Sessione ordinaria, 23 aprile-7 maggio 2001

Malawi African Association e al. c. Mauritania, Comunicazioni n. 54/91-61/91-98/93-164/97-196/97, 27ª Sessione ordinaria, 11 maggio 2000

Media Rights Agenda c. Nigeria, Comunicazione n. 224/1998, 28ª Sessione ordinaria, 23 ottobre-6 novembre 2000

Mgwanga Gunme et al. c. Cameroon, Comunicazione n. 266/2003, 45ª Sessione ordinaria, 13-27 maggio 2009

Modise c. Botswana, Comunicazione n. 97/93, 28ª Sessione ordinaria, 23 ottobre-6 novembre 2000

Organisation Mondiale Contre la Torture e al. c. Ruanda, Comunicazioni n. 27/89-46/91-49/91-99/93, 20ª Sessione ordinaria, ottobre 1996

Purohit e Moore c. Gambia, Comunicazione n. 241/2001, 33ª Sessione ordinaria, 15-29 maggio 2003

Rencontre Africaine pour la Defence des Droits de l'Homme c. Zambia, Comunicazione n. 71/92, 20ª Sessione ordinaria, ottobre 1996

Socio-Economic Rights Accountability Project c. Nigeria, Comunicazione n. 300/2005, 5ª Extrasessione ordinaria, 21-29 luglio 2008

Sudan Human Rights Organisations e al. c. Sudan, Comunicazioni n. 279/03 e 296/05, 45ª Sessione ordinaria, maggio 2009

Il Social and Economic Rights Action Center e il Center for Economic and Social Rights c. Nigeria, Comunicazione n. 155/96, 30ª Sessione ordinaria, 13-27 ottobre 2001

Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme e al. c. Angola, Comunicazione n. 159/96, 22ª Sessione ordinaria, 11 novembre 1997

Zimbabwe Lawyers for Human Rights e l'Institute for Human Rights and Development (in rappresentazione di Andrew Barclay Meldrum) c. Zimbabwe, Comunicazione n. 294/2004, 6ª sessione straordinaria, 30 marzo-3 aprile 2009

“È vero che abbiamo rischiato di morire. Ma noi siamo nati dalla parte sbagliata del mondo. Se non rischiamo, non otteniamo nulla da questa vita.”

—Youssef, un immigrato senza documenti in Italia*

“Come le nostre società trattano i migranti determinerà la possibilità di costruire una società umana fondata sulla parità dei suoi membri nella giustizia, nella democrazia, nella dignità e nella sicurezza.”

—Navanethem Pillay, Alta Commissaria delle Nazioni Unite per i Diritti Umani**

* Da, Fabrizio Gatti, Bilal: *Viaggiare, Lavorare, Morire da Clandestini*, RCS Libri SpA, Milan, 2007, pag. 385.

** Discorso di Navanethem Pillay, Alta Commissaria delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, al Forum Globale sulle Migrazioni e lo Sviluppo/Giornate della Società Civile, Puerto Vallarta, Messico, 8 Novembre 2010 (traduzione ufficiosa).

Introduzione

I. L'obiettivo di questa Guida

Quando le persone attraversano i confini del proprio Paese, probabilmente non lo sanno ancora, ma il mondo non li guarderà più con gli stessi occhi, poiché hanno acquisito un nuovo status o condizione personale: sono dei migranti. In conseguenza di ciò, essi si trovano spesso in una posizione di inferiorità rispetto a coloro che detengono un passaporto del Paese in cui vivono.

A prescindere dalle circostanze nelle quali viaggiano, coloro che diventano migranti normalmente si muovono in ambienti nuovi, sconosciuti, e meno sicuri. Che siano entrati regolarmente oppure siano privi di documenti, i migranti troveranno generalmente i loro diritti ridotti rispetto a quelli dei cittadini del Paese in cui soggiornano. Il livello di violazione dei loro diritti o di esclusione dei migranti dall'assistenza legale o dalla possibilità di adire le vie legali varia in maniera considerabile da una giurisdizione all'altra.

Un migrante "regolare" potrebbe subire violenze sul posto di lavoro oppure essere soggetto a condizioni precarie di lavoro, oltre a una carenza di protezione dei diritti del lavoratore, ed aver paura di adire le vie legali a causa della minaccia di licenziamento da parte di un superiore con conseguente perdita del permesso di lavoro. Un rifugiato potrebbe ritrovarsi intrappolato nel lungo, complesso e spesso arbitrario labirinto delle procedure per il riconoscimento della sua condizione giuridica, durante le quali i diritti possono essere ridotti e il richiedente asilo rischia di ritrovarsi in una situazione di incertezza: in un anonimo "limbo giuridico". Ancor più vulnerabili saranno i migranti senza documenti. A causa del timore di essere identificate o espulse, molte persone che si trovano in questa condizione giuridica e sociale perdono, nella pratica, ogni opportunità di rivendicare i propri diritti umani o di accedere alle vie legali predisposte per proteggerli.¹ Essi rischiano di essere sottoposti a sfruttamenti economici o fisici, all'indigenza, e all'allontanamento sommario verso i propri Paesi di origine, col rischio per alcuni di affrontare pericoli per la propria vita o incolumità.

Esistono, come verrà descritto in seguito, una grande varietà di ragioni per emigrare.² Tuttavia, per i migranti irregolari, che entrano nel Paese senza documenti o si trattengono dopo la scadenza del permesso di soggiorno, un fattore quasi costante concerne la forte motivazione a non essere rimandati nel loro Paese di origine, per

-
1. Gruppo Mondiale sulla Migrazione – Global Migration Group (GMG), *Comunicazione sui diritti umani dei migranti in situazione irregolare*, 30 settembre 2010, in inglese, <http://www.globalmigrationgroup.org/pdf/GMG%20Joint%20Statement%20Adopted%2030%20Sept%202010.pdf>. Vedi nota a piè pagina n. 4 per una descrizione del GMG.
 2. Comm.IADU, *Secondo rapporto del Relatore Speciale sui lavoratori migranti e i loro familiari nell'emisfero*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev., 16 aprile 2001, par. 61.

cui sono pronti a accettare molte privazioni personali e, persino, la negazione dei loro diritti. Sia coloro che emigrano per sfuggire alla guerra, alle persecuzioni, alla fame, a catastrofi naturali o a depressioni economiche, sia coloro che si spostano per cercare una vita migliore, entrambi spesso preferiscono le situazioni di insicurezza, di restrizioni e, a volte, di indigenza nei Paesi di destinazione piuttosto che quelle che potrebbero incontrare una volta rientrati a casa. Molti non hanno altra scelta che partire. Coloro che, invece, hanno almeno qualche scelta limitata, sono disposti a correre il rischio di perdere i propri diritti nella speranza di riconquistarli in seguito nel Paese di soggiorno.

Questa è la condizione umana che le leggi e le politiche migratorie tentano di gestire e talvolta di sfruttare. La migrazione è una questione controversa e altamente dibattuta nel contesto politico della maggioranza degli Stati di destinazione. Il controllo dei confini nazionali è considerato un aspetto essenziale della sovranità dello Stato. I dibattiti politici nazionali su immigrazione e migranti possono essere un focolaio di ansie politiche e sociali sulla sicurezza, sull'identità nazionale, su cambiamenti sociali e incertezze economiche. Questi scontri politici si riflettono anche nella legislazione nazionale, che definisce il quadro normativo all'interno del quale sono a rischio i diritti umani dei migranti. Gli Stati adottano, in modo crescente, una normativa restrittiva, alimentata frequentemente da un'ostilità della popolazione verso gli immigrati, con l'effetto di aumentare la proporzione di migranti senza documenti, la cui vulnerabilità a abusi e sfruttamenti è particolarmente alta.³ In definitiva, esistono interessi essenziali in gioco sia per l'individuo sia per lo Stato.

II. L'immigrazione e i diritti umani

I diritti umani, garantiti dal diritto nazionale e internazionale, svolgono un ruolo essenziale nella protezione dei migranti vittime di queste forti dinamiche sociali. Il Gruppo Mondiale sulla Migrazione (*Global Migration Group*)⁴ ha recentemente ricordato che “i diritti fondamentali di tutte le persone, indipendentemente dalla loro condizione giuridica in quanto migranti, sono:

- Il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona, di essere liberi da arresti o detenzioni arbitrarie, e il diritto di cercare e godere asilo dalle persecuzioni;

3. *Ibid.*, par. 56.

4. Il Gruppo Mondiale sulla Migrazione (GMG) è un gruppo di agenzie che riunisce l'Ufficio Internazionale del Lavoro, l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), l'Ufficio dell'Alto Commissario per i Diritti Umani delle Nazioni Unite (UACNUDU), la Conferenza delle Nazioni Unite su Commercio e Sviluppo (UNCTAD), il Programma per lo Sviluppo delle Nazioni Unite (UNDP), il Dipartimento delle Nazioni Unite sugli Affari Economici e Sociali (UNDESA), l'Organizzazione Scientifica, Culturale e sull'Educazione delle Nazioni Unite (UNESCO), il Fondo sulla Popolazione delle Nazioni Unite (UNPF), l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR), il Fondo per i Fanciulli delle Nazioni Unite (UNCF), l'Istituto delle Nazioni Unite per la Formazione e la Ricerca (UNITR), l'Ufficio delle Nazioni Unite sugli stupefacenti e la Criminalità (UNODC), la Banca Mondiale e le Commissioni Regionali delle Nazioni Unite.

- Il diritto di essere liberi da discriminazioni basate sulla razza, sesso, lingua, religione, l'origine sociale o nazionale, o altra condizione;
- Il diritto di essere protetti da abusi e sfruttamento, di essere liberi dalla schiavitù, e dalla servitù involontaria, e di essere liberi dalla tortura e da trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti;
- Il diritto a un equo processo e ai rimedi legali;
- Il diritto alla tutela dei diritti economici, sociali e culturali, includendo il diritto alla salute, a un adeguato tenore di vita, alla sicurezza sociale, all'alloggio, all'educazione, e a condizioni di lavoro giuste e favorevoli; e
- altri diritti umani garantiti dagli strumenti internazionali dei diritti umani a cui lo Stato Parte ha aderito e dal diritto internazionale consuetudinario.”⁵

Tutti questi diritti sono riconosciuti come diritti umani, la cui titolarità spetta a tutte persone, senza eccezioni. Le persone non li acquisiscono perché sono cittadini, lavoratori, o sulla base di uno *status* particolare. Nessuno può essere privato dei propri diritti umani perché ha fatto ingresso o si è trattenuto in un Paese contravvenendo alla normativa nazionale sull'immigrazione, o perché ha l'aspetto di uno “straniero”, perché è una donna o un bambino, o non parla la lingua locale. Il principio dell'universalità dei diritti umani è prezioso per i migranti.

La realtà, tuttavia, rivela che il godimento dei diritti è illusorio se non vi è il modo di rivendicarne l'attuazione. Quindi, a questo scopo, è essenziale un ordinamento normativo nazionale che sia in grado di fornire un accesso effettivo alla giustizia e di prevedere ricorsi per le violazioni dei diritti umani. L'intero sistema delle norme giuridiche, degli avvocati, dei magistrati, degli operatori del diritto e attivisti deve operare in modo efficace per fornire ai migranti ricorsi legali alle violazioni dei loro diritti umani.

Questa è la funzione di questa Guida. I migranti in generale – e i migranti senza documenti in maniera particolare – non hanno facile, se non nessun, accesso a un ricorso legale effettivo per ottenere riparazione per le violazioni dei loro diritti umani. Accade spesso che la legislazione nazionale non fornisca gli strumenti di tutela oppure frapponga molti ostacoli al suo accesso, come la minaccia di un'espulsione o di deportazione immediata, non appena il migrante si mette in contatto con le autorità pubbliche. In questo mondo, i migranti sono titolari di diritti ma non hanno modo, o hanno possibilità estremamente ridotte, di farne uso o di chiederne il rispetto. Essi sono, legalmente parlando, senza voce.

Il diritto internazionale – e, in particolare, il diritto internazionale dei diritti umani e dei rifugiati – può fornire una risposta al problema, seppur incompleta. Gli

5. GMG, *Comunicazione sui diritti umani dei migranti in situazione irregolare*, op. cit., nota n. 1 (traduzione ufficiosa).

ordinamenti nazionali stanno mostrando una crescente disponibilità ad applicare il diritto internazionale. Attualmente, in molti Paesi è possibile invocare, in un modo o nell'altro, il diritto internazionale nei tribunali per rivendicare il rispetto e l'attuazione dei diritti umani, compresi quelli dei migranti. Anche nei Paesi ove ciò non sia possibile, oppure quando il diritto internazionale dei diritti umani invocato non è stato accolto nel diritto nazionale, se il Paese è Parte di un trattato internazionale o regionale di diritti umani, diventa possibile far valere le proprie pretese contro lo Stato a livello internazionale per aver omesso di applicare il diritto pattizio. Il diritto internazionale può essere un potente strumento per cambiare le cose: sia attraverso il ricorso ai tribunali nazionali per far valere l'attuale situazione del singolo migrante, sia attraverso l'utilizzo degli strumenti internazionali per migliorare la politica e le leggi relative alla situazione del migrante. Questa guida è destinata agli avvocati, magistrati, pubblici ufficiali, difensori dei diritti umani, o ai migranti stessi, per comprendere meglio i diritti umani internazionali dei migranti e i mezzi per rivendicarne il rispetto e l'attuazione sia a livello nazionale sia a livello internazionale.

III. La natura multiforme dell'esperienza migratoria

La quota di migranti internazionali in riferimento alla popolazione mondiale è rimasta stabile negli ultimi cinquant'anni, attestata a un tasso del tre per cento della popolazione mondiale. Pertanto, anche se i movimenti particolari della popolazione possono essere occasionali o ciclici, il fenomeno migratorio è costante.⁶ Nel 2009, la popolazione totale di migranti nel mondo è stata stimata in circa 214 milioni di persone.⁷ Il quarantotto per cento della migrazione internazionale totale è composto da donne, molte delle quali ora emigrano per conto proprio anziché come familiari di altri migranti.⁸ L'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) ha stabilito che il novanta per cento della migrazione internazionale è composto da migranti in età lavorativa e dai loro familiari. Solamente il sette o otto per cento dei migranti sono rifugiati o richiedenti asilo.⁹ Nel 2009 è stato stimato che cinquanta milioni di persone vivessero e lavorassero in un Paese straniero senza regolare permesso.¹⁰

Una difficoltà per qualsiasi pubblicazione che si proponga di affrontare i problemi della migrazione – da un punto di vista legale o pratico – riguarda la complessità e la diversità dell'esperienza migratoria. Le ragioni per cui le persone emigrano sono

6. Vedi, UNDP, *Rapporto sullo sviluppo umano 2009 – Sorpassare le barriere: mobilità umana e sviluppo*, 2009, pag. 2.
7. Vedi, *ibid.*, pag. 21. Si veda anche, *Migrazioni in un mondo interconnesso: Nuove direzioni per l'azione*, Rapporto della Commissione Globale sulla Migrazione Internazionale, ottobre 2005, par. 2; *Migrazioni internazionali per lavoro, Un approccio basato sui diritti*, Ginevra, Ufficio Internazionale del Lavoro, 2010, pag. 1.
8. Vedi, *ibid.*, pag. 25. Si veda anche, *Migrazioni internazionali per lavoro, Un approccio basato sui diritti*, op. cit. nota n. 7, pagg. 1, 3; *Raccomandazione Generale n. 26 sulle donne migranti lavoratrici*, CEDCD, UN Doc. CEDCD/C/2009/WPAG.1/R, 5 dicembre 2008, par. 8. Si veda anche, Comm.IADU, *Secondo rapporto del Relatore Speciale sui lavoratori migranti ed i loro familiari nell'emisfero*, op. cit. nota n. 2, par. 43.
9. Vedi, *Migrazioni internazionali per lavoro, Un approccio basato sui diritti*, op. cit., nota n. 7, pag. 2.
10. Vedi, UNDP, *Rapporto sullo sviluppo umano 2009*, op. cit., nota n. 6, pag. 2.

molteplici, complesse e soggette a cambiamento; inoltre, le persone che emigrano non sono facilmente classificabili, perché provengono da esperienze personali e ambienti sociali differenti.¹¹

In linea di massima, i migranti sono persone che si spostano dal loro Paese di residenza o di cittadinanza verso un altro territorio. Un migrante può muoversi per ragioni economiche o culturali, o per sfuggire alle persecuzioni, a violazioni dei diritti umani, da minacce alla vita o all'integrità fisica, da guerre e disordini civili. La distinzione tra le cause migratorie non è semplice ed i limiti tracciati dal diritto internazionale non sempre rispecchiano la realtà della vita dei migranti. Per esempio, un migrante può lasciare il proprio Paese a causa di persecuzioni basate sulla razza oppure perché viveva in condizioni di estrema povertà: nel primo caso avrà diritto di rivendicare lo status di rifugiato; nel secondo caso sarà considerato un caso di migrazione "economica" che non giustifica una particolare protezione internazionale, anche se la minaccia alla vita individuale può essere altrettanto significativa. Quest'ultima situazione riguarda anche le persone che lasciano il loro Paese a causa di catastrofi naturali causate dai cambiamenti climatici, anche se la discussione sull'esistenza di "profughi del cambiamento climatico" è appena iniziata a livello politico.¹²

Con riferimento all'ingresso, o al tentativo d'ingresso, di un migrante in un Paese straniero possono essere identificati un certo numero di gruppi di migranti, che spesso si sovrappongono:

- **Migranti regolari:** migranti che entrano nel territorio dello Stato dopo aver ottenuto un visto d'ingresso dallo Stato di destinazione per un soggiorno temporaneo o permanente;
- **Migranti privi di documentazione:** migranti che entrano nel territorio dello Stato in modo irregolare, senza possedere una documentazione adeguata, o migranti che sono entrati in modo regolare ma la cui autorizzazione sia scaduta e, nonostante ciò, si sono trattenuti sul territorio nazionale. Questa guida utilizza la terminologia raccomandata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite,¹³ evitando il termine "migrante illegale" e utilizzando "migrante privo di documenti o irregolare" come sinonimi. È opportuno evidenziare che il termine migrante "irregolare" non esprime una qualità della persona ma un semplice riferimento alla sua situazione d'ingresso o di soggiorno nel Paese di destinazione.

11. Vedi, Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatore Speciale delle Nazioni Unite sui diritti dei migranti, *Rapporto annuale 2004*, UN Doc. E/CN.4/2005/85, 27 dicembre 2004, par. 74; e, Comm.IADU, *Secondo rapporto del Relatore Speciale sui lavoratori migranti ed i loro familiari nell'emisfero, op. cit.*, nota n. 2, par. 61.

12. Si veda, inter alia, la pagina web sul "cambio climatico" (in inglese) dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR): <http://www.ACNUR.org/pages/49e4a5096.html>.

13. Risoluzione 3449(XXX) dell'Assemblea Generale (AG), *Misure per assicurare i diritti umani e la dignità di tutti i lavoratori migranti*, 9 dicembre 1975, par. 2.

- Richiedenti asilo o rifugiati: migranti che entrano in un Paese, sia in modo regolare che irregolare, al fine di sfuggire al timore di subire delle persecuzioni nel loro Paese d'origine, com'è stato definito dall'articolo 1, lett.a) della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*.
- Altri migranti che richiedono protezione: questa categoria comprende vari tipi di migranti il cui status non è ben definito ma che hanno bisogno di protezione internazionale, riconosciuta dal diritto internazionale in vario modo. In questa categoria sono compresi gli apolidi (anche se non sono richiedenti asilo o rifugiati), vittime della tratta di esseri umani, minori non accompagnati il cui status non è stato definito, stranieri a cui viene negato lo status di rifugiato o migranti senza documenti che non possono essere espulsi in applicazione del principio di *non-refoulement* (si veda nel primo capitolo).

Questa classificazione è solo parzialmente adeguata, poiché, com'è stato riconosciuto dalla Commissione Globale sulla Migrazione Internazionale: “un migrante potrebbe appartenere a una o più [...] categorie allo stesso tempo, potendosi spostare con successo da una categoria all'altra durante il percorso migratorio oppure essere riclassificato da una categoria all'altra, come accade quando un migrante economico presenta una richiesta di asilo nella speranza di ottenere i privilegi associati con lo status di rifugiato.”¹⁴

Per scelta o a causa delle circostanze, lo status di un migrante non è quasi mai stabile. Un migrante economico potrebbe diventare un rifugiato nel Paese di destinazione. Un rifugiato potrebbe perdere il suo status e diventare un migrante irregolare poiché nel suo Paese di origine cessano di esistere le circostanze relative al timore di persecuzione. Un migrante regolare potrebbe diventare irregolare se si trattiene oltre la scadenza del termine concesso, oppure potrebbe essere regolarizzato attraverso una sanatoria o un lavoro regolare. La scadenza del termine di soggiorno è stata identificata come uno dei modi principali attraverso cui un migrante diventa irregolare. Com'è stato rilevato dal Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo (UN Development Programme o “UNDP”) “in alcuni Stati insulari, come l'Australia e il Giappone, la scadenza del termine di soggiorno è praticamente l'unico modo di ingresso irregolare; anche in molti Paesi europei, il trattenimento dello straniero oltre il termine rappresenta circa i due terzi della migrazione non autorizzata.”¹⁵

Un impatto significativo sull'esperienza migratoria lo hanno i fattori riguardanti il sesso e il genere, l'età, la razza e l'origine nazionale. I migranti devono spesso subire discriminazioni basate sulla loro razza, nazionalità, religione, origine etnica e identità. Ciò costituisce una forma di discriminazione addizionale alla xenofobia a cui sono spesso soggetti per il semplice fatto di essere stranieri. Come il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sui diritti dei migranti ha avuto modo di sottolineare:

14. *Migrazioni in un mondo interconnesso: Nuove direzioni per l'azione*, op. cit., nota n. 7, par. 15 (traduzione ufficiale). Si veda anche, UNDP, *Rapporto sullo sviluppo umano 2009*, op. cit., nota n. 6, pag. 26.

15. UNDP, *Rapporto sullo sviluppo umano 2009*, op. cit., nota n. 6, pag. 26 (traduzione ufficiale).

“le persone il cui aspetto fisico, colore della pelle, vestiti, accento o religione sono diverse da quelle della maggioranza del Paese di accoglienza sono spesso soggetti a violenze fisiche e a altre violazioni dei loro diritti, indipendentemente dal loro status giuridico. La scelta della vittima e il tipo di abuso non dipendono dal fatto che le persone siano rifugiati, immigrati regolari, membri delle minoranze nazionali o migranti irregolari.”¹⁶ Sono state inoltre evidenziate delle situazioni in cui sono stati preferiti alcuni migranti a altri per ottenere il permesso d'ingresso o di lavoro a causa della loro razza, dell'origine nazionale o etnica, o dell'identità religiosa.¹⁷ Tale discriminazione è vietata dal diritto internazionale dei diritti umani, con speciale riferimento alla *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*.¹⁸ La comunità internazionale ha respinto anche questo tipo di discriminazione, affermando con decisione nella Dichiarazione di Durban che “le politiche migratorie non dovrebbero essere basate sul razzismo, discriminazione razziale, xenofobia e relative intolleranze”.¹⁹

Ulteriori situazioni preoccupanti sotto il profilo del rispetto dei diritti umani colpiscono le donne migranti, a causa del loro sesso e genere femminile; esse devono affrontare, oltre alla discriminazione relativa alla loro condizione di straniere, tutta una serie di specifiche discriminazioni basate sul sesso e il genere. Il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne ha dichiarato che “frequentemente nella pratica si manifestano diverse forme di discriminazione [verso le donne migranti], intrecciandosi quelle basate sul sesso e il genere con le sofferenze provenienti dal razzismo e dalla xenofobia. La discriminazione razziale, etnica, culturale, nazionale, linguistica, religiosa o basata su altre condizioni, potrebbe essere manifestata in modi specifici quando riguarda il sesso e il genere”.²⁰ Il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale ha notato che “ci sono circostanze in cui la discriminazione razziale colpisce unicamente o principalmente le donne, oppure esse vengono colpite in modo e misura differente rispetto agli uomini.”²¹ Inoltre, le donne migranti potrebbero essere a rischio elevato di discriminazioni

16. Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatore Speciale delle Nazioni Unite sui diritti dei migranti, *Rapporto annuale 1999*, UN Doc. E/CN.4/2000/82, 6 gennaio 2000, par. 32 (traduzione ufficiale). Si veda anche par. 48.

17. *Ibid.*, par. 54.

18. Art. 1, *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* (CIEDR). La permissione di distinzioni tra cittadini e stranieri contenuta nell'art. 1.2 CIEDR non può inficiare il divieto di discriminazione basata sulla razza, il colore, la discendenza o l'origine etnica o nazionale. Vedi, *Raccomandazione Generale n. 30: la discriminazione contro gli stranieri*, CEDR UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 1 ottobre 2004; e, Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatore Speciale delle Nazioni Unite sui diritti dei migranti, *Rapporto annuale 2000*, UN Doc. E/CN.4/2001/83, 9 gennaio 2001.

19. *Dichiarazione della Conferenza Mondiale contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia e relative intolleranze*, 2001, par. 12 (traduzione ufficiale). Si vedano anche i paragrafi 16, 38, 47-51, e per i richiedenti asilo ed i rifugiati i paragrafi 52-55.

20. CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 26*, op. cit., nota n. 8, par. 14 (traduzione ufficiale).

21. *Raccomandazione Generale n. 25, Dimensioni relative al genere della discriminazione razziale*, CEDR, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 20 marzo 2000, par.1 (traduzione ufficiale).

basate sull'età, l'invalidità, la condizione sociale e di classe.²² Come sarà argomentato più avanti nella quarta sezione, tali discriminazioni sono proibite dal diritto internazionale dei diritti umani.

Con riferimento alla migrazione dei minori è richiesto un approccio diverso rispetto a quello riservato agli adulti. Tuttavia, la prospettiva tradizionale del fenomeno migratorio è stata pensata considerando l'emigrazione di persone adulte. I bambini possono avere la possibilità di trasferirsi coi familiari adulti, oppure da soli. In base al diritto internazionale dei diritti umani, il principio preminente del superiore interesse del fanciullo deve essere applicato e considerato prioritario in tutti i provvedimenti riguardanti i minori.²³ I minori non accompagnati sono particolarmente vulnerabili allo sfruttamento e all'abuso,²⁴ mentre i bambini che migrano con le loro famiglie, soprattutto quelle che non possiedono i documenti necessari, possono incontrare problemi di accesso all'istruzione e al sistema sanitario a causa dei loro genitori che, temendo di essere espulsi, non permettono loro di avere dei contatti con le autorità nazionali.²⁵

Molti altri migranti possono subire delle discriminazioni fondate su altri motivi, riguardanti: l'età, la classe sociale, l'invalidità, la condizione economica o sociale, lo stato civile, oppure l'orientamento sessuale e l'identità di genere.²⁶

In questa Guida il termine “migrante” viene usato in riferimento a tutte le persone che si trovano al di fuori del loro Paese di origine e/o di nazionalità, indipendentemente dai motivi per cui sono emigrati. Il termine “migrante”, utilizzato in questo modo generale, include anche rifugiati e richiedenti asilo. Tuttavia, quando certi diritti o condizioni si applicano unicamente a certe categorie di migranti, essi

22. *Commentario Generale n. 20, Il divieto di discriminazione nei diritti economici, sociali e culturali*, CDESC, UN Doc. E/C.12/GC/20, 10 giugno 2009, par. 17. Si veda anche, *Commentario Generale n. 16, L'eguale diritto di uomini e donne al godimento di tutti i diritti economici, sociali e culturali*, CDESC, UN Doc. E/C.12/2005/4, 11 agosto 2005, par. 5. In maniera simile, il Comitato sui Diritti Umani ha rimarcato che la discriminazione contro le donne è spesso interconnessa con discriminazioni di altro tipo, come quelle basate sulla razza, il colore, la lingua, la religione, l'opinione politica o altra opinione, l'origine sociale o nazionale, la proprietà, la nascita o altra condizione. Si veda, *Commentario Generale n. 28, L'uguaglianza di diritti tra uomini e donne* (art. 3), CDU, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 marzo 2000, par. 30; *Raccomandazione Generale n. 25 su misure speciale e temporanee*, CEDCD, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 2004, par. 12.

23. Art. 3.1, *Convenzione sui diritti del fanciullo* (CDF).

24. Risoluzione AG n. 50/150, UN Doc. A/RES/50/150, 9 febbraio 1996, art. 3. Si veda anche, risoluzioni AG n. 51/73, UN Doc. A/RES/51/73, 12 febbraio 1997; n. 52/105, UN Doc. A/RES/52/105, 11 febbraio 1998; n. 53/122, UN Doc. A/RES/53/122, 10 febbraio 1999; n. 56/136, UN Doc. A/RES/56/136, 15 febbraio 2002; n. 49/172, UN Doc. A/RES/49/172, 24 febbraio 1995.

25. GMG, *Comunicazione sui diritti umani dei migranti in situazione irregolare*, op. cit., nota n. 1

26. Un materiale utile in riferimento a quest'ultimo sono i *Principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale dei diritti umani in rapporto all'orientamento sessuale ed all'identità di genere*, marzo 2007, disponibile in inglese a http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf (“Principi di Yogyakarta”). I Principi sono stati sviluppati dalla Commissione Internazionale di Giuristi (ICJ) e dal Servizio Internazionale per i Diritti Umani e sono stati adottati all'unanimità durante un incontro di esperti a Yogyakarta, Indonesia, 6-9 novembre 2006.

saranno indicati con termini specifici: “rifugiati”, “richiedenti asilo” o “lavoratori migranti”.

IV. I profili generali della normativa internazionale dei diritti umani

I diritti umani sono diritti che appartengono a tutte le persone, senza eccezioni; e non vengono acquisiti dalle persone in base alla cittadinanza, alla loro occupazione o a qualsiasi altra condizione sociale. La *Dichiarazione universale dei diritti umani* proclamava nel 1948 che **“tutti gli esseri umani** nascono liberi ed eguali in dignità e diritti”.²⁷

Il contesto giuridico di questa Guida si basa sul sistema universale del diritto internazionale dei diritti umani, che sono applicabili a tutti gli esseri umani e sono contenuti nella *Dichiarazione universale dei diritti umani*, nel *Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, e nel *Patto internazionale sui diritti civili e politici*. Questi trattati sono integrati da strumenti regionali sui diritti umani di portata generale: la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (CEDU) con i suoi Protocolli e la *Carta sociale europea (riveduta)* nell’ambito del Consiglio d’Europa; la *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell’uomo*, la *Convenzione americana sui diritti umani* ed il suo *Protocollo addizionale nell’area dei diritti economici, sociali e culturali* (Protocollo di San Salvador), per il sistema inter-americano di protezione dei diritti umani; la *Carta africana sui diritti umani e dei popoli* per il sistema africano; e la *Carta araba sui diritti umani* per il sistema arabo.

Altri trattati sui diritti umani a carattere particolare sviluppano ulteriormente il contesto giuridico per il rispetto, la tutela, la promozione e la realizzazione dei diritti umani verso specifiche categorie di persone oppure sono dedicati a specifici diritti umani, molti dei quali sono significativi per una parte o per la totalità dei migranti. Questi trattati includono, a livello universale, la *Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne*; la *Convenzione sui diritti del fanciullo* e i suoi protocolli; la *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*; la *Convenzione internazionale per l’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*; la *Convenzione contro la tortura e altre forme di punizione o di trattamento crudele, inumano o degradante*; e la *Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone contro le sparizioni forzate*. Questi trattati sono integrati da altri trattati universali e regionali e dagli obblighi di diritto internazionale, che sono stati considerati in questa Guida.

La *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei loro familiari* è il trattato sui diritti umani che ha elaborato norme particolari rivolte ai lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie. Non è stato ancora

27. Art. 1, *Dichiarazione universale dei diritti umani* (DUDU) (traduzione ufficiosa; grassetto aggiunto).

ampiamente ratificato, e nessuno dei Paesi più sviluppati ne è parte.²⁸ Questi trattati costituiscono la base per l'esame delle specifiche questioni sui diritti umani che sono state trattate dalla Guida.

Un principio fondamentale del diritto internazionale dei diritti umani, che pervade tutti i capitoli della Guida, consiste negli obblighi per gli Stati non solo di rispettare, ma anche di proteggere e realizzare i diritti umani. L'obbligo del rispetto impone allo Stato di non intraprendere delle attività che violino direttamente un particolare diritto. L'obbligo di protezione richiede agli Stati di garantire la tutela dei diritti attraverso la legislazione, le politiche e la buona prassi amministrativa, compresa l'adozione di strumenti per impedire la violazione dei diritti da parte di terzi. L'obbligo di realizzare i diritti umani impone allo Stato di facilitare, fornire e promuovere l'accesso ai diritti umani.²⁹

1. L'uguaglianza e divieto di discriminazione

Di fondamentale importanza per i migranti è il riconoscimento giuridico internazionale per tutti gli esseri umani del godimento dei diritti sulla base dell'uguaglianza e del divieto di discriminazione per motivi di razza, colore, sesso, orientamento sessuale, lingua, religione, opinioni politiche o di altro tipo, origine sociale o nazionale, proprietà, nascita o altre condizioni.³⁰ Questo fondamentale principio giuridico

28. Alla data del 1 marzo 2011, la *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei loro familiari* (CIDLM) aveva 44 Stati Parte.

29. Si veda, più generalmente, Commissione Internazionale di Giuristi (ICJ), *Courts and Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights; Comparative Experiences of Justiciability*, ICJ Human Rights and Rule of Law Series n. 2, Ginevra, 2008, in inglese, pagg. 42-53. Si veda anche una descrizione completa nel caso *Il Social and Economic Rights Action Center (SERAC) e il Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 155/96, 30a Sessione Ordinaria, 13-27 ottobre 2001, paragrafi 44-48; e, *Raccomandazione Generale n. 24: Donne e salute*, CEDCD, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 1999, paragrafi 13-17. Si veda anche, art. 6, *Linee guida di Maastricht sulle violazioni dei diritti economici, sociali e culturali*, adottate il 22-26 gennaio 1997 (Linee guida di Maastricht). Le Linee guida di Maastricht sono state adottate da una conferenza di esperti tenuta a Maastricht, il 22-26 Gennaio 1997, su invito della Commissione Internazionale di Giuristi (Ginevra, Svizzera), dell'Istituto sui Diritti Umani "Urban Morgan" (Cincinnati, Ohio, USA) e del Centro per i Diritti Umani della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Maastricht (Paesi Bassi). Tale strumento è stato utilizzato estensivamente dal Comitato sui Diritti Economici, sociali e Culturali per interpretare il Patto (PIDESC).

30. Artt. 2.3 e 26, *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (PIDCP); art. 7 CIDLM; art. 14, *Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (Convenzione europea sui diritti umani - CEDU); art. 1 del protocollo 12 CEDU; artt. 1 e 24, *Convenzione americana sui diritti umani* (CADU); artt. 2 e 3, *Carta africana sui diritti umani e dei popoli* (CADUP); artt. 3 e 11, *Carta araba sui diritti umani* (CArDU). Si veda anche, *Commentario Generale n. 15, La posizione degli stranieri secondo il Patto*, CDU, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 11 Aprile 1986, par. 9-10. L'art. E della *Carta sociale europea (riveduta)* (CSE(r)) e l'art. 21 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (Carta UE) fanno anch'esse riferimento a discriminazione sulla base di "associazione nazionale con una minoranza nazionale"; la Carta UE inoltre si riferisce a "origine etnica", "caratteristiche genetiche", "disabilità", "età", e "orientamento sessuale"; la CADU (art. 1) ed il *Protocollo addizionale alla Convenzione americana sui diritti umani nell'area dei diritti economici, sociali e culturali* (Protocollo di San Salvador) (art. 3) alla "condizione economica"; l'art. 2 CADUP e l'art. 3 della *Carta africana sui diritti ed il benessere del bambino* (CADBB) a "gruppo etnico" e "patrimonio"; l'art. 3.1 CArDU alla "disabilità fisica o mentale".

è racchiuso in diversi trattati internazionali e regionali;³¹ inoltre, è contemplato in particolari strumenti internazionali che riguardano forme particolari di discriminazione e applicano i principi di universalità, divieto di discriminazione ed equità rivolti a gruppi particolari, come, per esempio, la *Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*, la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne*, e la *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*.³²

Gli organismi internazionali e regionali, giudiziari o quasi-giudiziari, hanno più volte trattato dell'obbligo degli Stati di rispettare e garantire un uguale godimento dei diritti umani e la libertà da discriminazioni per ragioni illegittime.³³ Tali organi giudicanti hanno definito che cosa costituisca un motivo vietato di discriminazione, precisando che, oltre ai motivi espressamente elencati nei trattati, gli "altri status" comportano la valutazione di una serie di motivi impliciti, come l'età, l'invalidità, la condizione economica e sociale, lo stato di salute, lo stato civile, l'orientamento sessuale e l'identità di genere.³⁴

Tali organismi hanno anche definito la natura degli obblighi degli Stati di garantire l'uguaglianza e la non discriminazione. Inoltre, hanno specificato che i funzionari dello Stato devono astenersi dal compiere azioni discriminatorie che compromettano il godimento dei diritti (dovere di rispetto), devono adottare degli strumenti

-
31. Si veda, nota n. 30. Si veda inoltre, *Commentario Generale n. 18, Il divieto di discriminazione*, CDU, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 11 ottobre 1989; CDU, *Commentario Generale n. 28, op. cit.*, nota n. 22; CDESC, *Commentario Generale n. 20, op. cit.*, nota n. 22; CDESC, *Commentario Generale n. 16, op. cit.*, nota n. 22; CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 25, op. cit.*, nota n. 22; *Raccomandazione Generale n. 28 sulle obbligazioni centrali degli Stati Parte secondo l'art. 2 della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne*, CEDCD, UN Doc. CEDCD/C/2010/47/GC.2, 19 ottobre 2010; CEDR, *Raccomandazione Generale n. 25, op. cit.*, nota n. 21; *Commentario Generale n. 2: Attuazione dell'art.2 dagli Stati Parte*, CCT, UN Doc. CAT/C/GC/2, 24 gennaio 2008.
 32. Non è stata ampiamente ratificata e nessuno dei Paesi più sviluppati ne è parte. Si veda anche, a livello regionale, il *Protocollo alla Carta africana sui diritti umani e dei popoli sui diritti delle donne in Africa*; la *Convenzione inter-americana sulla prevenzione, punizione e lo sradicamento della violenza contro le donne* (Convenzione di Belém do Pará); *Convenzione inter-americana sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le persone con disabilità*.
 33. Vedi, nota n. 31. Si veda anche, ad esempio, *La condizione giuridica ed i diritti del migrante senza documenti*, Opinione Consultiva OC-18/03, 17 settembre 2003 (Opinione Consultiva sui migranti senza documenti); *Legal Resources Foundation c. Zambia*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 211/98, 29a Sessione Ordinaria, 23 aprile – 7 maggio 2001; *Alcuni aspetti delle leggi sull'uso delle lingue nell'istruzione in Belgio*, Ricorsi n. 1474/62-1677/62-1691/62-1769/63-2126/64, Sentenza del 23 luglio 1968.
 34. CDESC, *Commentario Generale n. 20, op. cit.*, nota n. 22, par. 15. Si vedano anche, per esempio, *Emendamenti proposti alle norme sulla naturalizzazione della Costituzione del Costa Rica*, Opinione Consultiva OC-4/84, 19 gennaio 1984; *Legal Resources Foundation c. Zambia*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 33; *Alatulkkila e al. c. Finlandia*, C.edu, Ricorso n. 33538/96, Sentenza del 28 luglio 2005; *Sidabras e Dziautas c. Lituania*, C.edu, Ricorsi n. 55480/00 e 59330/00, Sentenza del 27 luglio 2004; *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, C.edu, Ricorso n. 33290/96, Sentenza del 21 dicembre 1999; *E.B. c. Francia*, C.edu, GC, Ricorso n. 43546/02, 22 gennaio 2008; *Young c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 941/2000, Decisione del 6 agosto 2003; *Love e al. c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 983/2001, Decisione del 25 marzo 2003. Per un'illustrazione esaustiva e la giurisprudenza relativa al motivo di "orientamento sessuale" si veda, International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law – Practitioners' Guide No. 4*, Geneva, 2009.

per prevenire e tutelare da alcune forme di discriminazione provenienti da privati (dovere di protezione), e prevedere misure per garantire un uguale godimento dei diritti umani (dovere di realizzazione).³⁵

Lo Stato deve assicurare l'uguaglianza sia *de facto* sia *de jure*,³⁶ eliminando forme dirette e indirette di discriminazione. Ciò richiede che gli Stati contrastino e preven- gano sia la discriminazione diretta che indiretta. In conseguenza di ciò, lo Stato deve non solo eliminare leggi, politiche e pratiche chiaramente discriminatorie, ma anche garantire che misure apparentemente neutrali non abbiano un effetto discrimina- torio in termini reali;³⁷ e in determinate circostanze, prendendo atto delle differenze, sarà obbligato a adottare un trattamento differente al fine di garantire una sostan- ziale parità³⁸ o misure temporanee speciali, ritenute necessarie per ristabilire la parità, al fine di correggere situazioni di ineguaglianza e discriminazione.³⁹

La *Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* definisce la discriminazione razziale come "qualsiasi distinzione, esclusione, restrizione o preferenza fondata sulla razza, il colore della pelle, o l'origine nazionale o etnica che abbiano lo scopo o l'effetto di distruggere o compromettere il ricono- scimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale o in ogni altro settore della vita pubblica".⁴⁰ Sebbene le differenze di trattamento tra cittadini e stranieri siano consentite ai sensi dell'art. 1.2 di questa Convenzione, costituireb- bero delle violazioni del trattato le discriminazioni, derivanti dalla legislazione, da politiche o della prassi, tra differenti gruppi di stranieri basate sulla razza, il colore della pelle, la discendenza, l'origine nazionale o etnica.⁴¹

35. CDESC, *Commentario Generale n. 16, op. cit.*, nota n. 22, parr. 17-18, e 21; CDESC, *Commentario Generale n. 20, op. cit.*, nota n. 22, par. 8(b); CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 25, op. cit.*, nota n. 22, parr. 4, 7-8. Si vedano anche, parr. 2 e 19. Si veda, con riguardo all'obbligazione di realizzazione, CEDR, *Commentario Generale n. 32, il significato e lo scopo della misure speciale nella Convenzione internazionale sull'eliminazione della discriminazione razziale*, 75a sessione, agosto 2009, par. 20.

36. CDESC, *Commentario Generale n. 16, op. cit.*, nota n. 22, par. 7; CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 25, op. cit.*, nota n. 22, par. 4; CEDR, *Commentario Generale n. 32, op. cit.*, nota n. 35, par. 6; CDESC, *Commentario Generale n. 20, op. cit.*, nota n. 22, par. 8.

37. CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 25, op. cit.*, nota n. 22, par. 7; CDESC, *Commentario Generale n. 16, op. cit.*, nota n. 22, parr. 5, 12-13; CDESC, *Commentario Generale n. 20, op. cit.*, nota n. 22, par. 10; *Commentario Generale n. 14, Il diritto alle migliori condizione di salute*, CDESC, Un Doc. E/C.12/2000/4, 11 agosto 2000, par. 19; CEDR, *Commentario Generale n. 32, op. cit.*, nota n. 35, par. 7.

38. CEDR, *Commentario Generale n. 32, op. cit.*, nota n. 35, par. 8; CEDR, *Commentario Generale n. 30, op. cit.*, nota n. 18, par. 4; CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 25, op. cit.*, nota n. 22, par. 8.

39. Art. 2.2 CIEDR; art. 4, *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (CEDCD). Si vedano anche, CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 25, op. cit.*, nota n. 22, e CEDR, *Commentario Generale n. 32, op. cit.*, nota n. 35.

40. Art. 1.1 CIEDR (traduzione ufficiale).

41. Vedi, CEDR, *Raccomandazione Generale n. 30, op. cit.*, nota n. 18; e Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatore Speciale ONU sui diritti dei migranti, *Rapporto annuale 2000, op. cit.*, nota n. 18. Il CEDR ha ampliato il discorso sulla natura della obbligazioni degli Stati Parte in base alla Convenzione in una serie di commenti generali disponibili presso <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerdc/comments.htm>.

La *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne* definisce la discriminazione contro le donne come “qualsiasi distinzione, esclusione o restrizione fondata sul sesso che abbia l'effetto o lo scopo di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, a prescindere dal loro stato civile, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale, civile o in qualsiasi altra area, sulla base della parità tra uomini e donne.”⁴²

2. Al di là del diritto internazionale dei diritti umani

Il diritto internazionale dei diritti umani costituisce la materia principale della Guida. Tuttavia, vi sono altri campi del diritto internazionale senza i quali una Guida sui diritti umani dei migranti sarebbe incompleta. Il primo è il diritto internazionale dei rifugiati sancito dalla *Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati* del 1951, ed il suo *Protocollo relativo allo status dei rifugiati* del 1967 (nel complesso, la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*), completata da strumenti e norme regionali. Il diritto internazionale dei rifugiati viene esaminato in particolare nel primo capitolo della Guida.

Inoltre, dato che le violazioni dei diritti dei lavoratori costituiscono una caratteristica trasversale nell'esperienza migratoria, nel sesto capitolo si tratteranno le Convenzioni negoziate sotto l'egida dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Infine, verranno menzionati altri due corpi normativi nel primo capitolo che riguardano migranti in situazioni particolari: uno riguarda il diritto penale sulla tratta di esseri umani ed il traffico di migranti; l'altro il diritto marittimo internazionale che è particolarmente rilevante per i migranti che cercano di raggiungere il loro Paese di destinazione attraversando il mare.

V. Una guida per gli operatori del diritto: limiti e benefici

La Guida presenta, necessariamente, alcuni limiti. Innanzitutto, viene offerta una panoramica “istantanea” di un'area giuridica che è in continua evoluzione; inoltre, vengono trattati alcuni principi e sviluppi giuridici che non sono ancora consolidati nel diritto internazionale, senza ipotizzare o fornire raccomandazioni sui futuri scenari evolutivi del diritto positivo e pretorio. Dedicata agli operatori del diritto, la Guida illustra i principi normativi e giurisprudenziali che saranno di maggiore utilità nella pratica davanti ai tribunali nazionali e internazionali, oltre a offrire argomentazioni giuridiche avverso proposte di legge e nuove politiche. Dopo aver definito lo stato attuale del diritto internazionale dei diritti umani, la Guida si propone come

42. Traduzione ufficiosa. Il Comitato ha ampliato il discorso sulla natura delle obbligazioni degli Stati Parte in base alla Convenzione in una serie di commenti generali disponibili presso <http://www2.ohchr.org/english/bodies/CEDCD/comments.htm>. Si vedano anche, art. 3 PIDCP; art. 3, *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* (PIDESC); artt. 1 e 2 CEDCD; CDESC, *Commentario Generale n. 16, op. cit.*, nota n. 22, parr. 1 e 10; CDESC, *Commentario Generale n. 20, op. cit.*, nota n. 22, parr. 2, 3, 4 e 20.

un utile strumento da utilizzare per migliorare la protezione dei diritti umani dei migranti.

In secondo luogo, la Guida rivolge l'attenzione alle problematiche in materia di diritti umani e alla normativa internazionale rilevante nel processo migratorio, prendendo in considerazione il trattamento dei migranti. Ciò non significa che vengano affrontati tutti gli aspetti dell'esperienza migratoria – la quale può differire notevolmente tra Paesi e tra continenti – né trattate in maniera globale ogni possibile violazione dei diritti umani che i migranti possono subire. Lo scopo, che questa Guida si propone, è quello di sintetizzare e chiarire le norme internazionali su questioni chiave, e in particolare: i diritti e le procedure connesse al modo in cui i migranti entrano nel territorio di uno Stato e la condizione giuridica dello straniero nel Paese di destinazione (capitolo 1); gli ostacoli frapposti dal diritto internazionale dei diritti umani e dal diritto dei rifugiati all'esecuzione di procedimenti di espulsione dei migranti (capitolo 2); le garanzie del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto dei rifugiati connesse alle procedure di espulsione (capitolo 3); i diritti e le tutele riguardanti la detenzione amministrativa dei migranti (capitolo 4); il rispetto, la protezione e la promozione di alcuni diritti economici, sociali e culturali riguardanti i migranti: come, a esempio, il diritto all'istruzione, a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale, a un alloggio adeguato, all'acqua, all'alimentazione, e alla sicurezza sociale (capitolo 5); e i diritti relativi all'attività lavorativa (capitolo 6). Alcune questioni non vengono trattate dalla Guida, e riguardano: l'odio razziale ed etnico, i discorsi di incitamento all'odio e alla xenofobia, e le procedure di estradizione – attinenti maggiormente alla materia della cooperazione penale – benché i principi presentati nel secondo capitolo siano generalmente applicabili anche all'estradizione.

La Guida ha una portata universale, attingendo alla giurisprudenza di tutti i sistemi di protezione dei diritti umani di livello internazionale e regionale, anche se bisogna notare che su alcune questioni vi è una preponderanza di giurisprudenza della CEDU: molte problematiche in materia di immigrazione sono state trattate dalla Corte Europea, che ha sviluppato una giurisprudenza molto dettagliata. Tuttavia, esistono delle tematiche come quelle riguardanti i diritti dei lavoratori, in cui le influenze del diritto internazionale del lavoro e del sistema inter-americano sono dominanti. È auspicabile che la giurisprudenza proveniente da sistemi regionali di protezione dei diritti umani possa essere utile anche agli operatori del diritto di altri Paesi sia come precedente nell'analisi comparata sia come esempio evolutivo dello sviluppo dei principi dei diritti umani internazionali.

Per evidenti ragioni pratiche la Guida non riesce a esaminare in maniera comparata la vasta e apprezzabile giurisprudenza prodotta nei diversi Paesi in materia d'immigrazione e di diritti umani a livello domestico. Inoltre, non è possibile analizzare in questa sede in maniera generale l'impatto del diritto dell'Unione Europea, riguardante la protezione e talvolta la restrizione dei diritti dei migranti negli Stati Membri, anche se vengono descritti gli strumenti legali fondamentali del diritto comunitario. Non viene affrontata la situazione particolare dei cittadini degli Stati Membri UE,

che in base al *Trattato sull'Unione Europea* (TUE) sono diventati cittadini europei, titolari dei diritti relativi alla libertà di movimento e di residenza nei Paesi Membri che vengono goduti senza particolari procedure e sono soggetti a poche condizioni. Ciononostante, considerato il fatto che il diritto dell'Unione Europea copre ventisette Paesi, la Guida fornisce una sintesi relativa alla legislazione europea sull'immigrazione che si applica ai cittadini di Stati non Membri dell'UE. Ciò sarà di particolare utilità agli avvocati che devono promuovere una causa in un Paese Membro, dato che la normativa dell'Unione Europea è direttamente applicabile in questi Paesi.

VI. Una Guida per fare dei diritti una realtà

Nonostante i suoi limiti, questa Guida ha lo scopo di essere utilizzata come uno strumento pratico per rafforzare i diritti umani dei migranti, fornendo l'assistenza necessaria per comprendere gli intricati procedimenti legali. Com'è stato precedentemente evidenziato, il diritto internazionale è un mezzo potente destinato a migliorare la tutela dei diritti umani. Tocca poi agli avvocati, agli attivisti, e a tutti gli operatori del diritto farne buon uso per fornire diritti concreti ai migranti. Per aiutare in questo compito, la Guida cerca di migliorare la comprensione sui diritti umani rilevanti per i migranti e di fornire gli strumenti per rivendicare il loro rispetto e l'attuazione a livello nazionale e internazionale. La Guida intende essere uno strumento per consentire ai migranti e ai loro rappresentanti di rendere i diritti dei migranti una realtà, e di creare sistemi efficaci di diritto interno per rimediare alla violazione dei diritti umani. Infine, la Guida si propone come obiettivo di contribuire a demolire l'inferiorità esistente nella condizione giuridica dei migranti, la quale non può essere accettata perché contraria allo spirito della *Dichiarazione universale dei diritti umani* secondo cui "tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti".

Capitolo 1: Ingresso, soggiorno e condizione giuridica dello straniero

Questo capitolo esamina i diritti di cui sono titolari le differenti categorie di migranti, riguardanti l'ingresso e il soggiorno nel territorio di uno Stato estero. La prima parte rivolge l'attenzione ai principi generali relativi all'ingresso dei migranti nella giurisdizione nazionale. La seconda parte prende in considerazione le specifiche condizioni giuridiche e le situazioni che conferiscono il diritto di ingresso o di soggiorno; oltre a eventuali diritti procedurali, di sostegno e di protezione.

I. Ingresso e soggiorno nel territorio

1. I diritti d'ingresso e di soggiorno

La concessione del permesso per l'ingresso nel territorio dello Stato agli stranieri è soggetta alla discrezionalità dello Stato, come risulta stabilito da un principio generale di diritto internazionale riguardante la sovranità nazionale. Tuttavia, esercitando il controllo delle loro frontiere, gli Stati devono agire in conformità agli obblighi internazionali derivanti dal diritto internazionale sui diritti umani.⁴³ Con riguardo a specifiche categorie di migranti, il diritto internazionale può richiedere allo Stato di consentire l'ingresso o il soggiorno quando un migrante dimostra di possedere i requisiti per ottenere lo status di rifugiato o di protezione complementare, oppure quando l'ingresso nel territorio è necessario per il ricongiungimento familiare. Queste categorie di migranti sono prese in considerazione più avanti nella sezione II.

2. Quando avviene l'“ingresso”: questioni di giurisdizione

L'elemento fondamentale per attribuire la responsabilità allo Stato nella tutela dei diritti del migrante (come di qualsiasi altra persona) riguarda la soggezione dell'immigrato alla sua giurisdizione, cioè lo spazio o le persone su cui lo Stato esercita l'autorità e per le quali è responsabile a livello internazionale. Ciò deriva dal principio fondamentale del diritto internazionale dei diritti umani secondo cui lo Stato

43. Maurice Kamto, Relatore Speciale ONU delle Commissione di Diritto Internazionale, *Terzo rapporto sull'espulsione degli stranieri*, UN Doc. A/CN.4/581, 19 aprile 2007 (“Terzo Rapporto CDI”), par. 2 e 7. Si vedano anche, il caso *Boffolo* (Commissione su ricorsi misti Italia-Venezuela, 1903), UNRIAA, vol. X, pag. 531; il caso *Paquet* (Commissione su ricorsi misti Belgio-Venezuela, 1903), UNRIAA, vol. IX, pag. 325; *Moustaquim c. Belgio*, C.edu, Ricorso n. 12313/86, Sentenza del 18 febbraio 1991, par. 43; *Vilvarajah e al. c. Regno Unito*, C.edu, Ricorsi n. 13163/87-13164/87-13165/87-13447/87-13448/87, Sentenza del 30 ottobre 1991, par. 102; *Chahal c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 22414/93, Sentenza del 15 novembre 1996, par. 73; *Ahmed c. Austria*, C.edu, Caso n. 71/1995/577/663, Sentenza del 17 dicembre 1996, par. 38; *Boughanemi c. Francia*, C.edu, Caso n. 16/1995/522/608, Sentenza del 24 aprile 1996, par. 41; *Bouchelkia c. Francia*, C.edu, Caso n. 112/1995/618/708, Sentenza del 29 gennaio 1997, par. 48; e *H. L. R. c. Francia*, C.edu, GC, Ricorso n. 24573/94, Sentenza del 29 aprile 1997, par. 33; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, C.edu, Plenaria, Caso n. 15/1983/71/107-109, Sentenza del 24 aprile 1985, par. 67; *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme (UIADH) e al. c. Angola*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 159/96, 22a Sessione Ordinaria, 11 novembre 1997.

deve garantire, assicurare e proteggere i diritti umani di ogni persona soggetta alla sua giurisdizione,⁴⁴ prescindendo dalla nazionalità. Tale competenza non si identifica esclusivamente con il territorio di uno Stato. La prima domanda a cui rispondere quando un immigrato arriva in uno Stato estero è se ha effettivamente fatto “ingresso” nello Stato. In molti casi, questo è chiaro: la persona avrà fatto ingresso nello Stato quando entra sul territorio. È stato anche chiaramente stabilito che il migrante rientra nella giurisdizione dello Stato quando si trova nello “spazio internazionale” o “*zone d’attente*” di un aeroporto.⁴⁵

Il termine “giurisdizione” ha, comunque, un’estensione più ampia del territorio nazionale dello Stato. La giurisdizione si applica a tutte le persone sottoposte all’autorità o all’effettivo controllo delle autorità statali e di persone che agiscono in rappresentanza dello Stato; e per tutte le zone extraterritoriali, appartenenti o non appartenenti allo Stato straniero, in cui lo Stato esercita un controllo effettivo.⁴⁶ La Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito che la giurisdizione ha portata extra-territoriale⁴⁷ in differenti situazioni: quando lo Stato esercita l’effettivo controllo di un territorio esterno ai propri confini (ad esempio nel caso di occupazione militare in cui il controllo effettivo di una zona può essere dimostrato)⁴⁸; oppure quando pubblici ufficiali agiscono, legalmente o illegalmente, al di fuori del territorio dello Stato, esercitando autorità o controllo su di una persona: per esempio, nel caso di una persona che viene trattenuta in arresto o si trova a distanza di tiro delle forze

44. Art. 2.1 PIDCP; art. 2.1 CDF; art. 7 CIDLM; art.1 CEDU; art. 1.1 CADU; art. 3.1 CarDU.

45. *Amuur c. Francia*, C.edu, Caso n. 17/1995/523/609, Sentenza del 20 Maggio 1996, par. 52-53.

46. Vedi, *Commentario Generale n. 31, La natura delle obbligazioni giuridiche generali imposte agli Stati Parte al Patto*, CDU, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 maggio 2004, par. 10-11; *Lopez Burgos c. Uruguay*, CDU, Comunicazione n. R 12/52, Decisione del 6 giugno 1979; *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, CDU, Comunicazione n. 56/1979, Decisione del 29 luglio 1981. Si vedano anche, *Attività armate sul territorio del Congo (Repubblica Democratica del Congo c. Uganda)*, Sentenza, 19 dicembre 2005, ICJ Reports 2005, p. 168, par. 180 e 216; *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati*, Opinione Consultiva, ICJ Reports 2004, p. 136, par. 109; *Caso sull'applicazione della Convenzione per la prevenzione e la punizione del reato di genocidio (Bosnia e Erzegovina c. Serbia Montenegro)*, Sentenza, 26 febbraio 2007 No. 91 [2007] ICJ 1; *Applicazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (Georgia c. Federazione Russa)*, Misure Cautelari, Ordine del 15 ottobre 2008, ICJ Reports 2008, p. 353; *Victor Saldaño c. Argentina*, Comm.IADU, Petizione, Rapporto n. 38/99, Decisione sull'ammissibilità, 11 marzo 1999, par. 17; *Haitian Centre for Human Rights c. Stati Uniti d'America*, Comm.IADU, Caso 10.675, Rapporto n. 51/96, Merito, 13 marzo 1997 (Caso sui respingimenti ad Haiti); *Coard et al c. Stati Uniti*, Comm.IADU, Caso 10.951, Rapporto n. 109/99, Merito, 29 settembre 1999, par. 37; *Detenuti a Guantanamo Bay, Cuba*, Comm.IADU, Richiesta di Misure Cautelari, 13 marzo 2002, par. 532; *Repubblica Democratica del Congo (RDC) c. Burundi, Ruanda, Uganda*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 227/1999, 33a Sessione Ordinaria, maggio 2003; CCT, *Commentario Generale n. 2, op. cit.*, nota n. 31, par. 7 e 16; *Osservazioni Conclusivo su USA*, CCT, UN doc. CAT/C/USA/CO/2, 18 maggio 2006, par. 15; *Xhavara e al. c. Italia e Albania*, C.edu, Ricorso n. 39473/98, Decisione sull'ammissibilità, 11 gennaio 2001; *Women on Waves e al. c. Portogallo*, C.edu, Ricorso n. 31276/05, Sentenza del 3 febbraio 2009; *Loizidou c. Turchia*, C.edu, GC, Ricorso n. 15318/89, Sentenza del 18 dicembre 1996; *Issa e al. c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 31821/96, Sentenza del 16 novembre 2004, par. 66.

47. *Issa e al. c. Turchia* op. cit.; *Öcalan c. Turchia* Illich Sanchez Ramirez c. Francia Pad e al. c. *Turchia* Saak e al. c. *Turchia* Xhavara e al. c. *Italia e Albania* Women on Waves op. cit.

48. *Loizidou c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 46.

armate di uno Stato in una zona di frontiera.⁴⁹ In conseguenza di ciò, lo Stato può essere obbligato a rispettare e proteggere i diritti delle persone che non sono entrati nel territorio, ma che sono soggetti alla sua autorità e controllo oppure che sono stati sottoposti ad azioni extra-territoriali (come ad esempio la detenzione) da parte degli agenti dello Stato che esercitano un potere di controllo.

Di particolare rilevanza per i migranti è il fatto che la giurisdizione dello Stato può estendersi in determinate situazioni alle acque internazionali. La Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani ("la Commissione Inter-Americana") ha rilevato che il rientro nel Paese di origine di richiedenti asilo intercettati in alto mare, costituisce una violazione del loro diritto di chiedere asilo in un Paese straniero, come previsto dalla *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo* e la *Convenzione americana sui diritti umani*.⁵⁰ La Corte Europea dei Diritti Umani ha chiaramente affermato che le attività d'intercettazione di imbarcazioni, anche in alto mare, attirano la giurisdizione dello Stato che esegue l'intercettazione. Dal momento dell'effettivo controllo dell'imbarcazione, tutte le persone a bordo ricadono sotto la giurisdizione dello Stato di intercettazione, che deve salvaguardare e proteggere i loro diritti umani.⁵¹ Gli stessi principi si applicano nell'ambito delle operazioni di salvataggio in mare, come verrà discusso nella sezione II.6.

3. I diritti umani nel procedimento di ingresso

Come è stato precedentemente descritto, la tutela dei diritti umani da parte dello Stato costituisce un obbligo internazionale fondamentale dovuto a tutti coloro che sono sottoposti alla giurisdizione statale, indipendentemente dalla nazionalità. Dal momento in cui i migranti entrano nella giurisdizione territoriale o extra-territoriale di un Paese, lo Stato ha il dovere di riconoscere e rispettare tutti i loro diritti sostanziali e di proteggerli da ogni violazione proveniente da terzi che possano verificarsi nel procedimento di ingresso, o, nel caso di immigrati irregolari, nell'intercettazione in entrata nel territorio. Ciò significa, per esempio, che i migranti irregolari che entrano o tentano di entrare nel territorio non devono essere arbitrariamente privati della vita da parte di agenti dello Stato;⁵² e che lo Stato ha degli obblighi positivi riguardanti l'adozione di tutte le misure necessarie per proteggere i migranti da privazioni arbitrarie della vita o da maltrattamenti provenienti da terzi, includendo i privati, nella fase di ingresso nel territorio (per esempio in casi di tratta o di traffici illeciti di persone).

49. *Solomou e al. c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 36832/97, Sentenza del 24 Giugno 2008, parr. 50-51.

50. *Caso sui respingimenti ad Haiti*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 46, parr. 156, 157 e 163.

51. Vedi, *Medvedyev e al. c. Francia*, C.edu, GC, Ricorso n. 3394/03, Sentenza del 29 marzo 2010, parr. 62-67.

52. Applicabile anche ai migranti in zone di confine che non sono ancora entrati sul territorio ma che sono sufficientemente vicini per rientrare sotto il controllo e l'autorità degli agenti statali e quindi sotto la giurisdizione dello Stato – per esempio entro il raggio di tiro delle guardie di frontiera – vedi, *Solomou e al. c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 49.

Questo significa che, quando i migranti irregolari vengono arrestati dalle autorità, essi non devono subire trattamenti fisici o psicologici corrispondenti alla tortura o ad altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti, includendo l'uso eccessivo alla restrizione fisica, perquisizioni corporali eccessive e inappropriate, e analisi mediche obbligatorie; inoltre deve essere garantito il loro diritto alla salute e ad un'alimentazione adeguata durante la detenzione.

Ciononostante, il diritto internazionale dei diritti umani offre una protezione procedurale, seppur limitata, ai migranti che entrano in un Paese, mentre risulta improbabile che venga applicato il diritto a un processo equo alle decisioni in materia di ingresso nel territorio, come è stato espressamente escluso dalla Corte Europea dei Diritti Umani in relazione alle decisioni riguardanti altri aspetti del controllo sull'immigrazione,⁵³ mentre il Comitato sui Diritti Umani delle Nazioni Unite ha lasciato al questione aperta.⁵⁴

La concessione del permesso di ingresso non deve violare la protezione da discriminazioni basate sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o personale, l'origine nazionale o sociale, la proprietà di beni, la nascita o altra condizione.⁵⁵ Questa tutela è sancita dall'art. 2.1 in combinato disposto con l'art. 13 e l'art. 26 (clausola generale di non discriminazione) del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e da altri trattati sui diritti umani di livello universale e regionale.⁵⁶

Il Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti Umani⁵⁷ e la Corte Europea dei Diritti Umani⁵⁸ hanno ritenuto illegittima la legislazione che limita alle mogli di cittadini uomini, escludendo i mariti di cittadine donne, il diritto di libero accesso al Paese di destinazione e l'immunità dalla deportazione poiché violano il divieto di discriminazione fondata sul sesso (artt. 2 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e 14 CEDU) e il diritto alla vita familiare nel Paese in cui la donna ha la cittadinanza (artt. 17 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e 8 CEDU) oltre che a un eguale godimento dei diritti umani (art. 3 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*).

53. *Maaouia c. Francia*, C.edu, GC, Ricorso n. 39652/98, Sentenza del 5 ottobre 2000, par. 37.

54. *Adu c. Canada*, CDU, Comunicazione n. 654/1995, Decisione del 28 dicembre 1994.

55. CDU, *Commentario Generale n. 15, op. cit.*, nota n. 30. Vedi, *Aumeeruddy-Cziffra e altre diciannove donne delle Mauritius c. Mauritius*, CDU, Comunicazione n. 35/1978, Decisione del 9 aprile 1981 (Caso delle donne delle Mauritius), sulla discriminazione basata sul sesso.

56. Il divieto di discriminazione è contenuto nell'art. 2.1 DUDU; artt. 2.1 e 26 PIDCP; art. 2.2 PIDESC; art. 1 CIEDR; art. I CEDCD; art. 2.1 CDF; art. 1.1 CIDLM; art. 4, *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità* (CDPD); art. 14 CEDU; art. E, CSE(r); art. II, *Dichiarazione americana sui diritti ed i doveri dell'uomo* (DADDU); art. 1.1 CADU; art. 3, *Protocollo di San Salvador*; art. 2 CADBB. Ciononostante, il divieto di discriminazione non significa che lo Stato non possa fare differenza tra differenti categorie di migranti quando vi sia un motivo ragionevole di giustificazione, per esempio il bisogno di assumere persone di una certa esperienza invece che altre. Si veda inoltre, in relazione alla discriminazione nell'ambito dell'espulsione, il capitolo 3 sezione II.1.e., e, CDU, *Commentario Generale n. 15, op. cit.*, nota n. 30, par. 9-10.

57. *Caso delle donne delle Mauritius*, CDU, *op. cit.*, nota n. 55.

58. *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43.

II. Categorie e status dei migranti

Nonostante il diritto dello Stato di controllare i propri confini, certe situazioni o condizioni giuridiche conferiscono il diritto di ingresso o di soggiorno sul territorio. Altre situazioni, pur non riconoscendo un diritto di ingresso o di soggiorno, conferiscono particolari diritti o obblighi di protezione.

Questa sezione descrive due tipi di condizioni giuridiche che possono avere interesse per i migranti al fine di ottenere un permesso di ingresso o di soggiorno: lo status di rifugiato e lo status risultante dal ricongiungimento familiare con un migrante presente nello Stato di destinazione. Vengono descritti anche i diritti procedurali connessi con la creazione di queste condizioni giuridiche e i diritti sostanziali conseguenti. Inoltre, questa Sezione affronta le situazioni riconosciute come di particolare vulnerabilità per i migranti – in particolare, la tratta degli esseri umani e il traffico di migranti – che danno luogo ad ulteriori diritti di tutela dei migranti.

1. Lo status di rifugiato

Il diritto internazionale di cercare asilo è stato riconosciuto innanzitutto nella *Dichiarazione universale dei diritti umani* che stabilisce nell'art. 14.1 che “[o]gni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni”.⁵⁹ Pur non sancendo un diritto d'asilo, la *Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati* del 1951, in combinato disposto con il suo protocollo aggiuntivo del 1967 (*Convenzione di Ginevra sui rifugiati*), contiene una serie di diritti e prerogative che derivano dal riconoscimento dello status di rifugiato. La Convenzione prevede una definizione quasi universale di rifugiato all'art. 1A.2 secondo il quale un rifugiato è una persona che “nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi.”.

Sebbene il diritto di asilo non sia garantito da trattati vincolanti di protezione dei diritti umani di livello universale, il diritto è tutelato in diversi strumenti regionali. La *Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo* protegge il diritto, previsto nell'art. XXVII, “di chiedere e ricevere asilo”. La *Convenzione americana sui diritti umani*, all'art. 22.7, protegge il diritto “di chiedere e ricevere asilo in territorio straniero, conformemente alle leggi dello Stato ed alle convenzioni internazionali, in casi di persecuzioni per delitti politici o per delitti comuni connessi”. Nonostante il riferimento apparentemente più liberale a un “diritto di cercare e ricevere o aver

59. Vedi, Guy S. Goodwin-Gil, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Seconda Edizione, 1998, pag. 175 (traduzione ufficiosa); e Alice Edwards, “Human Rights, Refugees and The Right ‘To Enjoy’ Asylum”, 17 Int'l J. Refugee L. 293 (2005), pag. 299.

ricevuto asilo” la Commissione Inter-Americana ha sottolineato che tale diritto “non implica alcuna garanzia che sarà concesso”.⁶⁰ Tuttavia, garantisce il diritto di essere ascoltato nel presentare la domanda di asilo e di ricevere altre garanzie procedurali che verranno discusse in seguito.⁶¹ La Commissione ha generalmente interpretato queste disposizioni alla luce della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*.⁶² Il significato di asilo ai sensi della Convenzione Americana e della Dichiarazione può comprendere anche altre forme di asilo, riconosciute in numerose convenzioni inter-americane sulla materia.⁶³

La *Carta africana sui diritti umani e dei popoli* riconosce il diritto di asilo all’art. 12.3: “[o]gni individuo ha il diritto, se perseguitato, di chiedere e ottenere asilo in altri Paesi in conformità con la legge di questi Paesi e delle convenzioni internazionali”. La Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli (“Commissione Africana”) ha stabilito che tale diritto “deve essere interpretato come comprendente una protezione generale di tutti coloro che sono soggetti a persecuzioni, i quali potrebbero cercare rifugio in un altro Stato.”⁶⁴ La Commissione non ha ancora fornito un’interpretazione del diritto “di ottenere asilo” contenuto nella Carta.

L’art. 28 della *Carta araba dei diritti umani* riconosce solamente un “diritto di chiedere asilo politico in un altro Paese per sfuggire alle persecuzioni”, mentre la CEDU non contiene alcuna menzione del diritto di asilo.

a) Quando una persona è un rifugiato

Una persona rientra nella definizione di rifugiato dal momento in cui soddisfa i criteri previsti dall’articolo 1A.2 della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*. Una determinazione da parte dello Stato di “concedere” lo status di rifugiato non è una determinazione dello status, ma solo il suo riconoscimento formale.⁶⁵ Quindi, un

60. *Rapporto sulla situazione dei diritti umani dei richiedenti asilo all’interno del sistema canadese di determinazione dello status di rifugiato*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 febbraio 2000 (Comm.IADU, Rapporto sul Canada), par. 60 (traduzione ufficiosa).

61. *Ibid.*

62. *Desmond McKenzie e al. c. Giamaica*, Comm.IADU, Casi 12.023 - 12.044 - 12.107 - 12.126 - 12.146, Rapporto n. 41/00, Merito, 13 aprile 2000, par. 229; *Donnason Knights c. Grenada*, Comm.IADU, Caso 12.028, Rapporto n. 47/01, Merito, 4 aprile 2001, par. 111; *Caso sui respingimenti ad Haiti*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 46, par. 151-163.

63. *Convenzione sull’asilo territoriale*, OAS, A-47, adottata il 28 marzo 1954; *Convenzione sull’asilo diplomatico*, OAS, A-46, adottata il 28 marzo 1954; *Trattato sull’asilo ed il rifugio politico*, adottato il 4 agosto 1939; *Convenzione sull’asilo politico*, OAS, A-37, adottata il 26 dicembre 1933; *Convenzione sull’asilo*, adottata il 20 febbraio 1928, alla Sesta Conferenza Internazionale degli Stati Americani. A causa del numero limitato di Stati Parte e del ridotto ambito, queste convenzioni non verranno trattate in questa Guida.

64. *Organisation Mondiale Contre la Torture (OMCT) e al. c. Ruanda*, Comm.ADUP, Comunicazioni n. 27/89, 46/91, 49/91, 99/93, 20a Sessione Ordinaria, ottobre 1996 (traduzione ufficiosa).

65. Vedi il *Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, ACNUR, Ginevra, settembre 1979 (Manuale ACNUR), par. 28. La *Convenzione dell’Organizzazione dell’Unità Africana (OAU) regolante aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa* (Convenzione sui rifugiati OAU) sembra contrastare con questo regime universale quando stabilisce nel suo art. 1.6 che tocca allo Stato di asilo la “determinazione”

rifugiato ottiene tale status anche prima che lo Stato di asilo fornisca al rifugiato la documentazione rilevante o garantisca che la condizione giuridica di rifugiato sia riconosciuta nel diritto interno attraverso apposite procedure, anche se la tutela dei suoi diritti garantiti dalla *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* sarà limitata fino a quando lo Stato non avrà determinato che la situazione del richiedente asilo abbia soddisfatto la definizione della Convenzione. La *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* riconosce una serie di diritti al rifugiato, che saranno esaminati nei diversi capitoli di questa Guida, e la cui tutela dipende dal riconoscimento della condizione giuridica di rifugiato.⁶⁶

Per il riconoscimento dello status di rifugiato, ai sensi della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, è necessario che siano presenti le seguenti condizioni:

1. un timore fondato di subire una persecuzione;
2. la persecuzione deve essere basata su ragioni di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o per opinioni politiche;
3. la persona deve trovarsi al di fuori del suo Paese di cittadinanza o, se apolide, al di fuori del suo Paese di residenza abituale;
4. la persona deve essere impossibilitata o, a causa di tale timore, restia ad avvalersi della protezione di tale Paese.

i) Il timore fondato di persecuzione

Il requisito del timore fondato include sia un esame soggettivo (la dimostrazione che l'individuo ha personalmente paura) sia un esame obiettivo (la dimostrazione che il timore sia fondato). Il primo esame dipenderà dalla situazione soggettiva della persona e pertanto dovrà essere valutato caso per caso. Il secondo esame richiederà un esame delle presunte circostanze di fatto e anche una valutazione del singolo caso e della persona che lamenti il timore, dato che la diversità delle persone e delle situazioni portano all'esposizione di rischi diversi e a diversi motivi per ritenere ragionevolmente fondato un timore.⁶⁷

dello status di rifugiato. Ciononostante, siccome la Convenzione dichiara la propria complementarietà con la *Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951*, letta in combinato disposto con il suo Protocollo addizionale del 1967 ("Convenzione di Ginevra sui rifugiati") (Preambolo, par. 9; art. 8.2), "determinare" deve essere interpretato come un riconoscimento e non come la concessione dello status di rifugiato.

66. La Convenzione sui rifugiati OAU riconosce generalmente diritti più limitati di quelli contenuti nella Convenzione di Ginevra sui rifugiati. Il suo regime di protezione non può quindi sostituirsi a quello della più anziana Convenzione, a parte per quella categoria di persone che ricadono sotto la definizione del suo art. 1.2 e che non sono contemplati dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati, o per quegli Stati che hanno ratificato la Convenzione sui rifugiati OAU ma non la Convenzione di Ginevra sui rifugiati od il suo Protocollo addizionale.

67. Si veda per maggior dettaglio, *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65, parr. 37-50.

La persecuzione è un concetto in continua evoluzione nel diritto internazionale. Considerato che una definizione generale di persecuzione non è disponibile, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR) ha individuate alcune categorie generali di situazioni che corrispondono alla persecuzione (l'elenco non è esaustivo):

- una minaccia alla vita o alla libertà a causa di uno dei motivi elencati;
- altre violazioni gravi dei diritti umani a causa di uno di questi motivi;⁶⁸
- una discriminazione che porti a conseguenze di natura sostanzialmente pregiudizievole per la persona interessata, come, ad esempio, gravi restrizioni al diritto di guadagnarsi da vivere, al diritto di praticare la propria religione, o all'accesso a strutture educative normalmente disponibili;
- misure discriminatorie che non corrispondono per se stesse ad una persecuzione, ma che producono, nella mente della persona interessata, un senso di apprensione e di insicurezza per quanto riguarda la sua esistenza futura;
- subire un'azione penale, o averne il timore, per uno dei motivi contemplati nella definizione di rifugiato; o subire una pena sproporzionata, o averne il timore, per aver commesso un reato.⁶⁹

ii) I motivi di persecuzione

La persecuzione deve avere un nesso di causalità con uno dei motivi elencati nella definizione di rifugiato, che verranno mostrati in seguito. Come ha ricordato l'ACNUR, è sufficiente che i motivi convenzionali siano un fattore rilevante che contribuisce alla persecuzione, non essendo necessario che ne sia l'unica causa o il fattore dominante,⁷⁰ ed essendo possibile che i vari motivi si sovrappongano e che un rifugiato possa presentare una domanda di asilo basandosi su più motivi. Inoltre, va rilevato che non è necessario che la persona possieda effettivamente le caratteristiche per le quali viene perseguitata, ma è sufficiente che tali caratteristiche siano state loro attribuite dagli oppressori.

Razza: questo termine va inteso in senso lato, comprendente non solo strettamente la razza, ma anche il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica.⁷¹ Inoltre, può includere membri di uno specifico gruppo sociale che formano una minoranza

68. Questo concetto non è definito nel diritto internazionale dei diritti umani. Il *Manuale ACNUR* contiene una lista non esaustiva che si svilupperà probabilmente con il tempo.

69. Vedi, *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65, par. 51-60.

70. *Linee guida sulla protezione internazionale: L'applicazione dell'art. 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status di Rifugiati alle vittime della tratta ed alle persone a rischio di essere oggetto di tratta*, ACNUR, UN Doc. HCR/GIP/06/07, 7 Aprile 2006, par. 29 (Linee guida ACNUR sulle vittime della tratta).

71. Vedi, *Dichiarazione e programma d'azione sul razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia ed altre forme relative di intolleranza*, par. 2.

all'interno di una popolazione più ampia. Il diritto internazionale sui diritti umani, e in particolare la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*, si basa su una nozione altrettanto ampia di razza, e la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* dovrebbe essere interpretata allo stesso modo. La discriminazione razziale è un elemento importante per stabilire la persecuzione.⁷²

Religione: questo termine viene considerato in tre possibili manifestazioni differenti, che non sono cumulative tra loro: la prima è la credenza (convinzione o valori sulla realtà divina o suprema verità o il destino spirituale del genere umano, compreso l'ateismo); la seconda è l'identità (come l'appartenenza a una comunità che osserva o che è legata da credenze comuni, rituali, etnia, nazionalità o ascendenza); la terza è lo stile di vita (in cui la religione si manifesta in determinate attività come indossare abiti particolari o l'osservanza di una pratica particolare).⁷³

Nazionalità: questo termine non va inteso solo come cittadinanza. Si riferisce anche alla partecipazione a un gruppo etnico o linguistico⁷⁴ e comprende l'origine nazionale e l'apolidia.

Appartenenza a un determinato gruppo sociale: il termine "gruppo sociale" dovrebbe essere interpretato come un contenuto variabile in continua evoluzione. La definizione di gruppo sociale può essere determinata localmente o con riferimento al diritto internazionale dei diritti umani. Per identificare un gruppo sociale, l'ACNUR adotta il seguente parametro: "*un determinato gruppo sociale è un gruppo di persone che condividono una caratteristica comune diversa da quella del rischio di essere perseguitati, o che sono percepiti come un gruppo dalla società. La caratteristica sarà spesso quella di essere innata, immutabile, o che sia comunque fondamentale per l'identità, la coscienza o l'esercizio dei propri diritti umani.*"⁷⁵ Come descritto più in dettaglio nel riquadro n. 1, le donne, che devono affrontare persecuzioni legate al loro sesso o genere, costituiscono un particolare gruppo sociale ai fini della condizione giuridica di rifugiato. Le persone lesbiche, gay, bisessuali e transessuali (LGBT) che subiscono discriminazioni sulla base del loro orientamento sessuale o identità di genere verranno qualificate come membri di un determinato gruppo sociale. La dimensione del gruppo non è un elemento rilevante.⁷⁶

72. Vedi, *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65, parr. 68-70.

73. Si vedano, per ulteriori dettagli, le *Linee guida sulla protezione internazionale: Domande d'asilo basate sulla religione secondo l'art. 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status di rifugiati*, ACNUR, UN Doc. HCR/GIP/04/06, 28 aprile 2004 (Linee guida ACNUR su domande d'asilo basate sulla religione); si veda anche, *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65, parr. 71-73.

74. Vedi, *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65, parr. 74-76.

75. *Linee guida sulla protezione internazionale: "Appartenenza ad un particolare gruppo sociale" nel contesto dell'art. 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status di Rifugiati*, ACNUR, UN Doc. HCR/GIP/02/02, 7 Maggio 2002 (Linee guida ACNUR su "Appartenenza ad un particolare gruppo sociale"), par. 11 (traduzione ufficiosa).

76. Si veda per più informazione, *ibid.*. Si veda anche, *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65, parr. 77-79.

Opinione politica: l'individuo deve avere un'opinione manifesta o che abbia attirato l'attenzione dell'autorità, o deve esistere una ragionevole possibilità che le autorità ne vengano a conoscenza.⁷⁷ L'individuo potrebbe essere ritenuto perseguitato anche perché le autorità percepiscono che abbia una determinata opinione politica.

Riquadro n. 1. La persecuzione riguardante il sesso e il genere

Le donne fanno fronte non solo a persecuzioni per motivi di razza, religione, nazionalità e opinione politica, come gli uomini, ma tale persecuzione può anche dar luogo a un impatto specifico a causa del sesso o del genere o può incidere sulle donne in maniera sproporzionata. Le donne possono anche subire delle specifiche forme di persecuzione a causa del loro essere donne, cioè persecuzioni fondate sul sesso o il genere.

Tali persecuzioni possono derivare da leggi, politiche e attività statali che discriminano le donne e violano i loro diritti umani. Alcuni esempi comprendono: sistemi di tutela legale contrassegnati dalla mancanza di parità di status giuridico; ordinamenti giuridici nazionali che criminalizzano l'atto sessuale compiuto al di fuori del matrimonio e/o l'adulterio; leggi che criminalizzano alcuni abbigliamenti o comportamenti femminili; leggi discriminatorie in materia di custodia dei figli e di lavoro; pratiche e politiche sanitarie coercitive in materia sessuale e riproduttiva (ad esempio gli aborti e le sterilizzazioni forzate); e la criminalizzazione di operazioni sanitarie di specifica necessità per le donne.

Inoltre, le donne possono subire persecuzioni basate sul sesso o sul genere risultanti dall'azione di soggetti non statali nell'incapacità dello Stato di prevenire o vietare efficacemente tali comportamenti. Alcuni esempi comprendono pratiche dannose nei confronti delle donne e delle bambine, violenza sessuale, violenza domestica, delitti d'onore, violenze e molestie sul luogo di lavoro e privazione di libertà.

La persecuzione fondata sul genere o il sesso non è un motivo esplicito per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*. Tuttavia, è evidente che la persecuzione della donna in relazione al suo sesso o genere può conferirle, se gli altri criteri sono rispettati, il diritto allo status di rifugiato ai sensi della Convenzione. Le *Linee Guida sulla persecuzione legata al sesso* dell'ACNUR esaminano approfonditamente questa materia e presentano i modi in cui i trattamenti o le circostanze incontrate dalle donne o che costituiscono conseguenze specifiche del loro genere rappresenteranno delle persecuzioni secondo la

77. Vedi, *ibid.*, parr. 80-86.

Convenzione.⁷⁸ Come indicato sopra, quando una donna deve subire delle persecuzioni a causa del sesso o del genere, essa diventerà un membro di un determinato gruppo sociale (ad esempio, donne) ai fini della Convenzione. La dimensione del gruppo o una mancanza di coesione sono irrilevanti. Inoltre, il rischio di persecuzione in questione non necessariamente deve esistere per tutti i membri. Nelle rivendicazioni relative al genere, la persecuzione temuta potrebbe riguardare uno o più dei motivi previsti dalla Convenzione. Per esempio, la persecuzione per motivi religiosi si porrebbe se una donna rischia di subire determinate conseguenze a causa della sua mancata osservanza dei precetti religiosi che attribuiscono ruoli specifici agli uomini e alle donne, o radicano stereotipi riguardanti il genere.⁷⁹

Quando il comportamento di un soggetto non statale è all'origine della persecuzione in questione, qualsiasi valutazione della capacità o disponibilità dello Stato di offrire una protezione efficace e/o per l'interessata di ricevere la protezione deve essere valutata con riguardo al sesso o ai fattori specifici del genere. Per esempio, l'alternativa di un trasferimento interno non deve essere applicata senza prendere in considerazione i fattori specifici di sesso e di genere.⁸⁰

iii) Persecuzioni provenienti da soggetti non statali

Le persecuzioni possono provenire non esclusivamente da comportamenti pubblici, ma anche da agenti non statali “in circostanze che indicano che lo Stato non ha voluto o non ha potuto offrire protezione contro la persecuzione minacciata”.⁸¹ Con

78. *Linee guida sulla protezione internazionale: Persecuzione in base al genere nel contesto dell'art. 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, ACNUR, UN Doc. HCR/GIP/02/01, 7 maggio 2002 (Linee Guida ACNUR sulla Persecuzione in base al genere). Questo riquadro è un breve riassunto delle Linee guida ACNUR. Si vedano anche, *Conclusione n. 73 (XLIV) Protezione dei rifugiati e violenza sessuale*, Comitato Esecutivo, ACNUR, 44a Sessione, 1993, par. (d); *Conclusione n. 77 (XLVI) Generale*, CE-ACNUR, 46a Sessione, 1995, par. (g); *Conclusione n. 79 (XLVII) Generale*, CE-ACNUR, 47a Sessione, 1996, par. (o); *Conclusione n. 105 (LVII) Donne e ragazze a rischio*, CE-ACNUR, 57a Sessione, 2006, par. (n)(iv); *Conclusione n. 39 (XXXVI) Donne rifugiate e protezione internazionale*, CE-ACNUR 36a Sessione, 1985. Si vedano anche, *Raccomandazione Rec(2002)5 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla protezione delle donne dalla violenza*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (CMCE) il 30 Aprile 2002 al 7940 incontro dei Rappresentanti dei Ministri, Appendice, art. 72.

79. *Ibid.*, par. 23-26.

80. Per più informazione su questo concetto si vedano: *Linee guida sulla Protezione Internazionale: “Internal Flight or Relocation Alternative” nel contesto dell'art. 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status di rifugiati*, ACNUR, UN Doc. HCR/GIP/03/04, 23 luglio 2003 (Linee guida ACNUR su “Internal Flight and Relocation Alternative”).

81. ACNUR, *Agenti di persecuzione, Posizione dell'ACNUR*, 14 Marzo 2005, par. 4 (traduzione ufficiosa). Si vedano anche, *Manuale ACNUR, op. cit.*, nota n. 65, par. 65; *Osservazioni conclusive sulla Francia*, CDU, Rapporto del Comitato dei Diritti Umani all'Assemblea Generale, 52a Sessione, Vol.I, UN Doc. A/52/40 (1997), par. 408; *Raccomandazione 1440 (2000) Restrizioni all'asilo negli Stati Membri del Consiglio d'Europa e nell'Unione Europea*, Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE), par. 6.

riferimento ai soggetti non statali, in particolare, il nesso causale deve soddisfare almeno uno dei seguenti criteri:

- esiste il rischio di essere perseguitati da agenti non statali per ragioni connesse ai motivi previsti dalla Convenzione, indipendentemente dal fatto che il fallimento dello Stato di proteggere l'individuo sia in correlazione con la Convenzione; o
- il rischio di essere perseguitati da soggetti non statali non è connesso ai motivi previsti dalla Convenzione, ma l'incapacità o la mancanza di volontà dello Stato di offrire protezione è in correlazione con i motivi previsti nella Convenzione.⁸²

Riquadro n. 2. La persecuzione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere

L'orientamento sessuale e l'identità di genere⁸³ possono essere rilevanti in una domanda di asilo quando contribuiscono al timore della persona interessata di subire danni derivanti da persecuzione. Alcune indicazioni per presentare delle domande di asilo sulla base di queste motivazioni si possono trovare nelle *Linee guida dell'ACNUR riguardanti le persecuzioni in materia di genere*,⁸⁴ e, più ampiamente, nella *Nota informativa dell'ACNUR sulle domande di asilo in materia di orientamento sessuale e identità di genere*.⁸⁵

La discriminazione, la mancanza di protezione o la repressione diretta verso determinate persone a causa del loro orientamento sessuale possono costituire persecuzione quando queste azioni provengono dallo Stato, o lo Stato non può o non vuole offrire la necessaria tutela. Il timore di subire delle persecuzioni può derivare anche da norme penali che vietano, direttamente o indirettamente, rapporti consensuali tra persone dello stesso sesso. La legge può essere di per sé persecutoria quando non è conforme agli standard internazionali sui diritti umani. Inoltre, la penalizzazione può essere nascosta da procedimenti penali “mirati” riguardanti altri reati. Se il fondato timore

82. Vedi, *Linee guida ACNUR su “Appartenenza ad un particolare gruppo sociale”*, op. cit., nota n. 75, par. 23.

83. La definizione di orientamento sessuale e di identità di genere si può trovare nei *Principi di Yogyakarta*, op. cit., nota n. 26.

84. *Linee guida ACNUR sulla Persecuzione in base al genere*, op. cit., nota n. 80.

85. *Guida ACNUR sulle domande d'asilo relative a orientamento sessuale ed identità di genere*, ACNUR Protection Policy and Legal Advice Section, Division of International Protection Services, 21 novembre 2008 (Guida ACNUR sull'orientamento sessuale e l'identità di genere).

ha origine *sur place*, ad esempio perché la persona in questione ha reso pubblico il proprio orientamento sessuale o identità di genere nel Paese straniero, essa potrebbe ottenere lo status di rifugiato se può dimostrare un fondato timore di persecuzioni future nel Paese di origine. Inoltre, se a tali persone viene costantemente negato l'accesso ai servizi normalmente disponibili come l'istruzione, l'assistenza sociale, la salute, la giustizia, ecc., oppure se sono costretti a nascondere il proprio orientamento per paura di rappresaglie, ciò può dar luogo ad un ragionevole timore di persecuzione. È importante sottolineare che le domande di asilo non possono essere respinte sulla base del fatto che la ricorrente poteva evitare la persecuzione cambiando o nascondendo il suo orientamento sessuale o identità di genere.

Motivi Convenzionali. Le domande di asilo fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere sono generalmente considerate sotto la motivazione di “appartenenza ad un determinato gruppo sociale”.⁸⁶ Le stesse rivendicazioni in alcune circostanze sono anche rientrate nelle seguenti motivazioni: “opinione politica”, particolarmente in Paesi in cui, per esempio, le relazioni tra persone dello stesso sesso sono considerate contrarie ai principi politici del Paese; e “religione” quando l'atteggiamento delle autorità religiose nei confronti delle persone LGBT è ostile e discriminatorio oppure quando l'essere LGBT è visto come un affronto al credo religioso.

b) I diritti dei rifugiati

La *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* garantisce un certo numero di diritti, che riflettono la tutela del diritto internazionale dei diritti umani, la cui applicabilità varia a seconda della situazione del rifugiato nel territorio, la sua presenza regolare o il suo status di rifugiato. È importante sottolineare, come si vedrà in questa Guida, che il diritto internazionale dei diritti umani garantisce una tutela dei diritti dei richiedenti asilo e dei rifugiati più ampia di quella della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*. Inoltre, ogni volta che il diritto internazionale sui diritti umani offre una tutela più ampia, questa dovrebbe prevalere, e le disposizioni della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* dovrebbero essere interpretate alla luce dei diritti riconosciuti dal sistema di diritto internazionale dei diritti umani.

Indipendentemente dal mezzo di ingresso o dallo status, a tutti i rifugiati presenti sul territorio dello Stato la Convenzione riconosce: il divieto di discriminazione razziale, religiosa o sulla base del Paese di origine (art. 3); la libertà di praticare la loro religione e la libertà di istruzione religiosa dei propri figli almeno nella stessa misura accordata ai cittadini (art. 4); l'obbligo dello Stato di emettere un documento di identità (art. 27); e la protezione del principio di *non-refoulement* (art. 33). Tutti i

86. Vedi, *ibid.*, par. 32.

rifugiati devono essere trattati come i cittadini nel diritto a un'equa distribuzione dei prodotti nei sistemi di razionamento (art. 20), e nel ricevere l'istruzione elementare (art. 22.1); mentre verranno equiparati agli stranieri per quanto riguarda i diritti di proprietà (art. 13) e il diritto di accedere all'istruzione secondaria e terziaria (art. 22.2).

Un numero limitato di diritti sanciti dalla Convenzione sono accordati ai rifugiati che si trovano legalmente soggiornanti sul territorio dello Stato, anche se non necessariamente “residenti” o con un permesso di soggiorno di lunga durata, come potrebbe essere per gli studenti o i visitatori. Su base paritaria con i cittadini stranieri vengono riconosciuti i diritti al lavoro autonomo (art. 18) e il diritto alla libertà di circolazione (art. 26), mentre i diritti procedurali relativi all'espulsione (art. 32) sono previsti per i rifugiati.

La maggioranza dei diritti riconosciuti dalla Convenzione sono applicabili ai rifugiati che sono “regolarmente soggiornanti” (lawfully staying) nello Stato di rifugio, o, nella versione francese, “resident(s) régulièrement”. Questo implica una situazione di residenza stabile e durevole. A questa categoria di rifugiati, è riconosciuto il diritto di possedere un documento di viaggio (art. 27). Tali rifugiati saranno trattati come i cittadini nel diritto all'assistenza pubblica (art. 23), al lavoro e alle assicurazioni sociali (art. 24). Su base paritaria con i cittadini stranieri vengono riconosciuti i seguenti diritti: il diritto di associazione, riguardante esclusivamente quelle apolitiche e non lucrative ed escludendo l'associazione di sindacati (art. 15); il diritto di compiere attività salariate (art. 17) e di svolgere le professioni liberali (art. 19); e il diritto a un alloggio (art. 21).

Il diritto al libero accesso ai tribunali (art. 16) e alla proprietà artistica e industriale (art. 14) hanno una dimensione particolare, in quanto devono essere rispettati da tutti gli Stati Contraenti della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*. Il loro godimento deve quindi essere garantito in condizioni di parità con i cittadini del Paese di “residenza abituale”, mentre tutti gli altri Stati devono rispettarli sullo stesso piano dei cittadini del Paese di “residenza abituale” del rifugiato. La definizione del termine “residenza abituale” non è certa, essendo stata interpretata con il significato di “più di un soggiorno di breve durata, ma non necessariamente pare destinato a suggerire una residenza o domicilio permanenti”.⁸⁷ Comunque, il fatto che sia stata usata solo residualmente in questi articoli indica che non è richiesta la “regolare” presenza sul territorio, anche se sarà difficile dimostrare la “residenza abituale” senza una presenza regolare.

87. Goodwin-Gil, *The Refugee in International Law*, op. cit., nota n. 59, pag. 310 (traduzione ufficiosa).

c) Quando un rifugiato non è un rifugiato: clausole di cessazione e di esclusione

Il diritto internazionale dei rifugiati stabilisce le condizioni e le situazioni per cui una persona perde lo status di rifugiato o per le quali ne può venire esclusa. Queste situazioni sono contemplate nelle clausole di cessazione e di esclusione.

i) Le cause di cessazione dallo status di rifugiato

Ai sensi dell'art.1C della *Convenzione di Ginevra*, la Convenzione cessa di applicarsi quando:

- Il rifugiato abbia usufruito nuovamente e volontariamente della protezione del Paese in cui ha la cittadinanza; oppure
- Avendo perduto la sua cittadinanza, la riacquisisca volontariamente; oppure
- Il rifugiato abbia acquisito una nuova cittadinanza, e goda della protezione del Paese di cui ha acquisito la cittadinanza; oppure
- Il rifugiato sia tornato volontariamente a stabilirsi nel Paese che aveva lasciato o fuori del quale viveva per timore di essere perseguitato; oppure
- Qualora, essendo venute meno le circostanze in seguito alle quali è stato riconosciuto come rifugiato, egli non possa continuare a rifiutare di avvalersi della protezione del Paese di cui ha la cittadinanza o residenza, a meno che possa invocare motivi imperiosi derivanti da precedenti persecuzioni per rifiutare di avvalersi della protezione del Paese di cui ha la cittadinanza o la residenza.⁸⁸

Mentre l'applicazione delle clausole di cessazione spetta allo Stato,⁸⁹ il Comitato Esecutivo dell'ACNUR ha previsto condizioni rigorose che ritiene necessario considerare per la loro applicazione:

- I cambiamenti nel Paese di origine o di cittadinanza devono avere delle caratteristiche strutturali, stabili e durature: cioè di una natura così profonda e stabile che la protezione internazionale diventa inopportuna;⁹⁰

88. La Convenzione sui rifugiati OAU include altri due motivi per la cessazione dello status di rifugiato, ereditate dalla cause di esclusione: (f) ha commesso un reato non politico grave fuori dal suo Paese di rifugio e dopo la sua ammissione in tale Paese come rifugiato, o (g) ha violato in maniera grave gli scopi e gli obiettivi di questa Convenzione (art. 1.4, *Convenzione sui rifugiati OAU*).

89. *Conclusion n. 69 (XLIII) Cessazione dello status*, CE-ACNUR 43a Sessione, 1992, Preambolo, par. 2.

90. *Conclusion n. 65 (XLII) Generale*, CE-ACNUR, 42a Sessione, 1991, par. (q).

- La caratteristica strutturale deve essere verificabile e riscontrabile obiettivamente, includendo sia la situazione generale dei diritti umani sia la particolare causa del timore di persecuzione;⁹¹
- La decisione di cessazione deve essere adottata su un caso individuale. Tutti i rifugiati interessati da decisioni di gruppo o di categoria devono avere la possibilità di una riconsiderazione della decisione sull'applicazione delle clausole di cessazione sulla base dei motivi rilevanti al loro caso individuale.⁹²

I documenti dell'ACNUR e le raccomandazioni e conclusioni del Comitato Esecutivo, sebbene non abbiano forza vincolante, forniscono l'unica guida completa e autorevole sulle procedure di determinazione dello status di rifugiato, e vengono rispettati nelle pratiche statali e dai tribunali nazionali. Inoltre, va considerato che l'ACNUR ha il dovere di sorvegliare l'applicazione della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* ai sensi dell'art. 35.⁹³

ii) Le cause di esclusione dallo status di rifugiato

L'art. 1F della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* elenca i motivi di esclusione automatica dal riconoscimento dello status di rifugiato, che si verificano quando vi sono seri motivi per ritenere che la persona che richiede lo status di rifugiato:

- abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, come definito negli strumenti internazionali elaborati per stabilire disposizioni riguardo a questi crimini (art. 1F(a));⁹⁴
- abbia commesso un crimine grave di natura non politica al di fuori del Paese di accoglienza e prima di esservi ammesso in qualità di rifugiato (art. 1F(b));
- si sia resa colpevole di azioni contrarie ai fini ed ai principi delle Nazioni Unite (art. 1F(c)).⁹⁵

Sebbene la prassi nazionale tenda sempre più ad ampliare le circostanze in cui tali criteri si applicano (una tendenza rafforzata nell'Unione Europea (UE), ad esempio,

91. *Conclusione n. 69*, CE-ACNUR, *op. cit.*, nota n. 89, par. (a).

92. *Ibid.*, par. (d). Si veda anche, parr. (b) e (c).

93. Cecilie Schjathvet, *The making of UNHCR's guidance and its implementation in the national jurisdiction of the United Kingdom, Norway and Sweden*, Hestenes og Dramer & Co., Rapporto di ricerca per il Ministero norvegese sull'immigrazione, 2010, capitolo 3.

94. Vedi, *Convenzione per la prevenzione e la punizione del reato di genocidio*, adottata il 9 dicembre 1948; le quattro *Convenzioni di Ginevra del 1949 per la protezione delle vittime di guerra* ed i due Protocolli addizionali del 1977; *gli Statuti dei Tribunali Penali Internazionali per l'ex Jugoslavia ed il Ruanda*, la *Carta del Tribunale Militare Internazionale del 1945* (la Carta di Londra), e, più recentemente, lo *Statuto della Corte Penale Internazionale del 1998* entrato in vigore il 1 luglio 2002 (lo Statuto di Roma).

95. La Convenzione sui rifugiati OAU aggiunge una clausola di esclusione quando "è stato trovato colpevole di atti contrari agli scopi ed obiettivi dell'Organizzazione dell'Unità Africana" (art. 1.5(c)).

dall'art. 12.2 della Direttiva UE sulle Qualificazioni⁹⁶ (si veda il riquadro n. 3, qui sotto), nelle norme internazionali è ben consolidata l'applicazione "restrittiva" di tali clausole di esclusione.⁹⁷ Con riguardo alla particolare clausola di esclusione dei "reati non politici", l'ACNUR ha chiarito che "per determinare se un reato è "non politico" o, al contrario, un delitto "politico", bisognerebbe tener conto, in primo luogo, della sua natura e finalità, ossia se è stato compiuto per veri e propri motivi politici e non solo per motivi personali o di profitto. Dovrebbe esserci anche un legame stretto e diretto di causalità tra il reato commesso e l'asserita finalità politica. L'elemento politico del reato dovrebbe prevalere sulle caratteristiche del delitto comune. Questo non si verificherebbe nel caso in cui gli atti commessi siano decisamente sproporzionati rispetto all'obiettivo dichiarato. La natura politica del reato è anche maggiormente difficile da accettare se i comportamenti compiuti sono spietati."⁹⁸ Infine, è importante ricordare che, "per essere considerato di natura politica, un crimine deve avere un obiettivo politico coerente con i principi dei diritti umani."⁹⁹

Sul piano procedurale, in linea di principio, le decisioni di esclusione dovrebbero essere valutate nel corso della regolare procedura di determinazione dello status di rifugiato e non nella fase di ammissibilità o nelle procedure accelerate; inoltre, dovrebbero essere prese in considerazione nella valutazione completa in fatto e in diritto dell'intero caso individuale. L'ACNUR ha stabilito la regola che "dovrebbe generalmente essere valutata prima l'inclusione rispetto all'esclusione".¹⁰⁰

Ci possono essere delle eccezioni alla regola quando vi sia un atto d'accusa proveniente da un tribunale penale internazionale; quando vi sia una prova evidente e facilmente disponibile che rivela con forza il coinvolgimento del richiedente asilo in crimini particolarmente gravi; o, in fase di impugnazione, quando la domanda o

96. *Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, UE, Gazzetta Ufficiale L 304, 30/09/2004 pagg. 0012 – 0023 ("Direttiva UE sulle Qualificazioni").

97. *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65, par. 149. Si vedano, *Linee guida sulla Protezione Internazionale: Applicazione delle clausole di esclusione*: art. 1F della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status dei rifugiati, ACNUR, UN Doc. HCR/GIP/03/05, 4 settembre 2003 (Linee guida ACNUR sull'applicazione delle clausole di esclusione), par. 2; *Raccomandazione Rec(2005)6 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sull'esclusione dallo status di rifugiato nel contesto dell'art. 1 F della Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 28 Luglio 1951*, adottata dal CMCE il 23 Marzo 2005 al 9200 incontro dei Rappresentanti dei Ministri, parr.1 (a), (b) e (g), e 2.

98. *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65, par. 152 (traduzione ufficiosa). Si vedano anche, *Linee guida ACNUR sull'applicazione delle clausole di esclusione*, op. cit., nota n. 97, parr. 14-16; *Raccomandazione Rec(2005)6*, CMCE, op. cit., nota n. 97, par.1 (d). Per la definizione di "gruppo" oggetto di persecuzione si veda, *Raccomandazione Rec(2004)9 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sul concetto di "appartenenza ad un particolare gruppo sociale" (APGS) nel contesto della Convenzione relativa allo status di rifugiati del 1951*, adottata dal CMCE il 30 Giugno 2004, al 8900 incontro dei Rappresentanti dei Ministri.

99. Vedi, *Linee guida ACNUR sull'applicazione delle clausole di esclusione*, op. cit., nota n. 97, par. 15 (traduzione ufficiosa).

100. *Ibid.*, par. 31 (traduzione ufficiosa).

le clausole di esclusione riguardano la questione da prendere in esame.¹⁰¹ L'ACNUR ha ricordato che "l'esclusione non dovrebbe essere fondata su prove sensibili che non possano essere contestate dalla persona interessata".¹⁰²

Infine, occorre ricordare che tutti coloro a cui è stato negato lo status in base ad una clausola di esclusione oppure non possiedono più lo status possono sempre avvalersi della protezione contro l'allontanamento, garantita dal principio di *non-refoulement* (non respingimento) secondo la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* e il diritto internazionale dei diritti umani (vedi il capitolo secondo).

Riquadro n. 3. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di clausole di esclusione ed atti terroristici

Nel diritto dell'Unione Europea (UE), la *Direttiva n. 2004/83/CE del 29 Aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta* ("la Direttiva sulle Qualificazioni") contiene gli stessi motivi di esclusione dello status di rifugiato della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*.¹⁰³ La Direttiva, tuttavia, amplia i motivi di esclusione per "gravi reati non politici", specificando che "atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, [...] possono essere classificati quali reati gravi di diritto comune".¹⁰⁴

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che gli "atti terroristici" devono essere considerati come "gravi reati non politici" e come "atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite", con conseguente esclusione dallo status di rifugiato delle persone implicate in questi atti.¹⁰⁵ Il caso riguardava una questione sollevata da un tribunale tedesco che chiedeva se una persona che era stato membro di un'organizzazione inclusa nell'elenco delle organizzazioni terroriste stilato dalle Nazioni Unite, ai sensi della risoluzione 1267 (1999) del Consiglio di Sicurezza, dovesse essere considerata come automaticamente rientrante nelle clausole di esclusione per lo status di rifugiato. La Corte ha ritenuto che il semplice fatto di appartenenza a un'organizzazione "non costituisce un serio motivo per ritenere che quella

101. *Ibid.*, par. 31.

102. *Ibid.*, par. 36 (traduzione ufficiosa).

103. Art. 12, *Direttiva UE sulle Qualificazioni*, *op. cit.*, nota n. 96.

104. Art.12.2(c), *ibid.* (traduzione ufficiale).

105. *Repubblica Federale di Germania c. B e D*, Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), GC, Casi congiunti C-57/09 e C-101/09, Sentenza del 9 novembre 2010, par. 81-86.

persona abbia compiuto ‘un grave reato non politico’ o ‘atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite’”.¹⁰⁶

La Corte ha inoltre specificato che, mentre l'esclusione dallo status di rifugiato non è “condizionata dal fatto che la persona in questione rappresenti un pericolo attuale”¹⁰⁷ per lo Stato ospitante, le autorità devono effettuare una “valutazione caso per caso sui fatti specifici al fine di determinare se gli atti commessi dall'organizzazione in questione soddisfino le condizioni previste [dalle disposizioni di esclusione] e se la responsabilità individuale per lo svolgimento dell'atto possa essere attribuita alla persona interessata”.¹⁰⁸

Infine, la Corte ha dichiarato che, in questa valutazione, le autorità “devono, tra l'altro, accertare il vero ruolo svolto dalla persona interessata nel compimento degli atti in questione; la sua posizione all'interno dell'organizzazione; il grado di conoscenza che aveva, o che si riteneva avesse, delle sue attività; qualsiasi pressione alla quale era sottoposto; o altri fattori che potrebbero aver influenzato la sua condotta”.¹⁰⁹

Riquadro n. 4. Le vittime o le potenziali vittime della tratta di esseri umani sono rifugiati?

Le vittime o le potenziali vittime della tratta di esseri umani non hanno diritto allo status di rifugiato per il solo fatto di essere state oggetto di tratta. In alcuni casi, comunque, il timore di essere oggetto di tratta, per la prima volta o nuovamente, una volta rientrati nel proprio Paese di origine, potrebbe costituire una ragione per invocare la protezione come rifugiato, quando questo timore sia legato a uno dei motivi previsti dalla *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*. I principi relativi alle vittime o potenziali vittime della tratta e allo status di rifugiato sono descritti nelle *Linee guida dell'ACNUR sulle vittime della tratta*.¹¹⁰

La tratta di esseri umani spesso implica forme di lavoro forzato, di servitù o schiavitù, e di sfruttamento che possono costituire persecuzione: comprendendo lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento

106. *Ibid.*, par. 1 (traduzione ufficiosa).

107. *Ibid.*, par. 2 (traduzione ufficiosa).

108. *Ibid.*, par. 1 (traduzione ufficiosa).

109. *Ibid.*, par. 97 (traduzione ufficiosa).

110. *Linee guida ACNUR sulle vittime della tratta*, op. cit., nota n. 70.

sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù, l'asservimento o la rimozione di organi.¹¹¹ Inoltre, una persona oggetto di tratta potrebbe temere rappresaglie da parte dei trafficanti o di subire la tratta nuovamente se ritornasse nel suo Paese di origine, situazioni che potrebbero essere riconducibili a fattispecie di persecuzione se si trattasse di certi abusi o violazioni di diritti umani. Le persone oggetto di tratta che ritornano nel Paese di origine potrebbero anche temere l'ostracismo, la discriminazione o la punizione da parte della loro famiglia, della comunità locale o delle autorità statali. Un membro della famiglia della vittima potrebbe anche essere oggetto di rappresaglie, rendendo fondata la paura della vittima di subire ritorsioni.

Nel caso di vittime o potenziali vittime della tratta è importante stabilire il **luogo di persecuzione**. Per soddisfare la definizione di rifugiato della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, il timore fondato di persecuzione deve essere accertato in relazione al Paese di cittadinanza o residenza abituale. Questo può essere stabilito quando qualcuno è stato, o teme di essere, vittima della tratta in quel Paese. Tuttavia, anche nei casi in cui l'esperienza precedente di tratta della persona si è verificata interamente al di fuori del Paese di cittadinanza o di abituale residenza, occorre considerare il tipo di organizzazione o di esperienza della tratta subita, e ciò potrebbe comportare che la loro paura di essere vittime si estenda anche al loro Paese di origine.

Dato che la tratta è, in maniera preponderante, un'attività commerciale, la difficoltà risiede nello stabilire un nesso di causalità con un **argomento convenzionale**, considerando che l'obiettivo principale del traffico sarà il profitto. Tuttavia, occorre ricordare che l'argomento convenzionale non deve necessariamente essere l'unico o principale fattore nella persecuzione e un nesso di causalità sarà spesso stabilito. In seguito vengono esemplificate alcune situazioni.

Razza, religione, nazionalità, opinione politica: i rischi per le persone di essere vittime della tratta di esseri umani, di subire una nuova tratta e/o rappresaglie, o la mancanza di protezione adeguata dello Stato competente, possono sorgere perché la vittima è membro di un particolare gruppo razziale, etnico, religioso o nazionale, oppure perché sostiene o si ritiene che difenda determinate opinioni politiche.

111. Vedi, art. 3(a), *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini*, adottato e aperto per firma, ratificazione ed accessione dalla risoluzione dell'Assemblea Generale 55/25 del 15 gennaio 2000 (Protocollo ONU sulla tratta); e, art. 4, *Convenzione del Consiglio d'Europa sull'azione contro la tratta di esseri umani*, adottata il 16 maggio 2005 (Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa).

Membro di un particolare gruppo sociale: Certi tipi di tratta possono prendere di mira un determinato gruppo sociale. Ad esempio, in determinate società, alcuni gruppi, quali, ad esempio, donne non sposate, vedove, donne divorziate, separate e bambini non accompagnati, orfani o bambini di strada, possono affrontare un rischio di traffico maggiore essendo dei bersagli facili; mentre spesso le donne potrebbero essere a rischio di subire la tratta a scopo di sfruttamento sessuale a causa del loro status di donne. Ex vittime della tratta possono anche costituire un gruppo sociale. In quest'ultimo caso, l'esperienza di aver subito la tratta costituisce uno degli elementi che definiscono il gruppo, e non la minaccia o la paura di persecuzioni future.¹¹²

d) La procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato

La *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* non prevede disposizioni procedurali specifiche per il riconoscimento dello status di rifugiato. Tali norme sono contenute nel *Manuale ACNUR sulle procedure e i criteri per la determinazione dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 relativo allo status dei rifugiati* (Manuale ACNUR)¹¹³ e nelle conclusioni e raccomandazioni del Comitato Esecutivo ACNUR.

Il diritto internazionale dei diritti umani impone pochi obblighi vincolanti in relazione alle procedure per la determinazione dello status di rifugiato, con l'eccezione dell'obbligo di non discriminazione in tali procedure. Nel terzo capitolo sono considerati i diritti umani di tutela nelle procedure inerenti alla decisione di allontanamento dal territorio, che può essere conseguente al diniego dello status di rifugiato. Tuttavia, va anche osservato che la mancata applicazione di una procedura equa nella valutazione di una domanda di asilo può condurre a una violazione del diritto di *non-refoulement* e del diritto a un rimedio effettivo in relazione a tale diritto.

La Corte Europea dei Diritti Umani nel caso *Jabari c. Turchia* ha ritenuto che l'applicazione automatica del termine di cinque giorni per registrare una domanda di asilo ha comportato che l'espulsione del ricorrente violasse l'art. 3 in combinato disposto con l'art. 13 CEDU sul diritto a un ricorso effettivo,¹¹⁴ poiché era stato impedito alla ricorrente un esame del suo timore di subire dei maltrattamenti conseguenti all'espulsione con la conseguente impossibilità di far valutare il merito di quei timori alla corte di appello.

112. Vedi le *Linee guida ACNUR sulle vittime della tratta*, op. cit., nota n. 70, parr. 38-39.

113. *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65.

114. *Jabari c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 40035/98, Sentenza del 11 luglio 2000, parr. 39-42.

La Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani ha sottolineato la necessità di procedure prevedibili e la coerenza del processo decisionale in ogni fase del procedimento;¹¹⁵ ha riconosciuto il diritto a un'udienza per determinare se un richiedente asilo soddisfi i criteri richiesti per il riconoscimento dello status, e il diritto di proporre appello avverso il diniego in primo grado della domanda di asilo.¹¹⁶

Le *Linee guida del Consiglio d'Europa sulla protezione dei diritti umani nel contesto di procedure d'asilo accelerate* stabiliscono l'applicazione di norme generali quando diritti sostanziali e procedurali rischiano di essere compromessi da procedure accelerate.¹¹⁷ Le linee guida stabiliscono che le decisioni devono essere prese con la dovuta diligenza nel corso del procedimento (Linea guida n. VIII), prevedendo che, anche nelle procedure accelerate, i richiedenti asilo devono poter disporre di un tempo ragionevole per presentare la loro istanza, che dovrà essere esaminata in modo completo e imparziale con una tempistica adeguata (Linea guida n. IX).

i) Procedure eque

Le linee guida dell'ACNUR prescrivono che tutte le domande di asilo devono essere trattate con obiettività e imparzialità, e che il carattere riservato dell'istanza debba essere rispettato. Stabiliscono, inoltre, che le domande dovrebbero essere decise nel merito: il mancato rispetto dei requisiti formali della procedura, come ad esempio i termini finali, non dovrebbe escludere automaticamente l'esame della domanda.¹¹⁸

Il richiedente asilo dovrebbe ricevere le informazioni e i chiarimenti necessari sulla procedura di riconoscimento dello status di rifugiato;¹¹⁹ inoltre, dovrebbe essere informato del suo diritto di ricevere l'assistenza legale e, se necessario, il servizio di interpretariato.¹²⁰ Tutti i servizi necessari per la presentazione della domanda alle autorità dovrebbero essere forniti, tra cui il servizio di interpretariato, l'opportunità di contattare un rappresentante dell'ACNUR, di cui il richiedente asilo deve essere opportunamente informato.¹²¹ Un funzionario qualificato e, appena possibile, un funzionario dell'autorità competente a determinare lo status di rifugiato devono

115. Comm.IADU, *Rapporto sul Canada*, op. cit., nota n. 60, par. 52.

116. *Ibid.*, par. 109.

117. *Linee guida sulla protezione dei diritti umani nel contesto delle procedure accelerate d'asilo*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 1 Luglio 2009 al 10620 incontro dei Rappresentanti dei Ministri (Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo).

118. *Conclusione n. 15 (XXX) Rifugiati senza un Paese d'asilo*, CE-ACNUR 30a Sessione, 1979, par. (i).

119. *Conclusione n. 8 (XXVIII) Determinazione dello status di rifugiato*, CE-ACNUR 28a Sessione, 1977, par. (e) (ii); *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65, par. 192(ii). Vedi anche, *Osservazioni conclusive sulla Croazia*, CCT, UN Doc. CAT/C/CR/32/3, 11 giugno 2004, par. 9(i); *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, Linea guida IV.1.c.

120. *Conclusione n. 8*, ACNUR, op. cit., nota n. 119, par. (e)(ii); *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, Linee guida IV e VIII.3.

121. *Ibid.*, par. (e)(iv); *Manuale ACNUR*, op. cit., nota n. 65, par. 192(iv). Vedi anche, *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, Linea guida XIV.

provvedere all'audizione dell'interessato.¹²² Un principio fondamentale delle linee guida ACNUR riguarda la tutela processuale del richiedente asilo da pratiche restrittive che potrebbero applicare gli Stati per scoraggiare l'uso abusivo delle procedure di asilo, le quali non devono servire a stravolgere lo scopo delle procedure d'asilo.¹²³

Una volta ottenuta la decisione di primo grado che riconosce lo status di rifugiato al richiedente asilo, la persona interessata deve esserne informata e deve essere rilasciato un certificato riguardante la sua condizione giuridica.¹²⁴ Le linee guida ACNUR stabiliscono che deve essere disponibile la presentazione in tempi adeguati di un ricorso in appello avverso la decisione che nega il riconoscimento dello status di rifugiato davanti ad un'istanza amministrativa o giudiziale, e, nelle more del giudizio di appello, deve essere consentito all'interessato di trattenersi sul territorio.¹²⁵ Tale ultima condizione prevista per dare effettività al diritto di asilo viene indicata dal diritto internazionale dei diritti umani che prevede l'effetto sospensivo del provvedimento di allontanamento dalla giurisdizione in caso di ricorso in appello (cfr. il terzo capitolo).

ii) Il divieto di discriminazione e provvedimenti speciali

Sia il diritto internazionale dei rifugiati (art. 3, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*) sia il diritto internazionale dei diritti umani stabiliscono che la procedura per il riconoscimento dello status di rifugiati non deve essere discriminatoria. Per esempio, il Comitato per l'Eliminazione delle Discriminazioni Razziali ha trovato irragionevole la diversità di trattamento nelle decisioni per il riconoscimento dello status riguardanti persone di diverse nazionalità, essendo in violazione della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*.¹²⁶ Il rispetto degli obblighi di uguaglianza e del divieto di discriminazione richiede che lo Stato si astenga dal compimento di atti direttamente discriminatori e che si impegni ad adottare dei provvedimenti che assicurino una sostanziale uguaglianza nel procedimento di riconoscimento dello status, tenendo conto dei fattori relativi al sesso, all'età, e alle circostanze relative ai diversi individui. Per esempio, come viene sottolineato nelle *Linee guida ACNUR sull'identità di genere con relative persecuzioni*, particolari tutele devono essere adottate per le donne richiedenti asilo.

122. *Conclusioni n. 30 (XXXIV) Il Problema delle domande per lo status di rifugiato o asilo abusive o manifestamente infondate*, CE-ACNUR, 34a Sessione, 1983, par. (e)(i); *Manuale ACNUR, op. cit.*, nota n. 65, par. 190. Vedi anche, *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, *op. cit.*, nota n. 117, Linea guida IV.1.d; *Caso sui respingimenti ad Haiti*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 46, par. 155.

123. *Conclusioni n. 79*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 80, par. (l).

124. *Conclusioni n. 8*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 119, par. (e)(v); *Manuale ACNUR, op. cit.*, nota n. 65, par. 192(v).

125. *Ibid.*, par. (e)(vi) e (vii); *Manuale ACNUR, op. cit.*, nota n. 65, par. 192(vi) e (vii).

126. Vedi, *Osservazioni conclusive su Costa Rica*, CEDR, Rapporto del Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale all'Assemblea Generale, 57a Sessione, UN Doc. A/57/18 (2002), pag. 21, par. 79; *Osservazioni conclusive sulla Lituania*, CEDR, Rapporto del Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale all'Assemblea Generale, 57a Sessione, UN Doc. A/57/18 (2002), pag. 35, par. 175; *Osservazioni conclusive sul Sudan*, CEDR, Rapporto del Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale all'Assemblea Generale, 56a Sessione, UN Doc. A/56/18 (2001), pag. 41, par. 215; *Caso sui respingimenti ad Haiti*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 46, par. 177-178.

Ciò include, tra le altre cose, l'adozione delle seguenti misure: colloqui separati dagli altri familiari; la capacità di inoltrare una richiesta indipendente per il riconoscimento dello status di rifugiato; la disponibilità di personale e intervistatori donne; la garanzia della riservatezza; un interrogatorio con domande a risposta libera che consenta di far emergere le questioni specifiche sul sesso e il genere; una valutazione sull'attendibilità e il rischio condotta con riguardo alle differenti esigenze di genere; il ricorso a perizie e prove esterne e obiettive.¹²⁷

Le *Linee guida del Consiglio d'Europa sulla protezione dei diritti umani nel contesto delle procedure accelerate di asilo* richiedono che si debba considerare l'opportunità di applicare le procedure accelerate quando il caso riguarda persone particolarmente vulnerabili a causa dell'età, disabilità o che hanno subito la tratta, esperienze di tortura e violenza sessuale, e, nel caso in cui eventualmente venissero applicate, bisogna considerare delle modalità particolari.¹²⁸ Le linee guida ACNUR stabiliscono che, nelle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato, le richiedenti asilo che hanno subito atti di violenza sessuale devono essere trattate con particolare attenzione.¹²⁹

iii) Il livello e l'onere della prova

Generalmente, in una procedura di asilo, l'onere della prova è a carico dell'istante che deve fornire un resoconto veritiero dei fatti rilevanti esposti nella domanda di asilo.¹³⁰ Tuttavia, l'ACNUR ha sottolineato che, “mentre l'onere della prova, in linea di principio, spetta al ricorrente, il dovere di accertare e valutare tutti i fatti pertinenti è condiviso con l'esaminatore. Infatti, in alcuni casi, può accadere che l'esaminatore debba utilizzare tutti i mezzi a sua disposizione per produrre le prove necessarie a sostegno della domanda.”¹³¹

In riferimento al **livello di prova**, le linee guida ACNUR specificano che spetta alle autorità decidere se sia probabile che la richiesta dell'istante sia **credibile**, basandosi sulle prove fornite e la veridicità delle dichiarazioni del richiedente asilo.¹³² Per stabilire la fondatezza del “timore” di persecuzione deve essere dimostrato che la persecuzione sia ragionevolmente possibile.¹³³

Le autorità dovrebbero intraprendere un'analisi della situazione nel Paese di origine, al fine di determinare la fondatezza del timore di persecuzione. Il Comitato Esecutivo

127. Raccomandazioni simili sono state formulate dal Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione verso le Donne nelle sue *Osservazioni conclusive sul Belgio*, CEDCD, UN Doc. CEDCD/C/BEL/CO/6, 7 novembre 2008, par. 37.

128. *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, *op. cit.*, nota n. 117, Linea guida III.

129. *Conclusione n. 73*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 80, par. (g).

130. *Nota sull'onere ed il livello della prova nelle domande d'asilo*, ACNUR, Ginevra, 16 dicembre 1998, par. 6.

131. *Manuale ACNUR*, *op. cit.*, nota n. 65, par. 196 (traduzione ufficiosa).

132. *Nota sull'onere ed il livello della prova nelle domande d'asilo*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 130, par. 8.

133. *Ibid.*, par. 16-17.

ACNUR ritiene che la situazione deve essere valutata a livello individuale, e che il ricorso a liste di “Paesi sicuri” non deve avvenire in modo automatico.¹³⁴

iv) I minori e la tutela speciale per i minori non accompagnati

La *Convenzione sui diritti del fanciullo* è l'unica convenzione universale sui diritti umani che espressamente affronta la questione della protezione dei rifugiati. Ai sensi dell'art. 22 della Convenzione, gli Stati devono adottare misure particolari per assicurare che le procedure d'asilo garantiscano una protezione appropriata ai minori.¹³⁵ La Convenzione riconosce il principio dell'interesse preminente del fanciullo (art. 3) che deve essere la considerazione primaria in ogni provvedimento che riguarda o possa incidere sui diritti umani del bambino. In particolare, i minori non accompagnati difficilmente possono presentare spontaneamente una domanda di asilo, quindi le procedure devono garantire che essi possano essere riferiti a un procedura d'asilo appena diventa noto che il bambino possa avere un timore fondato o essere a rischio di persecuzione.¹³⁶ Il bambino non accompagnato o separato avrà bisogno dell'assistenza di un adulto incaricato che abbia familiarità con il suo ambiente culturale e sia competente a rappresentare al meglio l'interesse superiore del bambino (un tutore o rappresentante legale) e dell'assistenza gratuita di un patrocinatore legale.¹³⁷ Le istanze presentate dai bambini non accompagnati o separati devono avere la priorità e la decisione deve essere resa in maniera equa e rapida. La procedura deve prevedere la possibilità che il bambino possa esprimere liberamente la propria opinione (art. 12), e considerare preminente l'interesse del fanciullo in tutte le decisioni (art. 3).¹³⁸ Il Comitato sui Diritti del Fanciullo ha pubblicato un dettagliato Commentario Generale sugli obblighi degli Stati nei confronti dei bambini non accompagnati o separati.¹³⁹

2. Altre forme di protezione contemplate dal diritto internazionale

A seguito dell'adozione della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, molti Stati o Organizzazioni regionali inter-governative hanno stabilito una serie di altre forme di protezione per tutti i soggetti che non soddisfano gli standard minimi per la qualifica dello status di “rifugiato” secondo la Convenzione, o per le persone che desiderano e sono potenzialmente in grado di essere qualificati per l'asilo ma alle quali, a causa delle circostanze di ingresso nello Stato di rifugio, non viene loro concesso di accedere immediatamente alla procedura ordinaria per il riconoscimento dello status di rifugiato, come nel caso di afflusso massiccio di richiedenti asilo. In situazioni di afflusso in massa, la protezione sussidiaria è necessaria, non a causa di

134. *Conclusioni n. 87 (L) Generale*, CE-ACNUR, 50a Sessione, 1999, par. (j).

135. Un'obbligazione equivalente è contenuta nell'art. 23 CADBB.

136. *Commentario Generale n. 6: Trattamento dei bambini non accompagnati o separati fuori dal loro Paese d'origine*, CDF, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 settembre 2005, par. 66.

137. *Ibid.*, par. 69.

138. Vedi, *ibid.*, parr. 68-73.

139. Vedi, *ibid.*

una “carenza” di protezione dei rifugiati, ma a causa di circostanze di fatto che impediscono allo Stato di fornire un accesso immediato alla procedura ordinaria di asilo. In queste situazioni il principio di *non refoulement* previsto sia dal diritto internazionale dei diritti umani sia dal diritto dei rifugiati (cfr. il capitolo secondo) obbliga lo Stato a concedere una qualche **forma di protezione temporanea**, fino a quando l'interessato possa accedere alla procedura di riconoscimento dello status di rifugiato.

A causa di un'interpretazione restrittiva della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* fornita dalla legislazione o dalla prassi del Paese di accoglienza, in alcune situazioni, le persone possono venire escluse dalla protezione come rifugiati.¹⁴⁰ In questi casi, il Comitato Esecutivo dell'ACNUR ha stabilito che venga riconosciuto lo status di rifugiato secondo la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* e che le forme di protezione complementare non possano essere usate per indebolire la protezione riconosciuta dalla Convenzione.¹⁴¹

Comunque, ci sono altre circostanze in cui persone bisognose di protezione non rientrano nella definizione di rifugiato prevista dalla *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*.¹⁴² Queste situazioni riguardano le persone che sono vittime degli effetti indiscriminati di violenze in situazioni di conflitto,¹⁴³ o le persone che non possono essere espulse dal Paese di destinazione alla luce del principio di diritto internazionale dei diritti umani di *non-refoulement* (cfr. il secondo capitolo). In queste situazioni, la protezione offerta dal Comitato Esecutivo dell'ACNUR viene definita come **“forme di protezione complementari”**.¹⁴⁴

Ci sono situazioni in cui non può essere invocata una protezione ai sensi della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* o del diritto internazionale dei diritti umani, ma in cui lo Stato ha messo a punto un sistema di protezione per ragioni “umanitarie” o “compassionevoli”, come in casi riguardanti rischi gravi per la salute o indigenza per estrema povertà nel caso di rientro. Sebbene vengano usate varie terminologie nella legislazione nazionale, queste forme di protezione saranno denominate **“forme discrezionali di protezione”**, perché, pur essendo talvolta ispirate dal diritto internazionale dei diritti umani, rimangono nella discrezionalità dallo Stato. Tuttavia, l'esistenza di crisi come carestie e disastri naturali, che hanno un impatto sul godimento dei diritti economici, sociali e culturali, potrebbe innescare degli obblighi

140. Vedi, *Forme complementari di protezione: La loro natura e relazione con il regime di protezione internazionale del rifugiato*, ACNUR, Doc. EC/50/SC/CRPAG.18, 9 giugno 2000, par. 7-9. Si veda anche, Ruma Mandal, “Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”)”, in *ACNUR Legal and Protection Policy Research Series, Department of International Protection*, UNCHR, UN Doc. PPLA/2005/02, giugno 2005, par. 19-20, pagg. 8-9.

141. Vedi, *Conclusione n. 103 (LVI) Norme sulla protezione internazionale incluso attraverso forme complementari di protezione*, CE-ACNUR, 56a Sessione, 2005, par. (b) e (k).

142. *Ibid.*, par. 2.

143. Vedi, *Forme complementari di protezione: La loro natura e relazione con il regime di protezione internazionale del rifugiato*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 140, par. 10-11.

144. Vedi, *Conclusione n. 103*, UNCHR, *op. cit.*, nota n. 141.

per tutti gli Stati di fornire cooperazione internazionale allo sviluppo, e, quindi, per la realizzazione dei diritti economici, diritti sociali e culturali,¹⁴⁵ che comprende la prestazione di assistenza ai rifugiati e sfollati.¹⁴⁶ Queste situazioni potrebbero, in determinate circostanze, obbligare lo Stato a concedere una qualche forma di protezione temporanea alle persone colpite.

a) La protezione temporanea

La protezione temporanea viene definita dall'ACNUR “una specifica risposta di protezione provvisoria a situazioni di afflusso di massa che fornisce protezione di emergenza immediata dal *refoulement*”,¹⁴⁷ senza il riconoscimento formale dello status di rifugiato. Il termine “protezione temporanea” è usato in alcuni Stati per descrivere regimi giuridici che includono altre forme di protezione, come nei casi di persone in fuga da guerre e altre crisi. In questa Guida, la definizione fornita dall'ACNUR sarà adottata, ma i principi qui descritti potranno anche applicarsi a diversi regimi nazionali.

La necessità per gli Stati di applicare questa protezione proviene dall'obbligo di *non-refoulement* previsto sia dal diritto internazionale dei rifugiati sia dal diritto internazionale dei diritti umani (si veda nel capitolo successivo). Essa non è una forma di protezione complementare alla *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, essendo una sorta di tutela provvisoria per le persone che possono *prima facie* essere qualificate come rifugiati, ma che, a causa delle condizioni di arrivo, non possono immediatamente essere inseriti in una procedura ordinaria di riconoscimento dello status di rifugiato.

In queste situazioni, il Comitato Esecutivo ha stabilito che “le persone richiedenti asilo debbano sempre ricevere almeno una protezione temporanea”,¹⁴⁸ e che “dovrebbero essere ammesse senza alcuna discriminazione di razza, religione, opinione politica, nazionalità, Paese di origine o incapacità fisica.”¹⁴⁹ In particolare, “non devono essere penalizzate o esposte a un trattamento sfavorevole unicamente per il motivo che la loro presenza nel Paese sia considerata illecita; non debbono essere soggette a restrizioni nei loro spostamenti che non siano ritenute necessarie nell'interesse della salute pubblica e dell'ordine pubblico”.¹⁵⁰

145. Vedi, *Commentario Generale n. 3, La natura delle obbligazioni degli Stati Parte*, CDESC, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 14 dicembre 1990, par. 14.

146. Vedi, inter alia, *Commentario Generale n. 12, Il diritto ad un'alimentazione adeguata*, CDESC, UN Doc. E/C.12/1999/5, 12 maggio 1999, par. 38; *Commentario Generale n. 15, Il diritto all'acqua*, CDESC, UN Doc. E/C.12/2002/11, 20 gennaio 2003, par. 34; CDESC, *Commentario Generale n. 14, op. cit.*, nota n. 37, par. 40.

147. *Conclusione n. 103*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 141, par. I (traduzione ufficiale).

148. *Conclusione n. 15*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 118, par. (F) (traduzione ufficiale).

149. *Conclusione n. 22 (XXXII) Protezione dei richiedenti asilo in situazioni di influssi di larga scala*, CE-ACNUR, 32a Sessione, 1981, par. (II-A-1) (traduzione ufficiale).

150. *Ibid.*, par. (II-B-2(a)) (traduzione ufficiale).

Riquadro n. 5. La protezione temporanea nell'Unione Europea

La Direttiva del Consiglio 2001/55/CE del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi (la Direttiva sulla Protezione Temporanea) stabilisce delle procedure per fornire una protezione immediata e temporanea, in caso di afflusso massiccio o di imminente afflusso di massa di sfollati provenienti da Paesi terzi che non possono ritornare nel loro Paese di origine. In particolare, la procedura verrà attivata quando si presenti il rischio che il sistema di asilo non possa far fronte a tale afflusso senza effetti negativi sul suo funzionamento efficiente, nell'interesse dell'istante e di altre persone richiedenti protezione.¹⁵¹

I beneficiari di questa protezione sono “sfollati” (“displaced persons”), cioè “cittadini di Paesi terzi o apolidi che hanno dovuto abbandonare il loro Paese o regione d'origine o che sono stati evacuati, in particolare in risposta all'appello di organizzazioni internazionali, ed il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel Paese stesso, anche rientranti nell'ambito d'applicazione dell'articolo 1A della convenzione di Ginevra o di altre normative nazionali o internazionali che conferiscono una protezione internazionale”.¹⁵² Questa definizione comprende, tra l'altro, le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica e le persone a grave rischio o vittime di violazioni sistematiche o generalizzate dei loro diritti umani.¹⁵³

Il Consiglio dell'Unione Europea, tra le istituzioni UE, decide se esista una situazione di afflusso massiccio di sfollati e, conseguentemente, obbliga gli Stati Membri a garantire una protezione temporanea.¹⁵⁴ Quando la decisione viene emessa, gli Stati Membri possono concedere tale protezione ad ulteriori categorie di “sfollati” che sono stati evacuati per le stesse ragioni e dallo stesso Paese o regione di origine.¹⁵⁵

151. Vedi, art. 2(a), *Direttiva del Consiglio 2001/55/CE del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, UE, Gazzetta Ufficiale L 212, 07/08/2001 pag. 0012 - 0023 (“Direttiva sulla Protezione Temporanea”).

152. Art. 2(c), *ibid.* (traduzione ufficiale).

153. Art. 2(c), *ibid.*

154. In base alla Direttiva, la protezione temporanea deve applicarsi ad una situazione specifica in seguita ad una decisione del Consiglio, quando quest'ultimo determina a maggioranza qualificata e su proposta della Commissione, l'esistenza di una situazione di afflusso massivo: art. 5, *ibid.*

155. Art. 7, *ibid.*

La protezione temporanea dura un anno e potrà essere prorogata automaticamente per periodi di sei mesi fino a un anno a meno che non venga terminata prima.¹⁵⁶ Il Consiglio può estendere il periodo per un altro anno.¹⁵⁷ Questa protezione prevede le stesse clausole di esclusione stabilite per lo status di rifugiato.¹⁵⁸

b) Forme complementari di protezione

Diversi strumenti di carattere regionale forniscono una definizione di “rifugiato” più ampia rispetto a quella prevista nella *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* e, quindi, offrono una protezione complementare alla Convenzione.

L'art. 1(2) della *Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana relativa ad aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa* (Convenzione sui rifugiati OUA), estendendo la protezione, stabilisce che debba definirsi rifugiato “ogni persona che, a causa di aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell'ordine pubblico, in tutto o in parte, del Paese di origine o di cittadinanza, è costretta ad abbandonare la propria residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo fuori dal Paese di origine o di cittadinanza”.

Nelle sistema inter-americano, la *Dichiarazione di Cartagena* include nella definizione di rifugiato “le persone fuggite dal loro Paese perché la loro vita, la loro sicurezza, o la loro libertà sono state minacciate da una violenza generalizzata, un'aggressione straniera, conflitti interni, una violazione massiccia dei diritti umani o altre circostanze che abbiano gravemente turbato l'ordine pubblico.”¹⁵⁹ La Dichiarazione, benché non produca obblighi convenzionali, è stata approvata e recepita nella legislazione nazionale di molti Paesi latinoamericani; inoltre, è stata sottoscritta dall'Organizzazione degli Stati Americani (OAS), dal Comitato Esecutivo ACNUR e dalla Conferenza degli Stati Parte della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*.¹⁶⁰ Alcuni Paesi asiatici e africani, che fanno parte della Organizzazione Consultiva Giuridica Asia-Africa, possono derivare alcuni elementi della loro legislazione dalla *Dichiarazione rivista di Bangkok*, che include nella sua definizione di rifugiato “ogni persona che, a causa di aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell'ordine pubblico in tutto o in parte del Paese di

156. Art. 4.1, *ibid.*

157. Art. 4.2, *ibid.*

158. Vedi, Art. 28, *ibid.*

159. *Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati*, adottata dal Colloquio sulla Protezione Internazionale dei Rifugiati in America Centrale, Messico e Panama, tenutosi a Cartagena, Colombia, dal 19 al 22 novembre 1984, par. III.3 (traduzione ufficiosa).

160. Vedi, risoluzione 1273 (XXIV-o/94) dell'Assemblea Generale OAS del 10 giugno 1994; *Conclusione n. 77*, ACNUR, op. cit., nota n. 80; *Dichiarazione Ministeriale degli Stati Parte alla Convenzione del 1951 e/o al sui Protocollo del 1967* del 2001.

origine o di cittadinanza, è costretta ad abbandonare la propria residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo fuori dal Paese di origine o di cittadinanza.”¹⁶¹ Nel diritto dell’Unione Europea, la Direttiva UE sulle Qualificazioni (si veda il riquadro n. 6) garantisce una protezione complementare (conosciuta nella Direttiva come “protezione sussidiaria”) a coloro che siano a rischio di una “minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”.¹⁶²

Infine, alcune persone, che non possono rientrare nel loro Paese per motivi di *non-refoulement* in materia di diritti dell’uomo, sono lasciate senza protezione dalla *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* e dagli strumenti regionali di cui sopra. In queste situazioni, alcune organizzazioni regionali, come l’Unione Europea, nonché alcuni ordinamenti nazionali hanno predisposto altre forme complementari di protezione.

Riquadro n. 6. L’approccio dell’UE: “protezione sussidiaria”

Nell’ambito dell’Unione Europea, la *Direttiva del Consiglio 2004/83/CE del 29 Aprile 2004 recante norme minime sull’attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta* (“la Direttiva UE sulle Qualificazioni”) stabilisce che la protezione internazionale venga concessa non solamente ai rifugiati ma anche a persone che possiedono i requisiti necessari per godere della “protezione sussidiaria”. La “protezione sussidiaria” è concessa a cittadini di Paesi terzi o apolidi non idonei a essere riconosciuti come rifugiati “ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno [...], o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese”.¹⁶³

In base alla Direttiva, sono considerati danni gravi: primo, l’esecuzione o la condanna alla pena di morte; secondo, la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante nel suo Paese di origine; terzo, “la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”.¹⁶⁴

161. *Principi di Bangkok sullo status ed il trattamento dei rifugiati del 1966*, adottata il 24 giugno 2001 alla 40a sessione dell’Aalco, Nuova Delhi, art. 1.2 (Dichiarazione di Bangkok rivista) (traduzione ufficiale).

162. Art. 15, *Direttiva UE sulle Qualificazioni*, *op. cit.*, nota n. 96 (traduzione ufficiale).

163. Art. 2(e), *ibid.* (traduzione ufficiale).

164. Art. 15, *ibid.* (traduzione ufficiale).

I primi due motivi di protezione sussidiaria corrispondono ai motivi tradizionali relativi al *non-refoulement* come previsto dal diritto internazionale dei diritti umani, anche se la limitazione prevista al *refoulement* nel Paese di origine, e non anche a Paesi terzi dove l'individuo può essere a rischio, significa che la tutela di protezione sussidiaria per la tortura e i trattamenti inumani o degradanti è inferiore rispetto alla protezione offerta dal diritto internazionale (cfr. il capitolo terzo). Il terzo motivo corrisponde agli argomenti previsti dalla *Convenzione sui rifugiati OUA* e dalla *Dichiarazione di Cartagena* per la protezione dei rifugiati (vedi sopra). È stato interpretato dalla Grande Camera della Corte Europea di Giustizia nel senso che “l'esistenza di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del richiedente la protezione sussidiaria non è subordinata alla condizione che quest'ultimo fornisca la prova di essere specifico oggetto di minaccia a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale”.¹⁶⁵ Inoltre, la Corte ha precisato che “l'esistenza di una siffatta minaccia può essere considerata, in via eccezionale, provata qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso, valutato dalle autorità nazionali competenti cui sia stata presentata una domanda di protezione sussidiaria o dai giudici di uno Stato Membro ai quali venga deferita una decisione di rigetto di una tale domanda, raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel Paese in questione o, se del caso, nella regione in questione, correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la detta minaccia.”¹⁶⁶

È importante sottolineare che ci sono molte situazioni, riguardanti persone a cui sono state riconosciute forme complementari di protezione dalle autorità nazionali, che rientrerebbero nella definizione di rifugiato della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, come correttamente intesa. L'ACNUR ha fornito almeno tre esempi, riguardanti le persone:

- che temono di subire delle persecuzioni da parte di privati e che sono richiedenti asilo in Paesi dove non viene riconosciuto lo status di rifugiato per questo tipo di persecuzione;
- che sfuggono dalle oppressioni provenienti dalle zone di conflitto e che vengono riconosciute vittime di violenza indiscriminata, quando, in realtà, il conflitto o la violenza è radicata in uno dei motivi previsti dalla Convenzione;

165. *Meki e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, CEG, CG, Caso C-465/07, Sentenza del 17 Febbraio 2009 (traduzione ufficiale).

166. *Ibid.* (traduzione ufficiale).

- che soffrono persecuzione fondata sul genere o sull'orientamento sessuale e dove lo Stato non li riconosce come validi motivi in base alla Convenzione.¹⁶⁷

L'elenco non è completo, tuttavia dimostra che, in molte situazioni, la protezione complementare può essere usata o abusata per eludere gli obblighi dello Stato ai sensi della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*. In questi casi, il Comitato Esecutivo dell'ACNUR ha stabilito che le persone dovrebbero essere riconosciute come rifugiati secondo la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* e che le forme complementari di protezione non dovrebbero essere usate in modo pregiudizievole alla protezione convenzionale.¹⁶⁸

L'Unione Europea, per esempio, ha scelto di garantire un trattamento meno favorevole alle persone che hanno ricevuto una "protezione sussidiaria", come l'UE chiama la protezione complementare, rispetto ai rifugiati (vedi, riquadro n. 6). Ciò non impedisce di argomentare presso un tribunale nazionale che le persone soggette a protezione complementare abbiano diritto alle stesse garanzie dei rifugiati.¹⁶⁹

In effetti, se uno Stato non riconosce come rifugiato una persona che soddisferebbe i requisiti per lo status di rifugiato previsti dalla *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* e dalle linee guida dell'ACNUR, accordandogli, invece, una forma complementare di protezione, lo priverebbe di quei diritti e di quelle garanzie fornite ai rifugiati in evidente violazione della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*.

Inoltre, nelle situazioni in cui la mancata applicazione della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* riguarda casi di specifiche forme di persecuzione basate sul genere o il sesso od altre forme di persecuzione che hanno un impatto predominante sulle donne (come, ad esempio, la persecuzione proveniente da privati), il riconoscimento della più debole forma complementare di protezione può violare il principio del divieto di discriminazione nel godimento del diritto di asilo¹⁷⁰ e nel diritto alla pari tutela legale,¹⁷¹ secondo il diritto internazionale dei diritti umani.

Le persone titolari della protezione complementare devono beneficiare delle garanzie per gli stranieri previste dal diritto internazionale dei diritti umani.¹⁷² In tale proposito, il Comitato Esecutivo dell'ACNUR ha incoraggiato gli Stati "a conce-

167. Vedi, *Forme complementari di protezione: La loro natura e relazione con il regime di protezione internazionale del rifugiato*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 140, par. 8.

168. Vedi, *Conclusione n. 103*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 141, parr. (b) e (k).

169. Per quanto riguarda gli Stati Membri dell'UE, ciò si evince anche da un'interpretazione della Direttiva UE sulle Qualificazioni che dispone solo di standard minimi e non previene gli Stati dal garantirne di superiori (cfr. artt. 3 e 4 della Direttiva).

170. Art. II in combinato disposto con l'art. XXVII DADDU; art. 1.1 in combinato disposto con l'art. 22.7 CADU; art. 2 in combinato disposto con l'art. 12.3 CADUP; art. 4.2(g), *Protocollo alla CADUP sui Diritti delle Donne in Africa*.

171. Art. 26 PIDCP; art. 15.1 CEDCD; art. 24 CADU; art. 3 CADUP; art. 8, *Protocollo alla CADUP sui Diritti delle Donne in Africa*; art. 1 del Protocollo 12 CEDU (ratificato da solo 18 Stati al 9 febbraio 2011)

172. Vedi, *Conclusione n. 103*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 141, par. n. Vedi anche, Ruma Mandal, *op. cit.*, nota n. 140, pag. xiii.

dere forme complementari di protezione alle persone che ne abbiano bisogno, e a prevedere il massimo grado di stabilità e certezza nel garantire il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali di tali persone senza discriminazione, considerando i rilevanti strumenti internazionali e prestando la dovuta considerazione all'interesse superiore del bambino e ai principi di unità familiare".¹⁷³

Con riguardo alle procedure per determinare se una persona abbia diritto alla protezione complementare, il Comitato Esecutivo dell'ACNUR ha indicato l'istituzione di una procedura completa per valutare sia lo status di rifugiato sia i bisogni di altre forme di protezione, evitando in tal modo che la protezione per i rifugiati venga compromessa dalla concessione della protezione complementare.¹⁷⁴ Il Comitato Esecutivo dell'ACNUR ha inoltre raccomandato agli Stati di adottare le stesse norme previste per i rifugiati per quanto riguarda la cessazione della protezione complementare, specificando che "i criteri adottati devono essere chiari, obiettivi e conosciuti".¹⁷⁵

c) Forme discrezionali di protezione

In alcuni Stati esistono delle normative che consentono di attribuire discrezionalmente una protezione fondata su motivi "umanitari" o "compassionevoli". In alcuni casi, tale sistema di protezione può derivare dagli obblighi degli Stati ai sensi dell'art. 1 lett. C(5) della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* che esclude l'applicazione della Convenzione per un rifugiato che possa far valere, "per rifiutare la protezione dello Stato di cui possied[e] la cittadinanza, motivi gravi fondati su persecuzioni anteriori".¹⁷⁶

In altri casi, vengono accordate dallo Stato delle misure di protezione per quelle situazioni di impossibilità di espulsione o di respingimento della persona sulla base del diritto internazionale dei diritti umani (si veda la sezione III del secondo capitolo), quando non siano espressamente previste delle misure di protezione complementari dal sistema nazionale. Infine, tali forme di protezione sono anche utilizzate per coprire situazioni che generalmente non si basano su obblighi internazionali, anche se la necessità di protezione potrebbe essere ispirata dal diritto internazionale dei diritti umani ma la concessione è devoluta alla discrezionalità dello Stato: per esempio, in caso di gravi minacce per la salute della persona.

Secondo il diritto internazionale, questi provvedimenti non possono essere utilizzati per sostituire o indebolire le misure previste per i rifugiati, oppure quelle complementari o sussidiarie. Questo principio è particolarmente importante poiché il sistema di protezione "umanitario" o "compassionevole" è concesso

173. *Ibid.*, par. m.

174. *Ibid.*, par. q.

175. *Ibid.*, par. o (traduzione ufficiale).

176. Art. 1C(5), *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (traduzione UNHCR Italia).

discrezionalmente dalle autorità nazionali e non offre le stesse garanzie contro la sua cessazione, come previsto invece da altre forme di protezione.¹⁷⁷

3. Il ricongiungimento familiare

Quando un migrante raggiunge una condizione relativamente stabile di residenza in uno Stato straniero, potrebbe avere il desiderio di riunire i membri della sua famiglia. La migrazione dei familiari fa sorgere questioni relative al rispetto della vita familiare e al ricongiungimento familiare. La *Dichiarazione universale dei diritti umani* prevede che la famiglia “ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato”.¹⁷⁸

a) Il ricongiungimento familiare nel diritto internazionale

Gli obblighi espliciti di protezione giuridica internazionale per il ricongiungimento familiare nello Stato di destinazione sono relativamente pochi. La *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* non riconosce esplicitamente un diritto dei rifugiati al ricongiungimento familiare, sebbene nel *Documento finale della Conferenza dei Plenipotenziari* che ha adottato la Convenzione venisse proclamato che “l’unità della famiglia, il nucleo naturale e fondamentale della società, è un diritto fondamentale del rifugiato”.¹⁷⁹

In relazione ai lavoratori migranti regolari, la *Convenzione internazionale per la protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari* stabilisce che “gli Stati Parti devono adottare delle misure che ritengono appropriate e che rientrano nella loro competenza per facilitare il ricongiungimento dei lavoratori migranti [regolari] con i propri coniugi o con persone che intrattengono una relazione con il

177. Vedi, *Conclusione n. 103*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 141, par. j.

178. Art. 16.3 DUDU (traduzione ufficiosa). Lo stesso principio del diritto dei diritti umani è contenuto nell’art. 23.1 PIDCP; art. 10.1 PIDESC; art. 44.1 CIDLM; Paragrafo X, Preambolo, CDPD; art. 16 CSE(r); art. 17.1 CADU; art. 15.1, *Protocollo di San Salvador*; art. 18.1 CADUP; artt. 18.1 e 25 CADBB. Il principio è riconosciuto anche dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, inter alia nelle risoluzioni n. 49/182, UN Doc. A/RES/49/182, 2 marzo 1995, art. 2; No. 50/175, UN Doc. A/RES/50/175, 27 febbraio 1996, art. 2; No. 51/89, UN Doc. A/RES/51/89, 7 febbraio 1997, art. 2; No. 52/121, UN Doc. A/RES/52/121, 23 febbraio 1998, art. 2; No. 53/143, UN Doc. A/RES/53/143, 8 marzo 1999, art. 2; No. 57/227, UN Doc. A/RES/57/227, 26 febbraio 2003; No. 59/203, UN Doc. A/RES/59/203, 23 marzo 2005, art. 2; No. 61/162, UN Doc. A/RES/61/162, 21 febbraio 2007, art. 2. Nel Consiglio d’Europa il principio è stato riconosciuto dal Comitato dei Ministri nella *Raccomandazione Rec(2002)4 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla condizione giuridica della persone ammesse per riunificazione familiare*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 26 marzo 2002 alla 790a riunione dei Rappresentanti dei Ministri, Preambolo; e nella *Raccomandazione R(1999)23 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla riunificazione familiare per i rifugiati ed altre persone in bisogno di protezione internazionale*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 15 dicembre 1999 alla 692a riunione dei Rappresentanti dei Ministri, Preambolo; *Risoluzione (78) 33 sulla riunificazione delle famiglie dei lavoratori migranti negli Stati Membri del Consiglio d’Europa*, adottata dal Comitato dei Ministri l’8 giugno 1978 alla 289a riunione dei Rappresentanti dei Ministri, Preambolo.

179. Traduzione ufficiosa. L’unità familiare è stata considerata come un principio fondamentale del diritto internazionale dei rifugiati dal Comitato Esecutivo dell’ACNUR, inter alia, nelle sue *Conclusioni n. 1 (XXVI) Creazione di un Sub-Comitato e Generale*, CE-ACNUR, 26a Sessione, 1975, par. (f); n. 7 (XXVIII) *Espulsione*, CE-ACNUR, 28a Sessione, 1977, par. (a); n. 24 (XXXII) *Riunificazione Familiare*, CE-ACNUR, 32a Sessione, 1981, par. 1.

lavoratore migrante che, secondo il diritto applicabile, produce effetti equivalenti al matrimonio, come pure con i loro figli a carico e non coniugati.” Nel sistema europeo dei diritti umani, secondo l’art. 19 della *Carta sociale europea (riveduta)*, gli Stati Membri, che accettano di essere vincolati da tale articolo, hanno l’obbligo di “facilitare per quanto possibile il ricongiungimento familiare del lavoratore straniero autorizzato a stabilirsi sul territorio”.¹⁸⁰ Tale obbligo deve comprendere “almeno il coniuge del lavoratore e i figli naturali, a condizione che questi ultimi siano considerati minori da parte dello Stato ospitante e siano a carico del lavoratore migrante.”¹⁸¹

Con particolare riguardo per le persone titolari di protezione internazionale, le dichiarazioni forniscono orientamenti da adottare per il ricongiungimento familiare. Il Comitato Esecutivo dell’ACNUR ha esortato gli Stati ad agevolare l’ingresso nel proprio territorio ai coniugi e figli a carico delle persone cui è stato concesso l’asilo temporaneo o a lungo termine.¹⁸² Lo stesso Comitato, insieme con il Comitato sui Diritti del Fanciullo e il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, ha inoltre raccomandato che a queste persone vengano riconosciuti gli stessi servizi e la stessa condizione giuridica del rifugiato iniziale.¹⁸³ In caso di richieste di ricongiungimento familiare da parte dei familiari di rifugiati o di richiedenti la protezione internazionale, il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha raccomandato che le domande siano trattate “con uno spirito positivo, con umanità e rapidità” e ha stabilito che, “qualora tali richieste di ricongiungimento venissero rigettate, dovrebbe essere disponibile una revisione indipendente e imparziale dei provvedimenti adottati”.¹⁸⁴

b) Il diritto al rispetto della vita familiare e il ricongiungimento familiare

Nel diritto internazionale dei diritti umani, il diritto al rispetto della vita familiare,¹⁸⁵ a volte, richiede agli Stati di consentire ai membri delle famiglie di migranti – una categoria che è definita in senso ampio (vedi sotto) – l’ingresso e il soggiorno nel Paese di destinazione, indipendentemente dallo status di rifugiato o da altra condizione giuridica. Le circostanze nelle quali si verifica questa situazione sono state

180. Art. 19.6 CSE(r) (traduzione ufficiosa).

181. Appendice alla CSE(r), Parte II. Vedi anche, Portata, artt. 2 e 3.

182. *Conclusione n. 15*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 118, par. (e); *Conclusione n. 85 (XLIX) Protezione internazionale*, CE-ACNUR, 49a Sessione, 1998, par. (w).

183. Vedi, *Conclusione n. 24*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 179, par. 8; *Conclusione n. 88 (L) Protezione della famiglia del rifugiato*, CE-ACNUR, 50a Sessione, 1999, par. (b)(iii); *Osservazioni conclusive sull’Estonia*, CDF, Rapporto del Comitato sui Diritti del Fanciullo sulla sua 32a sessione, UN Doc. CRC/C/124, 23 giugno 2003, par. 56. *Raccomandazione Rec(2002)4*, CMCE, *op. cit.*, nota n. 178, art. II; *Raccomandazione R(1999)23*, CMCE, *op. cit.*, nota n. 178, art. 3.

184. *Raccomandazione R(1999)23*, CMCE, *op. cit.*, nota n. 178, art. 4.

185. Artt. 17 e 23 PIDCP; art. 9 CDF; art. 8 CEDU; art. 11 CADU; art. V DADDU; art. 18 CADUP; artt. 21 e 33 CarDU.

considerate più ampiamente¹⁸⁶ dalla Corte Europea dei Diritti Umani, applicando il diritto al rispetto per la vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della CEDU.¹⁸⁷

Tuttavia, tali obblighi positivi che gli Stati devono assumersi sorgono solo in circostanze limitate, alla luce del principio di sovranità nazionale riguardante il controllo degli ingressi nel proprio territorio, e la Corte ha sottolineato che l'art. 8 non richiede agli Stati di rispettare la scelta di residenza dei coniugi o di autorizzare il ricongiungimento familiare sul proprio territorio.¹⁸⁸ Tuttavia, quando vi sia un **impedimento oggettivamente insuperabile** che impedisce al migrante già sottoposto alla giurisdizione dello Stato la realizzazione della vita familiare altrove, sussiste allora l'obbligo positivo per lo Stato di destinazione di facilitare il ricongiungimento familiare sul suo territorio, secondo l'interpretazione dell'art. 8 fornita dalla Corte Europea dei Diritti Umani.¹⁸⁹

La Corte prenderà in considerazione le ragioni per cui un membro della famiglia ha lasciato il suo stato di origine o di residenza senza gli altri familiari. Fuggire dalle guerre e/o chiedere asilo potrebbero essere argomenti forti che ostacolano lo sviluppo della vita familiare al di fuori del Paese di destinazione.¹⁹⁰ Tra due adulti sarà difficile far valere l'esistenza di un ostacolo insormontabile che impedisca la convivenza nel Paese di origine, a meno che la persona sia un rifugiato o beneficiario di protezione internazionale nel Paese di destinazione.¹⁹¹

Gli ostacoli o i requisiti per il ricongiungimento familiare violeranno il diritto al rispetto della vita familiare quando risultano irragionevoli. La Corte non ha ritenuto

186. *Gül c. Svizzera*, C.edu, Caso n. 53/1995/559/645, Sentenza del 19 febbraio 1996, par. 38. Vedi anche, *Tuquabo-Tekle e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 60665/00, Sentenza del 1 dicembre 2005, par. 42; *Sen c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 31465/96, Sentenza del 21 dicembre 2001, par. 31; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43; *Ahmut c. Paesi Bassi*, C.edu, Caso n. 73/1995/579/665, Sentenza del 26 ottobre 1996, par. 63; *Haydarie e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 8876/04, Decisione sull'ammissibilità, 25 ottobre 2005, In Diritto; *Benamar c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 43786/04, Decisione sull'ammissibilità, 5 aprile 2005, In Diritto; *Chandra e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 53102/99, Decisione sull'ammissibilità, 13 maggio 2003, In Diritto.

187. Benché non abbia deciso sulla situazione specifica, il Comitato sui Diritti Umani ha riscontrato che il diritto alla riunificazione familiare è protetto ai sensi dell'art. 23 PIDCP nel caso *Ngambi e Nébol c. Francia*, CDU, Comunicazione n. 1179/2003, Decisione del 16 luglio 2004, par. 6.4. Preoccupazioni con riguardo alla riunificazione familiare sono stati espressi dalle *Osservazioni Conclusive sulla Danimarca*, CDESC, UN Doc. E/C.12/1/Add.102, 14 dicembre 2004, par. 16 e 24; *Osservazioni Conclusive sull'Ungheria*, CDESC, UN Doc. E/C.12/HUN/CO/3, 16 gennaio 2008, par. 21 e 44; *Osservazioni Conclusive sull'Austria*, CDU, UN Doc. CCPR/C/AUT/CO/4, 30 ottobre 2007, par. 19; *Osservazioni Conclusive sulla Francia*, CDU, UN Doc. CCPR/C/FRA/CO/4, 31 luglio 2008, par. 21.

188. *Gül c. Svizzera*, C.edu, op. cit., nota n. 186, par. 38. Vedi anche, *Tuquabo-Tekle e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 186, par. 43; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43, par. 68; *Haydarie e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 186, In Diritto; *Benamar e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 186, In Diritto; *Chandra e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 186.

189. Vedi, *Benamar e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 186, In Diritto. Vedi anche, *Gül c. Svizzera*, C.edu, op. cit., nota n. 186, par. 38-42; *Sen c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 186, par. 31.

190. Vedi, *Tuquabo-Tekle e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 186, par. 47.

191. Vedi, con risultato negativo, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43, par. 66-69.

irragionevoli l'obbligo di dimostrare un reddito sufficientemente autonomo e durevole, senza valutare le prestazioni sociali, per provvedere ai bisogni necessari dei familiari con i quali è richiesto il ricongiungimento.¹⁹²

Infine, una norma che discrimina il ricongiungimento familiare (sia in termini negativi sia in termini preferenziali) sulla base del genere della persona stabilita nel Paese di destinazione o altri motivi vietati violerebbe il divieto di discriminazione in relazione al diritto alla vita familiare.¹⁹³

i) Cosa si intende per famiglia?

Come è stata definita la famiglia che chiede il ricongiungimento ai sensi dell'art. 8 CEDU nel rispetto della vita familiare? La Corte Europea prevede una definizione ampia che si è sviluppata considerando i cambiamenti nella percezione del concetto di famiglia nel tempo, e che probabilmente continuerà a evolversi alla luce dei cambiamenti sociali.¹⁹⁴ La Corte ha definito due ampie categorie di relazioni familiari: i rapporti tra bambini e genitori, e le relazioni tra persone adulte.¹⁹⁵

Nell'ambito delle relazioni tra i minori e i loro genitori, l'esistenza di una vita familiare viene sempre stabilita tra il bambino e il genitore/i convivente/i. Quando i genitori di un bambino sono sposati o conviventi, questo tipo di relazione familiare prosegue anche qualora, a causa della separazione dei genitori, il bambino interrompa la convivenza con un genitore.¹⁹⁶ Nel caso in cui i genitori del bambino non sono mai stati sposati o conviventi, altri fattori potrebbero essere presi in considerazione per dimostrare esistente la relazione familiare del genitore con il bambino non convivente: la natura e la durata della relazione tra i genitori precedentemente alla nascita del figlio (e, particolarmente, se era stata pianificata la nascita del bambino) la contribuzione all'assistenza ed all'educazione del bambino, e la qualità e regolarità dei contatti. In un caso relativo al contesto dell'immigrazione, la Corte Europea

192. *Haydarie e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 186, In Diritto. Posizione tenuta anche precedentemente dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella *Risoluzione (78) 33*, CMCE, *op. cit.*, nota n. 178, art. B.1(b)(iii). Vedi, *Osservazioni conclusive sulla Svizzera*, CDU, Rapporto del Comitato sui Diritti Umani all'Assemblea Generale, 52a Sessione, Vol.I, UN Doc. A/52/40 (1997), parr. 103 e 114: il Comitato sui Diritti Umani ha riscontrato che una norma che proibisca la riunificazione familiare per lavoratori stranieri fino a diciotto mesi dopo l'ottenimento del permesso di residenza temporanea non rispetta l'art. 23 PIDCP, perché la possibilità di riunificazione deve essere fornita "dopo un breve termine" dall'ottenimento del permesso. Il Comitato dei Ministri nel 1978 ha sottolineato che il periodo d'attesa dovrebbe essere ridotto al minimo e non eccedere i dodici mesi: *Risoluzione (78) 33*, CMCE, *op. cit.*, nota n. 178, art. B.1(b)(i).

193. Vedi, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43, parr. 74-83. Vedi anche, *Caso delle donne delle Mauritius*, CDU, *op. cit.*, nota n. 55.

194. *Schalk e Kopf c. Austria*, C.edu, Ricorso n. 30141/04, Sentenza del 24 giugno 2010, parr. 93-95.

195. Vedi una raccolta della giurisprudenza della Corte nel caso *Onur c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 27319/07, Sentenza del 27 febbraio 2009, parr. 43-45. Si veda anche, *Konstadinov c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 16351/03, Sentenza del 26 aprile 2007, par. 52.

196. *Ciliz c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 29192/95, Sentenza dell'11 luglio 2000, par. 59. Vedi anche, *Boughanemi c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43, par. 35.

ha stabilito che, nelle relazioni tra genitori e figli adulti, un ulteriore elemento di dipendenza è richiesto per attivare la tutela al diritto alla vita familiare.¹⁹⁷

Con riguardo alle relazioni tra adulti, la vita familiare è considerata esistente nell'ambito delle relazioni tra persone di sesso uguale o diverso,¹⁹⁸ riguardanti sia i rapporti coniugali sia le convivenze serie e durature.¹⁹⁹ Per determinare se una relazione costituisca vita familiare, può essere utile tenere conto di alcuni elementi: se i membri della coppia vivono insieme e da quanto tempo, se abbiano avuto figli, in modo naturale o in altro modo, e le dimostrazioni del loro reciproco impegno.²⁰⁰

Per le finalità concernenti il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, il Comitato sui Diritti Umani ha affermato che il termine “famiglia” debba essere inteso in senso ampio per includere tutti coloro che sono ritenuti membri della famiglia nella società interessata. La protezione di tale famiglia non è esclusa dall'assenza di un matrimonio formale, specialmente quando esiste una pratica locale o consuetudinaria sulle unioni. Il diritto alla tutela della vita familiare sussiste quando bisogna proteggere un legame familiare, esistente anche in assenza di convivenza, fedeltà e relazioni coniugali.²⁰¹

Riquadro n. 7. Il ricongiungimento familiare nel diritto UE

La *Direttiva del Consiglio 2003/86/CE del 22 Settembre 2003 relativa al diritto di ricongiungimento familiare* riconosce beneficiari del diritto i seguenti soggetti: il coniuge cittadino di un Paese terzo residente legalmente in uno Stato Membro; i figli minorenni non coniugati, compresi quelli adottati, del soggiornante e del coniuge; i figli minorenni, compresi quelli adottati, del solo genitore soggiornante o coniuge.²⁰²

Inoltre, la Direttiva consente agli Stati Membri, ma non li obbliga, di autorizzare l'ingresso e il soggiorno agli ascendenti diretti del soggiornante o del suo coniuge, quando sono a carico di questi ultimi e non dispongono di un

197. La dipendenza deve essere particolarmente forte: *A.W. Khan c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 47486/06, Sentenza del 12 gennaio 2010, par. 32.

198. *Schalk e Kopf c. Austria*, C.edu, op. cit., nota n. 194, par. 94; *P.B. e J.S. c. Austria*, C.edu, Ricorso n. 18984/02, Sentenza del 22 luglio 2010, par. 30.

199. *Elsholz c. Germania*, C.edu, GC, Ricorso n. 25735/94, Sentenza del 13 luglio 2000, par. 43; *Hoffmann c. Germania*, C.edu, Ricorso n. 34045/96, Sentenza dell'11 ottobre 2001, par. 34. Vedi anche, *Marckx c. Belgio*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 6833/74, Sentenza del 13 giugno 1979, pag. 14, par. 31; *Keegan c. Irlanda*, C.edu, Ricorso n. 16969/90, Sentenza del 26 maggio 1994, pag. 17, par. 44; *Kroon e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 18535/91, Sentenza del 27 ottobre 1994, pagg. 55-56, par. 30.

200. *X, Y e Z c. Regno Unito*, C.edu, GC, Caso n. 75/1995/581/667, Sentenza del 20 marzo 1997, par. 36.

201. *Ngambi e Nébol c. Francia*, CDU, op. cit., nota n. 187, par. 6.4.

202. Art. 4.1, *Direttiva del Consiglio 2003/86/CE del 22 Settembre 2003 relativa al diritto di ricongiungimento familiare*, UE, OJ L 251, 3.10.2003, pag. 12-18 (Direttiva UE sul Ricongiungimento Familiare).

adeguato sostegno familiare nel Paese di origine. L'estensione del diritto al ricongiungimento è previsto anche per i figli adulti non coniugati, quando non possono provvedere alle proprie necessità in ragione del loro stato di salute.²⁰³

Gli Stati Membri possono, ma non ne sono obbligati, autorizzare l'ingresso e il soggiorno del partner non coniugato cittadino di un Paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante, o del cittadino di un Paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata, nonché dei figli minori di queste relazioni, alle stesse condizioni indicate sopra.²⁰⁴

In caso di matrimoni poligami, la Direttiva consente il ricongiungimento familiare con un solo coniuge, lasciando allo Stato Membro la discrezionalità di autorizzare l'ingresso e il soggiorno di altri figli minorenni del soggiornante e di un altro coniuge.²⁰⁵

Lo stesso regime giuridico si applica per il ricongiungimento familiare quando il soggiornante è un rifugiato, a parte il fatto che lo Stato non ha la discrezionalità di imporre condizioni riguardanti l'integrazione per il ricongiungimento di familiari dopo il compimento del dodicesimo anno di età. Inoltre, lo Stato può autorizzare il ricongiungimento familiare del rifugiato con un ambito di categorie di familiari più ampio rispetto a quelli elencati nella Direttiva, se sono a carico del rifugiato.²⁰⁶

Infine, occorre sottolineare che il campo di applicazione della Direttiva è notevolmente più ristretto rispetto alla definizione della famiglia come si è evoluta nel diritto internazionale dei diritti umani, sebbene il preambolo richiami l'applicazione dell'art. 8 CEDU e affermi che la Direttiva dovrebbe essere applicata "senza operare discriminazioni fondate su [...] tendenze sessuali".²⁰⁷ Al fine di rispettare gli obblighi giuridici internazionali dei diritti umani, gli Stati Membri UE dovrebbero interpretare e applicare le disposizioni della Direttiva secondo il significato più ampio della vita familiare stabilito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, come descritto precedentemente.

203. Art. 4.2, *ibid.*

204. Art. 4.3, *ibid.*

205. Art. 4.4, *ibid.*

206. Art. 10, *ibid.*

207. Preambolo, parr. 2 e 5, *ibid.* (traduzione ufficiale).

c) Considerazioni particolari riguardanti il ricongiungimento familiare tra genitori e figli

La *Convenzione sui diritti del fanciullo* è stato il primo strumento di diritto internazionale sui diritti umani a riconoscere diritti specifici relativi al ricongiungimento familiare, che si applica sia in materia di asilo sia in materia di immigrazione. L'art. 9.1 prevede che “[g]li Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo.” In conseguenza di ciò, in ogni processo decisionale riguardante l'espulsione di un genitore, il miglior interesse del fanciullo deve essere preminente.

Con riguardo alla domanda di ingresso nel Paese per il ricongiungimento familiare, l'art. 10.1 precisa gli obblighi dello Stato:

- Ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato Parte o di lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e rapidità;
- Gli Stati Parti devono inoltre assicurare che la presentazione di tale domanda non comporti conseguenze pregiudizievoli per gli autori della domanda e per i loro familiari.²⁰⁸

Nel decidere se vi sia un obbligo positivo dello Stato ai sensi dell'art. 8 CEDU riguardante il ricongiungimento familiare tra genitori e figli, la Corte Europea prenderà in considerazione l'età dei bambini, la loro situazione nel Paese di origine e il grado di dipendenza dai genitori.²⁰⁹ In una decisione della Corte Europea dei Diritti Umani è stato ritenuto che “un ostacolo insormontabile” alla vita familiare al di fuori del Paese di residenza esisteva perché la madre, richiedente il ricongiungimento familiare con il suo bambino che era stato lasciato nel Paese di origine, aveva avuto anche un secondo figlio che era cresciuto nel Paese di destinazione. In questa situazione, la Corte ha rilevato che la riunificazione familiare nel Paese di destinazione risultava la soluzione più consona allo sviluppo della vita familiare, considerando

208. Il Comitato sui Diritti del Fanciullo ha ricordato ripetute volte agli Stati questa obbligazione nelle sue Osservazioni Conclusive, in particolare con riguardo alla lunghezza della procedura di riunificazione familiare. Vedi, inter alia, *Osservazioni Conclusive sul Belgio*, CDF, Rapporto del Comitato sui Diritti del Fanciullo all'Assemblea Generale, 51a Sessione, UN Doc. A/51/41 (1996), pag. 86, par. 595; *Osservazioni Conclusive sull'Estonia*, CDF, Rapporto del Comitato sui Diritti del Fanciullo sulla sua 32a sessione, UN Doc. CRC/C/124, 23 giugno 2003, par. 56-57; *Osservazioni Conclusive sulla Finlandia*, CDF, Rapporto del Comitato sui Diritti del Fanciullo sulla sua 25a Sessione, UN Doc. CRC/C/100, 14 novembre 2000, pag. 8, par. 61-62; *Osservazioni Conclusive sulla Francia*, CDF, UN Doc. CRC/C/15/Add.240, 30 giugno 2004, par. 31-32; *Osservazioni Conclusive sulla Svezia*, CDF, UN Doc. CRC/C/15/Add.248, 20 marzo 2005, par. 41-42; *Osservazioni Conclusive sull'Irlanda*, CDF, UN Doc. CRC/C/IRL/CO/2, 29 settembre 2006, par. 30-31; *Osservazioni Conclusive sulla Svezia*, CDF, UN Doc. CRC/C/SWE/CO/4, 12 giugno 2009, par. 64-65.

209. Vedi, *Tuqabo-Tekle e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 186, par. 44-50; *Sen c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 186, par. 37;

le difficoltà che lo stabilimento dell'intera famiglia nel Paese di origine avrebbe comportato per il secondo figlio.²¹⁰

d) I minori non accompagnati e il ricongiungimento familiare

La *Convenzione sui diritti del fanciullo* obbliga gli Stati a collaborare, “nelle forme giudicate necessarie, a tutti gli sforzi compiuti dall'Organizzazione delle Nazioni Unite e dalle altre organizzazioni intergovernative o non governative competenti che collaborano con l'Organizzazione delle Nazioni Unite, per proteggere e aiutare i fanciulli che si trovano in tale situazione e per ricercare i genitori o altri familiari di ogni fanciullo rifugiato al fine di ottenere le informazioni necessarie per ricongiungerlo alla sua famiglia. Se il padre, la madre o ogni altro familiare sono irreperibili, al fanciullo sarà concessa, secondo i principi enunciati nella presente Convenzione, la stessa protezione di quella di ogni altro fanciullo definitivamente oppure temporaneamente privato del suo ambiente familiare per qualunque motivo.”²¹¹

Il Comitato sui Diritti del Fanciullo ha chiarito che “il rintracciamento è una componente essenziale di ogni ricerca di una soluzione durevole e dovrebbe essere prioritario, salvo che l'atto di rintracciamento o il modo in cui viene condotto siano contrari all'interesse superiore del bambino o compromettano i diritti fondamentali della persona ricercata. In ogni caso, nel condurre le attività di rintracciamento, non occorre fare riferimento alla condizione del bambino come richiedente asilo o rifugiato”.²¹² Il Comitato Esecutivo ACNUR ha inoltre rilevato che “ogni sforzo dovrebbe essere compiuto per rintracciare i genitori o altri parenti stretti dei minori non accompagnati”.²¹³ La *Carta africana sui diritti e il benessere del bambino* obbliga inoltre gli Stati a cooperare con le organizzazioni internazionali nei loro sforzi per proteggere e aiutare il bambino e per rintracciare i genitori del bambino o altri parenti.²¹⁴

L'uso del sistema di riconoscimento del DNA non dovrebbe creare ulteriori ostacoli al ricongiungimento familiare, dovrebbe essere consentito previo consenso informato del richiedente, e deve essere utilizzato solo quando risulti necessario.²¹⁵

Anche quando la famiglia è identificata attraverso il rintracciamento, o in ogni altro caso di ricongiungimento familiare, il Comitato sui Diritti del Fanciullo ha avvertito che “il ricongiungimento familiare nel Paese di origine non è nell'interesse superiore

210. Vedi, *Sen c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 186, parr. 40-41.

211. Art. 22.2 CDF (traduzione UNICEF Italia).

212. CDF, Commentario Generale n. 6, op. cit., nota n. 136, par. 80 (traduzione ufficiale).

213. *Conclusione n. 24*, ACNUR, op. cit., nota n. 179, par. 7; *Conclusione n. 84 (XLVIII) su rifugiati bambini ed adolescenti*, CE-ACNUR, 48a sessione, 1997, par. (b)(i). Vedi anche, *Linee guida su politiche e procedure riguardanti bambini non accompagnati richiedenti asilo*, ACNUR, Febbraio 1997.

214. Art. 23.2 CADBB.

215. Vedi, *Osservazioni conclusive sulla Danimarca*, CDU, UN Doc. CCPR/CO/70/DNK, 15 novembre 2000, par. 15; *Osservazioni conclusive sulla Francia*, CDU, op. cit., nota n. 187, par. 21.

del bambino, e, pertanto, non dovrebbe essere perseguito, se vi è un “rischio ragionevole” che tale ritorno porterebbe alla violazione dei diritti umani fondamentali del fanciullo. Tale rischio viene indiscutibilmente accertato nella concessione dello status di rifugiato o in un provvedimento delle autorità competenti in merito all’applicabilità degli obblighi di *non-refoulement* [...]. Quando le circostanze nel Paese di origine comprendono minori livelli di rischio e vi è preoccupazione, per esempio, che il bambino venga colpito da effetti indiscriminati di violenza generalizzata, questi rischi devono essere attentamente presi in considerazione e bilanciati con altri diritti sulla base di valutazioni che includono le conseguenze di ulteriori separazioni.”²¹⁶

i) La discriminazione e l’accesso al territorio

La situazione dei minori non accompagnati, richiedenti asilo oppure no, richiede una particolare attenzione sia per la loro vulnerabilità a subire sfruttamenti e abusi sia per la loro incapacità a far fronte a procedure e istituzioni progettati per rivolgersi alla migrazione adulta. La *Convenzione sui diritti del fanciullo* prevede che i diritti del bambino siano protetti da **ogni tipo** di discriminazione,²¹⁷ comprendendo quella dovuta alla nazionalità, alla condizione di immigrato o apolide.²¹⁸ Inoltre, gli Stati devono adottare “tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari.”²¹⁹ In conseguenza di ciò, un bambino non dovrebbe subire delle discriminazioni fondate, per esempio, sull’ingresso irregolare dei suoi genitori nel territorio nazionale.

In tutte le decisioni relative ai fanciulli, **l’interesse superiore del fanciullo** deve essere una considerazione preminente.²²⁰ Il Comitato sui Diritti del Fanciullo ha affermato che questa considerazione generale su quale sia l’interesse superiore del fanciullo richiede una valutazione chiara e completa dell’identità del bambino, tra cui la nazionalità, l’educazione, la etnia, l’ambiente sociale e culturale, le particolari fragilità e le esigenze di protezione, e “il presupposto per questo processo di valutazione iniziale consiste nell’autorizzare l’ingresso del bambino sul territorio”.²²¹ Il Comitato identifica l’obbligo di nominare un tutore competente e, se necessario, di fornire rappresentanza legale.²²² In relazione all’ingresso, quindi, ai bambini non

216. CDF, *Commentario Generale n. 6*, op. cit., nota n. 136, parr. 82-83. Il Commentario Generale contiene informazioni ancora più dettagliate sulle considerazioni ed i requisiti procedurali riguardanti minori non accompagnati.

217. Art. 2.1 CDF.

218. Vedi CDF, *Commentario Generale n. 6*, op. cit., nota n. 136, parr. 12, 16 e 18. Vedi anche, Ufficio dell’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, *Studio sulle sfide e le migliori prassi nell’attuazione del quadro internazionale per la protezione dei diritti del fanciullo nel contesto della migrazione*, UN Doc. A/HRC/15/29, 5 luglio 2010 (Studio OHCHR), parr. 21-22.

219. Art. 2.2 CDF (traduzione UNICEF Italia). Vedi anche, *Studio OHCHR*, op. cit., nota n. 218, parr. 21-22.

220. Art. 3.1 CDF.

221. Vedi, CDF, *Commentario Generale n. 6*, op. cit., nota n. 136, par. 20 (traduzione ufficiosa).

222. Vedi, *ibid.*, par. 21.

accompagnati o separati²²³ deve essere sempre consentito l'accesso considerando il principio dell'"interesse superiore".

Ulteriori e autorevoli linee guida su questi principi sono esposte nel *Commentario Generale n. 6 del Comitato sui Diritti del Fanciullo (2005): Trattamento dei bambini non accompagnati o separati fuori dal loro Paese di origine*.²²⁴

e) I problemi collegati al ricongiungimento familiare: la dipendenza

In molti Paesi il permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare viene accordato sulla base di una delle seguenti condizioni: l'esistenza e la validità di un permesso, sia per lavoro sia per ragioni di protezione internazionale, posseduto da chi è migrato prima; o di relazioni familiari con un cittadino di quel Paese. In entrambi i casi, la residenza del migrante dipenderà dalla stabilità della relazione con quella persona.

In alcuni Paesi, coloro che migrano con il fine di ricongiungimento familiare non hanno diritto al lavoro, e il fatto che il loro soggiorno nel Paese di destinazione sia fortemente vincolato alla persona in possesso del permesso iniziale o al membro familiare che possiede la cittadinanza può portare a una situazione di dipendenza, nella quale essi diventano incapaci di esercitare o di reclamare la protezione dei propri diritti umani.

In caso di divorzio o di separazione dal principale possessore del permesso di residenza, essi si potrebbero trovare a rischio di essere deportati o, mancando un valido permesso di residenza, costretti ad affrontare situazioni di vulnerabilità allo sfruttamento. Tali situazioni possono condurre ad una vasta serie di problemi riguardanti i diritti umani della persona soggetto della relazione di dipendenza, con particolare riferimento alle donne migranti che entrano nel Paese per matrimonio o per ricongiungimento familiare.²²⁵ Per esempio, esse possono essere incapaci o riluttanti a richiedere protezione dalla violenza domestica o a uscire da una relazione abusiva poiché il loro diritto di soggiorno è basato su tale relazione.

I diritti limitati spesso associati al permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare possono pregiudicare in maniera significativa le opportunità di lavoro ed educative dei possessori di tale permesso, il che, per le donne che migrano per ricongiungersi alla famiglia, può risultare in una più difficile integrazione e nella perpetuazione degli stereotipi del ruolo femminile. D'altra parte, le donne detentrici del permesso di soggiorno iniziale potrebbero rischiare di subire delle violenze se

223. "Bambini non accompagnati" sono bambini che sono stati separati dai loro genitori e altri parenti e non sono sotto la cura di un adulto responsabile per loro, sia per ragioni di diritto o di usi. Un "bambino separato" è separato dai propri genitori od altro custode legale o per diritto consuetudinario, ma non necessariamente da altri parenti. Le definizioni sono state fornite dal CDF in *ibid.*, parr. 7 e 8.

224. Vedi, *ibid.*

225. Vedi, CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 26, op. cit.*, nota n. 8, par. 22.

cercano di interrompere la relazione col partner, i cui diritti di residenza sono interamente collegati con tale rapporto.²²⁶

Come viene discusso ampiamente nel sesto capitolo, rischi simili possono insorgere per i migranti con permesso di soggiorno legato a un particolare datore di lavoro, i quali possono affrontare un aumento dei rischi di violenza e di abuso sul lavoro oltre ad essere incapaci o riluttanti a cercare tutela legale. Infatti, il Comitato per l'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne prevede in base all'art. 2 (f) che, “quando i permessi di soggiorno di donne lavoratrici migranti sono fondate sul sostegno del datore di lavoro o del coniuge, gli Stati Parte dovrebbero adottare misure adeguate per favorire una condizione legale di residenza indipendente. Delle disposizioni di legge dovrebbero essere emanate per consentire il permesso di soggiorno regolare a una donna che abbandona lo sposo o il suo datore di lavoro abusivo o che viene licenziata per aver contestato gli abusi subiti”.²²⁷

Con riferimento ai familiari di un migrante lavoratore, l'art. 50 della *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei loro familiari* prevede che, “in caso di decesso del lavoratore migrante o di scioglimento del matrimonio, lo Stato in cui lavorava [il migrante] deve considerare in maniera favorevole la concessione dell'autorizzazione di soggiorno ai familiari del lavoratore migrante che risiedono in quello Stato per ricongiungimento familiare, considerando il periodo di tempo che i familiari hanno già trascorso in quello Stato”.

Riconosciuti i rischi particolari di violazioni e abusi di diritti umani che possono prevedersi in questi contesti, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha raccomandato agli Stati Membri che, “dopo un periodo di residenza legale durata quattro anni, ai familiari adulti dovrebbe essere concesso un permesso di residenza indipendente dal principale” e che, “in caso di divorzio, separazione o morte del titolare del permesso iniziale, un familiare può richiedere un permesso di soggiorno autonomo dopo esser stato legalmente residente per almeno un anno. Gli Stati Membri daranno le opportune valutazioni a tali domande, e l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente nelle decisioni”.²²⁸

La dipendenza dal titolare di un permesso di soggiorno principale può anche ostacolare l'accesso del migrante a un rimedio effettivo per prevenire, o per cercare di riparare, la violazione di un diritto sostanziale compiuta da un loro sponsor, familiare o coniuge. Ciò risulta problematico, dato che potrebbe contravvenire agli obblighi degli Stati di fornire agli individui un rimedio effettivo alle violazioni dei diritti umani (si veda la sezione 4 nel secondo capitolo). Con riguardo alla particolare situazione delle donne migranti vittime di violenze, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha raccomandato agli Stati “di assicurare che tutti i servizi

226. Per esempio vedi i fatti del caso *Yildirim c. Austria*, CEDCD, Comunicazione n. 6/2005, Decisione del 6 agosto 2007.

227. Vedi, CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 26*, op. cit., nota n. 8, par. 26(f) (traduzione ufficiale).

228. *Raccomandazione Rec(2002)4*, CMCE, op. cit., nota n. 178, art. III (traduzione ufficiale).

e rimedi legali disponibili per le vittime di violenze domestiche siano forniti alle donne migranti che ne facciano richiesta”,²²⁹ e “ di considerare, se necessario, di rilasciare un diritto di residenza indipendente alle donne migranti che siano state/ sono vittime di violenze domestiche al fine di poter abbandonare il marito violento senza lasciare il Paese ospitante”.²³⁰

Riquadro n. 8. L'assegnazione obbligatoria di residenza per i rifugiati non può pregiudicare la loro vita familiare

La Corte Europea dei Diritti Umani ha recentemente stabilito che un programma di asilo che assegna obbligatoriamente la residenza in una particolare regione del Paese, in modo tale da rendere difficile il mantenimento dei legami familiari tra due rifugiati, costituisce una violazione del loro diritto al rispetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU, dato che la distribuzione equa dei rifugiati nel territorio per ragioni economiche non può prevalere sul diritto dei rifugiati alla vita familiare. La questione ha avuto origine sugli sviluppi del sistema svizzero di destinare i rifugiati in un cantone specifico al di fuori del quale è vietato risiedere.²³¹

4. Le vittime della tratta degli esseri umani

Controllate e trasferite all'estero per essere sfruttate, anche mediante il lavoro forzato, sono le molte vittime della tratta che ogni anno vengono sfruttate dalle organizzazioni criminali con l'uso della forza o altre forme di coercizione, menzogne e abusi. Molti migranti possono cadere vittime dei trafficanti sia nel loro Paese di origine, con la promessa del trasporto o di un lavoro, sia durante il loro viaggio verso il Paese di destinazione. In alcune convenzioni, le vittime della tratta di esseri umani hanno diritto a ricevere dei provvedimenti di protezione, considerata la loro situazione. Alcuni strumenti internazionali sono ideati per proteggere i diritti umani delle vittime, mentre altri mirano a garantire una protezione ulteriore, considerato il loro ruolo di testimoni nei procedimenti penali.²³²

La tratta degli esseri umani è considerata un reato secondo il diritto internazionale,²³³ previsto dal *Protocollo sulla prevenzione, soppressione e punizione della tratta di*

229. *Raccomandazione Rec(2002)5*, CMCE, *op. cit.*, nota n. 80, art. 24 (traduzione ufficiosa).

230. *Ibid.*, art. 59 (traduzione ufficiosa).

231. *Mengesha Kimfe c. Svizzera*, C.edu, Ricorso n. 24404/05, Sentenza del 29 luglio 2010.

232. Vedi, inter alia, Kristina Touzenis, *Trafficking in Human Beings, Human rights and transnational criminal law, developments in law and practices*, UNESCO, Migration Studies 3, 2010, Francia; *Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Rights: Towards Coherence*, International Council on Human Rights Policy, Ginevra, 2010.

233. Vedi, nota n. 111.

persone soprattutto donne e bambini, addizionale alla Convenzione ONU contro la criminalità organizzata (Protocollo ONU sulla tratta) e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sul traffico di esseri umani (Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa) che impongono agli Stati Parte di criminalizzare tale pratica nel diritto nazionale. A seconda delle circostanze, la tratta degli esseri umani può comprendere vari reati internazionali, includendo i crimini contro l'umanità e, nei conflitti armati, i crimini di guerra.²³⁴ La tratta di persone può comportare molteplici violazioni dei diritti umani delle persone "trafficate", riguardanti il divieto della riduzione in schiavitù, servitù e lavoro forzato o obbligatorio, e il diritto alla libertà. La Corte Europea dei Diritti Umani ha riconosciuto che tutta la materia della tratta di esseri umani rientra nella proibizione della schiavitù, servitù e lavoro forzato e obbligatorio.²³⁵

Sia secondo il *Protocollo sulla tratta ONU* sia nella *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa*, gli Stati devono adottare dei provvedimenti per prevenire e combattere la tratta, applicando la normativa civile e penale.²³⁶ Inoltre, la Corte Europea ha rilevato che esiste un dovere dello Stato di investigare le denunce riguardanti il divieto e la proibizione della schiavitù, servitù o lavoro forzato, conseguenti alla tratta; oltre ad adottare e applicare misure in materia civile e penale per contrastare la tratta e proteggere i diritti delle persone vittime della tratta,²³⁷ considerando anche di regolamentare le imprese che vengono spesso utilizzate come una copertura alla tratta e fornendo una soluzione a preoccupazioni relative all'incoraggiamento, all'agevolazione ed alla tolleranza della tratta attraverso la normativa sull'immigrazione.²³⁸

a) Chi è la vittima della tratta di persone?

Per vittima della "tratta di persone" s'intende colui che ha subito il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, il dare alloggio o accoglienza a persone tramite l'uso o la minaccia dell'uso della forza o di altre forme di coercizione, il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o di altre forme di vulnerabilità o tramite l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o altri vantaggi finalizzati ad ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a scopo di sfruttamento.²³⁹

234. Vedi, artt. 7.1(c), 7.1(g), 7.2(c), and 8.2(xxii), *Statuto di Roma*, che considera la "messa in schiavitù", "la schiavitù sessuale" e la "prostituzione forzata" sotto le categorie di crimini di guerra e crimini contro l'umanità.

235. *Rantsev c. Cipro e Russia*, C.edu, Ricorso n. 25965/04, Sentenza del 7 gennaio 2010, par. 282.

236. Artt. 5 e 9-11, *Protocollo ONU sulla tratta*; Capitoli II e IV, *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa*. Vedi anche, art. 6 CEDCD; artt. 34 e 35 CDF; *Raccomandazione Generale n. 19, Violenza contro le donne*, CEDCD, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 1989, par. 13-16 e 24(g).

237. *Rantsev c. Cipro e Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 235, par. 284.

238. *Ibid.*, par. 284.

239. La tratta di esseri umani è "il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento", art. 3, *Protocollo ONU sulla tratta*; art. 4, *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa*: "Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale,

Il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, il dare alloggio o accoglienza a un bambino ai fini dello sfruttamento sono considerati “tratta di persone” anche se non vi è ricorso a nessuno dei mezzi coercitivi elencati precedentemente.²⁴⁰ Secondo il *Protocollo sulla tratta ONU* e la *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa*, lo sfruttamento comprende, non esclusivamente, le forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o prestazioni forzate, la schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi.²⁴¹

b) Gli obblighi degli Stati

Il dovere generale degli Stati di contrastare la tratta di esseri umani è ben stabilito nei trattati internazionali dei diritti umani.²⁴² In conseguenza di ciò, gli Stati possono anche aver obblighi particolari relativi alle vittime attuali o potenziali della tratta di persone in base ai trattati ed al diritto internazionale dei diritti umani.

Gli Stati hanno l'obbligo di proteggere un individuo dal rischio di essere soggetto alla tratta oppure sottoposto a lavoro obbligatorio o forzato. La Corte Europea ha rilevato che tale dovere emerge qualora le autorità siano informate, o dovrebbero esserlo, del verificarsi di determinate circostanze che danno luogo a un fondato sospetto che un determinato individuo sia stato o rischi realmente e in maniera imminente di essere trafficato o sfruttato, sottoposto a schiavitù, servitù, o a lavoro forzato o obbligatorio.²⁴³ I doveri di protezione e di investigazione si applicano a

il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o l'espianto di organi”; “Il consenso della vittima della “tratta di esseri umani”, allo sfruttamento [...] è irrilevante in presenza di uno qualsiasi dei mezzi indicati” nella definizione. Il Comitato sui Diritti Umani ritiene che la tratta di esseri umani sia una violazione degli artt. 3 (uguaglianza di genere), 8 (lavoro forzato), e 24 (diritti dei bambini) PIDCP: *Osservazioni Conclusive sulla Grecia*, CDU, UN Doc. CCPR/CO/83/GRC, 25 aprile 2005, par. 10. Il Comitato contro la Tortura ha dichiarato che “la tratta di esseri umani per lo scopo di sfruttamento sessuale o lavorativo” (traduzione ufficiosa) ricade tra le pratiche proibite dall'art. 16 (trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti) della *Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti* (CCT): *Osservazioni Conclusive sulla Spagna*, CCT, UN Doc. CAT/C/ESP/CO/5, 9 dicembre 2009, par. 28. Vedi anche, *Conclusione n. 90 (LII) Generale*, CE-ACNUR, 52a sessione, 2001, par. (s).

240. Art. 3(c), *Protocollo ONU sulla tratta*; art. 4(c), *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa*.

241. Art. 3(a), *Protocollo ONU sulla tratta*; art. 4(a), *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa*.

242. Art. 6 CEDCD; art. 35 CDF; art. 6.1 CADU; art. 2, *Convenzione di “Belem do Para”*; art. 29 CADBB; art. 4.2(g), *Protocollo alla CADUP sui Diritti delle Donne in Africa*.

243. *Rantsev c. Cipro e Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 235, par. 284. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sulla Repubblica di Corea*, CDESC, UN Doc. E/C.12/KOR/CO/3, 20 novembre 2009, par. 23; *Osservazioni Conclusive sull'Azerbaijan*, CEDCD, Rapporto del Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne all'Assemblea Generale, 53a Sessione, UN Doc. A/53/38/Rev.1 (1998), par. 75; *Osservazioni Conclusive sul Bangladesh*, CEDCD, Rapporto del Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne all'Assemblea Generale, 52a Sessione, UN Doc. A/52/38/Rev.1 (1997), par. 457; *Osservazioni Conclusive sui Paesi Bassi*, CEDCD, Rapporto del Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne all'Assemblea Generale, 56a Sessione, UN Doc. A/56/38 (2001), par. 212; *Osservazioni Conclusive sul Libano*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/LBN/CO/3, 8 aprile 2008, par. 28-29; *Osservazioni Conclusive sulla Spagna*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/ESP/CO/5, 7 luglio 2004, par. 337; *Osservazioni Conclusive su Singapore*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/SGP/CO/3, 10 agosto 2007, par. 21-22; *Osservazioni Conclusive sul Guatemala*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/GUA/CO/7, 10 febbraio 2009, par. 23-24; *Osservazioni Conclusive sulla Spagna*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/ESP/CO/6, 7 agosto 2009, par. 21-22; *Osservazioni Conclusive sulla Svizzera*; CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/CHE/CO/3, 7 agosto 2009, par. 29-30; *Osservazioni Conclusive*

tutti gli Stati che vengono coinvolti dalla tratta, partendo dal Paese di origine al Paese di destinazione. Nel caso in cui lo Stato non sia in grado o sia restio a tutelare le persone a rischio di tratta, si possono applicare le protezioni previste dalla *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* o dall'applicazione del principio di *non-refoulement* (vedi, sopra, il riquadro n. 4).

In alcuni casi, il diritto internazionale impone agli Stati di consentire alle vittime della tratta di soggiornare sul territorio. Il *Protocollo ONU sulla tratta* prevede che, per finalità di protezione contro la tratta, gli Stati Parte dovrebbero “considerare l'adozione di misure legislative o provvedimenti idonei che consentano alle vittime della tratta di persone, nei casi necessari, di rimanere nel suo territorio a titolo temporaneo o permanente”.²⁴⁴ La *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa* prevede che, quando le autorità competenti hanno ragionevoli motivi per credere che una persona sia stata vittima della tratta di esseri umani, quella persona non deve essere allontanata dal proprio territorio, finché la procedura di determinazione della persona come vittima non sia stata completata, e deve ricevere adeguati mezzi di protezione e di assistenza, durante tale procedimento.²⁴⁵ Inoltre, quando sussistano ragionevoli motivi per credere che la persona in questione sia una vittima, devono esserle accordati trenta giorni aggiuntivi per ristabilirsi e per sfuggire all'influenza dei trafficanti. Durante questo periodo, non sarà possibile eseguire alcuna ordinanza di espulsione.²⁴⁶

Gli Stati devono fornire assistenza psicologica e sociale alle vittime. Il *Protocollo ONU sulla tratta* prevede che gli Stati Parti “debbano considerare l'attuazione di misure relative al recupero fisico, psicologico e sociale delle vittime della tratta di persone” e, in particolare, adottare i provvedimenti opportuni per fornire: un alloggio adeguato; consulenza e informazioni, in particolare in relazione ai loro diritti, in una lingua che le vittime della tratta comprendono; assistenza medica,

sulla Grecia, CDU, *op. cit.*, nota n. 239, par. 10; *Osservazioni Conclusive sulla Thailandia*, CDU, UN Doc. CCPR/CO/84/THA, 8 luglio 2005, par. 20; *Osservazioni Conclusive sulla Spagna*, CCT, *op. cit.*, nota n. 239, par. 28; Principio n. 1 dei *Principi raccomandati dell'OHCHR su diritti umani e tratta di esseri umani*, adottati il 20 maggio 2002, UN Doc. E/2002/68/Add.1 (Principi sulla tratta OHCHR).

244. Art. 7.1, *Protocollo ONU sulla tratta* (traduzione ufficiosa). Questa posizione è ripetuta dal CEDCD nelle *Osservazioni Conclusive sulla Spagna*, CEDCD, 2004, *op. cit.*, nota n. 243, par. 337; *Osservazioni Conclusive sul Pakistan*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/PAK/CO/3, 11 giugno 2007, par. 30 (le vittime della tratta dovrebbero essere protette dalle azioni penali contro l'immigrazione illegale); *Osservazioni Conclusive su Singapore*, CEDCD, *op. cit.*, nota n. 243, par. 21-22; *Osservazioni Conclusive sul Libano*, CEDCD, *op. cit.*, nota n. 243, par. 28-29; *Osservazioni Conclusive sulla Danimarca*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/DEN/CO/7, 7 agosto 2009, par. 32-33. Vedi i principi 3 e 7 dei *Principi sulla tratta OHCHR*, *op. cit.*, nota n. 243 (traduzione ufficiosa): “3. Le misure contro la tratta non devono incidere negativamente sui diritti umani e la dignità delle persone, in particolare sui diritti di coloro che sono stati soggetti alla tratta, e di migranti, sfollati, rifugiati e richiedenti asilo”: “7. Le persone vittime della tratta non devono essere detenute, imputate o soggette ad azione penale per l'illegalità del loro ingresso o residenza nei Paesi di transito e destinazione, o per il loro coinvolgimento in attività illegali fintantoché il livello del loro coinvolgimento sia una conseguenza diretta della loro situazione di persone vittime di tratta.”

245. Art. 10.2, *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa*.

246. Art. 13, *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa*.

psicologica e materiale; e opportunità di impiego, di istruzione e di formazione.²⁴⁷ La *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa* comprende un'obbligazione diretta di adottare "le misure legislative e le altre misure necessarie per dare assistenza alle vittime per il loro recupero fisico, psicologico e sociale."²⁴⁸ Inoltre, gli Stati devono fornire l'assistenza medica necessaria, o qualsiasi altro genere di assistenza, alle vittime bisognose che risiedono legalmente nel territorio e che non hanno risorse adeguate;²⁴⁹ e devono adottare le norme necessarie per autorizzare le vittime ad avere accesso al mercato del lavoro, alla formazione professionale e all'istruzione.²⁵⁰ Infine, gli Stati Parte devono assicurare che l'assistenza alla vittima non sia subordinata alla sua volontà di testimoniare.²⁵¹

5. Il traffico di migranti

Un numero sempre maggiore di migranti che tentano di raggiungere lo Stato di destinazione sono costretti a ricorrere a organizzazioni di trafficanti. Secondo il *Protocollo contro il traffico di migranti via terra, via mare e via area* (Protocollo sul traffico di migranti), il traffico di migranti viene indicato come "il procurare, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente".²⁵² Il traffico di migranti si distingue dalla tratta delle persone per il fatto che i migranti partecipano volontariamente al loro ingresso illegale nel Paese di destinazione, sebbene nel corso del procedimento di ingresso illegale possano subire atti di coercizione, di maltrattamenti o altre violazioni dei loro diritti umani. Diversamente dalla tratta di esseri umani, il traffico di migranti prevede almeno un momento nel quale il migrante partecipa con una decisione informata.

247. Art. 6.3, *Protocollo ONU sulla tratta* (traduzione ufficiosa). Vedi anche art. 39 CDF; *Commentario Generale n. 4: la salute e lo sviluppo degli adolescenti nel contesto della Convenzione sui diritti del fanciullo*, CDF, UN Doc. CRC/GC/2003/4, 1 luglio 2003, par. 37; *Commentario Generale n. 3: HIV/AIDS ed i diritti del bambino*, CDF, UN Doc. CRC/GC/2003/3, 17 marzo 2003, par. 36.

248. Art. 12.1, *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa* (traduzione ufficiosa). Si vedano anche, *Raccomandazione R(1991)11 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sullo sfruttamento sessuale, la pornografia e la prostituzione e la tratta di bambini e giovani adulti*, adottata dal Comitato dei Ministri il 9 settembre 1991 alla 461a riunione dei Rappresentanti dei Ministri, art. D(3); *Raccomandazione Rec(2001)16 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento sessuale*, adottata dal Comitato dei Ministri il 31 ottobre 2001 alla 771a riunione dei Rappresentanti dei Ministri, art. 34; *Raccomandazione R(2000)11 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sull'azione contro la tratta di esseri umani per lo scopo di sfruttamento sessuale*, adottata dal Comitato dei Ministri il 19 maggio 2000, alla 710a riunione dei Rappresentanti dei Ministri, Appendice, artt. II(2), e V(34) e (35); *Raccomandazione 1325(1997) sulla tratta di donne e prostituzione forzata negli Stati Membri del Consiglio d'Europa*, APCE, art. 6(v); *Raccomandazione 1545 (2002) Campagna contro la tratta delle donne*, APCE, art. 10(ix)(g).

249. Art. 12.3, *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa*.

250. Art. 12.4, *ibid.*

251. Art. 12.6, *ibid.*

252. *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria*, adottato ed aperto per firme, ratifica ed accessione dalla risoluzione dell'Assemblea Generale 55/25 del 15 Novembre 2000, art. 3(a) (Protocollo ONU contro il traffico) (traduzione ufficiosa).

Data la loro particolare vulnerabilità, le obbligazioni riguardanti le normative sui diritti umani di adottare misure adeguate per proteggere gli individui dei quali le autorità sanno, o dovrebbero essere a conoscenza, che corrono il rischio di violazioni dei loro diritti umani, sono di particolare rilevanza per il traffico di migranti.

Con riguardo alla protezione specifica, dato che le persone soggette a traffico non sono percepite come vittime di un crimine allo stesso modo delle vittime della tratta di persone, a causa della loro partecipazione volontaria, la protezione limitata speciale di cui godono i migranti deriva dal diritto penale internazionale, che ha lo scopo di agevolare il sistema della pubblica accusa al fine di arrestare, processare e smantellare la rete di trafficanti.

Nell'ambito del *Protocollo sul traffico dei migranti*, gli Stati hanno gli obblighi di: “preservare e tutelare i diritti delle persone che sono state oggetto di [traffico di migranti] come riconosciuto ai sensi del diritto internazionale applicabile, in particolare il diritto alla vita e il diritto a non essere sottoposto a tortura o altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti”.²⁵³ Inoltre, gli Stati devono prendere le misure opportune per fornire ai migranti “trafficati” un’adeguata tutela contro la violenza che può essere loro inflitta sia da singoli individui sia da gruppi, perché sono stati oggetto di traffico, e devono fornire un’assistenza adeguata ai migranti la cui vita, o incolumità, è in pericolo²⁵⁴ per la stessa ragione, tenendo soprattutto “in considerazione le particolari esigenze delle donne e dei bambini”²⁵⁵. Infine, viene previsto che “i migranti non diventano assoggettati all’azione penale [...] per il fatto di essere stati oggetto del traffico”.²⁵⁶

6. I migranti soccorsi in mare

Ogni anno, migliaia di migranti tentano di raggiungere il loro Paese di destinazione attraverso il mare,²⁵⁷ e molti perdono la loro vita durante il viaggio, dato che spesso, o quasi sempre, le barche su cui navigano non sono adatte a trasportare l’eccessivo numero di persone che si trovano a bordo. Il diritto internazionale marittimo, il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto dei rifugiati prevedono un sistema adeguato per il soccorso, la tutela e la salvaguardia della condizione giuridica di questi migranti.

L’art. 98 della *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982* (Convenzione UNCLOS) ha normatizzato un principio consuetudinario di lunga tradizione marittima: l’obbligo del comandante di una nave di assistere chiunque si sia perduto in mare e di prestare soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di

253. Art. 16.1, *Protocollo ONU contro il traffico* (traduzione ufficiosa).

254. Art. 16.2-3, *ibid.*

255. Art. 16.4, *ibid.*

256. Art. 5, *ibid.*

257. Vedi sul sito web dell’ACNUR; <http://www.ACNUR.org/pages/4a1d406060.html>.

pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto.²⁵⁸ Tale obbligo di soccorso è stato anche contemplato dalla *Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974* (Convenzione SOLAS).²⁵⁹

Mentre i comandanti della nave hanno l'obbligo di prestare assistenza immediata, gli Stati costieri devono: “promuovere l'istituzione, l'attivazione e il mantenimento adeguato di un servizio effettivo di ricerca e soccorso relativo alla sicurezza in mare, e, ove le circostanze lo richiedono, di cooperare a questo scopo attraverso accordi regionali con gli Stati limitrofi”.²⁶⁰ La *Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare* (Convenzione SAR) obbliga gli Stati Parte a “[...] garantire che sia prestata assistenza a ogni persona in pericolo in mare [...], senza distinzioni relative alla nazionalità o allo status di tale persona o alle circostanze nelle quali tale persona viene trovata”.²⁶¹ Al fine di attuare questa obbligazione, gli Stati Parte della Convenzione hanno stabilito accordi comuni sulle aree di ricerca e di soccorso (aree SAR).²⁶²

Secondo il diritto internazionale dei diritti umani, il dovere di ricercare e soccorrere le persone in pericolo in mare può derivare dagli obblighi positivi degli Stati di proteggere la vita delle persone soggette alla loro giurisdizione. Nelle acque territoriali, lo Stato ha giurisdizione e, conseguentemente, è evidentemente obbligato secondo il diritto internazionale dei diritti umani ad adottare le misure necessarie per proteggere la vita delle persone presenti in questo spazio.

In alto mare, secondo il diritto internazionale, la competenza giurisdizionale spetterà allo Stato di bandiera, cioè lo Stato in cui è registrata l'imbarcazione che presta soccorso.²⁶³ Inoltre, lo Stato responsabile per una determinata area SAR ha l'obbligo di andare in soccorso e di coordinare l'operazione di salvataggio e le adeguate misure di protezione.²⁶⁴ Secondo il diritto internazionale dei diritti umani, una

258. Art. 98.1, *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, adottata il 10 dicembre 1982 (UNCLOS): “1. Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: (a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; (b) proceda quanto più velocemente possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui si può aspettare da lui tale iniziativa; (c) in caso di collisione, presti soccorso all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all'altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata, e qual è il porto più vicino presso cui farà scalo.”.

259. Vedi, Capitolo V, Regola 33.1 della *Convenzione internazionale per la sicurezza della vita sul mare, 1974* (SOLAS).

260. Vedi, art. 98.2 UNCLOS (traduzione ufficiale). La stessa obbligazione è richiamata dal Capitolo V, Regola 7 SOLAS.

261. *Convenzione internazionale sul salvataggio e la ricerca in mare, 1979* (SAR), capitolo 2.1.10 (traduzione ufficiale).

262. Vedi, Capitolo 2.1.4-8 SAR.

263. Art. 92 in combinato disposto con art. 94 UNCLOS. Vedi anche, *Medvedyev c. Francia*, C.edu, op. cit., nota n. 51, par. 65.

264. Art. 3, *Principi sulle procedure amministrative per lo sbarco di persone salvate in mare*, adottati il 22 gennaio 2009, Doc. No. FAL.3/Circ.194 (Principi sullo sbarco). Vedi anche, *Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare*, Organizzazione Marittima Internazionale (OMI), Risoluzione MSC.167(78) (Linee guida

barca sarà sotto la giurisdizione dello Stato quando le autorità statali esercitano un controllo effettivo o hanno autorità sull'imbarcazione (almeno dal momento dell'intercettazione o del salvataggio e, senza dubbio, dal momento in cui il salvataggio è possibile), o sull'area marina interessata.²⁶⁵

Il Comitato di Aiuto dell'Organizzazione Marittima Internazionale (OMI) ha stabilito una serie di principi rivolti a promuovere il rispetto dei diritti umani e il diritto dei rifugiati nelle operazioni di soccorso,²⁶⁶ sottolineando che, “se una persona salvata esprime il desiderio di chiedere asilo, grande attenzione deve essere prestata per garantire la sicurezza del richiedente asilo. In conseguenza di ciò, quando viene comunicata questa informazione, essa non deve essere diffusa alle autorità del Paese di origine e neppure di quei Paesi in cui la persona possa subire delle minacce”.²⁶⁷ Il Comitato ha inoltre specificato che “un aspetto da prendere in considerazione, nel caso di richiedenti asilo o rifugiati recuperati in mari, consiste nella necessità di evitare lo sbarco nei territori in cui le vite e le libertà di tutti coloro che lamentano un fondato timore di persecuzione sarebbero minacciate.”²⁶⁸

Il Comitato Esecutivo dell'ACNUR ha previsto che gli Stati hanno l'obbligo di garantire che “i comandanti delle navi battenti la loro bandiera osservino scrupolosamente le regole stabilite in materia di salvataggio in mare, e adottino tutte le misure necessarie per salvare sulle barche i rifugiati e gli sfollati in difficoltà provenienti dal loro Paese di origine.”²⁶⁹ Inoltre, “è un obbligo umanitario di tutti gli Stati costieri consentire alle navi in difficoltà di cercare riparo nelle loro acque e concedere l'asilo, o, almeno, emanare un provvedimento di protezione temporaneo alle persone a bordo richiedenti asilo”.²⁷⁰

Le linee guida del Comitato stabiliscono che le misure di intercettazione non devono risultare nella negazione d'accesso alla protezione internazionale dei richiedenti asilo e rifugiati, oppure nel respingimento delle persone bisognose di protezione internazionale, direttamente o indirettamente, verso le frontiere dei territori in cui la loro vita o libertà sarebbero minacciate per uno dei motivi previsti dalla Convenzione

OMI sul salvataggio), adottate il 20 maggio 2004; e, *Linee guida sull'allocazione della responsabilità di cercare una soluzione positiva dei casi di clandestini*, Assemblea OMI, Risoluzione A.871(20), adottata il 27 novembre 1997 (Linee guida OMI sui clandestini).

265. Vedi, *J.H.A. c. Spagna*, CCT, Comunicazione n. 323/2007, Decisione del 21 novembre 2008, par. 8.2; *Xhavara e Quindici Altri c. Italia e Albania*, C.edu, op. cit., nota n. 46; *Medvedyev c. Francia*, C.edu, op. cit., nota n. 51, parr. 66-67.

266. Vedi nota n. 264.

267. Art. 2, *Principi sullo sbarco*. Vedi anche, *Linee guida OMI sul salvataggio*; e, *Linee guida OMI sui clandestini*.

268. *Linee guida OMI sul salvataggio*, par. 6.17 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Linee guida OMI sui clandestini*.

269. *Conclusione n. 14 (XXX) Generale*, CE-ACNUR, 30a Sessione, 1979, par. (d) (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Linee guida pratiche per possessori di barche, i loro agenti e comandanti relative a richiedenti asilo clandestini*, ACNUR, gennaio 1992 (Linee guida ACNUR sui clandestini).

270. *Conclusione n. 15*, ACNUR, op. cit., nota n. 118, par. (c) (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Conclusione n. 23 (XXXII) Problemi relativi al salvataggio dei richiedenti asilo in pericolo in mare*, CE-ACNUR, 32a Sessione, 1981, par. (1); *Conclusione n. 38 (XXXVI) Salvataggio di richiedenti asilo in pericolo in mare*, CE-ACNUR, 36a Sessione, 1985, par. (a).

oppure da altri motivi basati sul diritto internazionale.²⁷¹ In caso di grande affluenza, “i richiedenti asilo soccorsi in mare dovrebbero sempre essere ammessi, almeno con misure provvisorie. Gli Stati dovrebbero contribuire a facilitare il loro sbarco, agendo in conformità con i principi di solidarietà internazionale e di ripartizione degli oneri nella concessione dell’opportunità di reinsediamento.”²⁷²

7. Gli apolidi

Le persone prive di una cittadinanza riconosciuta internazionalmente dagli Stati sono conosciute come “apolidi”. L’ACNUR stima l’esistenza di circa dodici milioni di apolidi, nonostante la difficoltà di fornire una valutazione accurata.²⁷³ Non tutti gli apolidi sono migranti, tuttavia gli apolidi migranti affrontano difficoltà particolari per accedere ai propri diritti (vedi il quarto capitolo in relazione alla detenzione).

La *Convenzione relativa allo status degli apolidi* del 1954 (Convenzione apolidi) definisce con il termine apolide “una persona che nessuno Stato considera come suo cittadino in applicazione della sua legislazione”.²⁷⁴ Questa definizione ha probabilmente acquisito lo status di diritto internazionale consuetudinario.²⁷⁵ Le persone che rientrano in questa definizione sono comunemente denominati apolidi *de jure*. La definizione di apolidi include le persone che si trovano sia all’esterno sia all’interno del loro Paese di origine o di residenza abituale,²⁷⁶ così come i rifugiati che sono stati privati della cittadinanza nel loro Paese di origine, e ai quali si applica la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*.²⁷⁷ Sebbene la definizione sembri richiedere la verifica che un individuo non abbia la nazionalità di uno Stato, in realtà è solamente necessario che siano stati eseguiti gli opportuni controlli negli Stati in cui l’individuo gode di un collegamento rilevante (con riguardo alla nascita sul territorio, la discendenza, il matrimonio o l’abituale residenza).²⁷⁸ A seguito di tali verifiche, la persona interessata dovrebbe essere riconosciuta apolide.

La *Convenzione apolidi* obbliga gli Stati Parti a garantire all’apolide alcuni specifici diritti, che sono prevalentemente identici a quelli previsti dalla *Convenzione*

271. Vedi, *Conclusione n. 97 (LIV) Garanzie di protezione nelle misure di intercettazione*, CE-ACNUR, 54a Sessione, 2003, par. (a)(iv).

272. *Conclusione n. 23*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 270, par. (3) (traduzione ufficiosa).

273. Vedi la pagina web dell’ACNUR: <http://www.ACNUR.org/pages/49c3646c15e.html> (visitata l’11 Ottobre 2010).

274. Art. 1.1, *Convenzione relativa allo status degli apolidi*, adottata il 28 Settembre 1954 (Convenzione sull’apolidia) (traduzione ufficiosa).

275. *The Concept of Stateless Persons under International Law*, Conclusioni generali della riunione di esperti organizzata dall’Ufficio ACNUR a Prato, Italia, 27-28 maggio 2010, par. 2. Rapporto della Commissione di Diritto Internazionale, *Testo del progetto di articoli sulla protezione diplomatica adottati dalla Commissione in prima lettura: commentario all’art. 8*, Assemblea Generale, 59a sessione, Supplemento n. 10 (A/59/10), 2004, pag. 46.

276. *Ibid.*, par. 4.

277. *Ibid.*, par. 5.

278. *Ibid.*, parr. 14 e 22.

di Ginevra sui rifugiati. La maggior parte dei diritti stabilisce una parità di trattamento con altri stranieri, come il diritto di proprietà (art. 13), il diritto d'associazione (art. 15), il diritto a svolgere attività lucrativa (art. 17), il diritto a esercitare un'attività indipendente (art. 18), il diritto a esercitare la libera professione (art. 19), il diritto all'alloggio (art. 21), il diritto a ricevere un'educazione differente dalla scuola primaria (art. 22.2), il diritto alla libera circolazione (art. 26).

Per altri diritti, il godimento da parte degli apolidi è equiparato a quello dei cittadini: la libertà di praticare la religione (art. 4), il diritto alla proprietà intellettuale e industriale (art. 14), il diritto di adire i tribunali (art. 16), il diritto a un trattamento paritario con i cittadini nazionali nel sistema di razionamento (art. 20), il diritto alla pubblica istruzione elementare (art. 22.1), il diritto all'assistenza pubblica (art. 23), il diritto ad un ambiente di lavoro salutare, il diritto a condizioni lavorative eque e il diritto alla sicurezza sociale (art. 24), il diritto alla pari imposizione fiscale coi cittadini (art. 29).

Infine, la *Convenzione apolidi* garantisce agli apolidi alcuni specifici diritti: un particolare diritto di non discriminazione con riguardo alla razza, la religione o al Paese d'origine (art. 3), il diritto a uno status personale (art. 12), il diritto al documento di identità e di viaggio (art. 27 e 28), e specifici diritti e tutele riguardanti le procedure di espulsione (art. 31). Da notare che la *Convenzione apolidi* è stata ratificata solamente da sessantacinque Stati, limitando così gli effetti universali delle sue disposizioni.

Come è stato spiegato sopra, la definizione di apolide ha acquisito lo status di diritto internazionale consuetudinario, vincolando così tutti gli Stati, indipendentemente dal fatto che siano Parte della *Convenzione apolidi*. Tuttavia lo stesso non è stabilito con riguardo agli obblighi in materia di trattamento degli apolidi derivanti dalla stessa Convenzione. In ogni modo, essi sono titolari della vasta gamma di diritti sanciti dal diritto internazionale dei diritti umani che derivano dalla presenza nella giurisdizione dello Stato, senza discriminazioni basate sulla condizione giuridica piuttosto che sulla nazionalità.

All'epoca della costituzione delle norme di tutela dei rifugiati e degli apolidi, le persone che non beneficiavano di una protezione (consolare o diplomatica) al di fuori del proprio Paese di cittadinanza venivano considerati apolidi *de facto*. Posteriormente, il concetto è stato applicato in maniera più ampia. Come illustrato nelle conclusioni di una riunione di esperti in materia, nonostante vi sia un certo disaccordo sulla questione, la nozione di apolidia *de facto* si riferisce alle persone che non possiedono l'effettiva nazionalità di uno Stato e non possono o, per una valida ragione, non vogliono avvalersi della protezione di uno Stato.

Le persone che sono apolidi *de facto* ma non *de jure* non rientrano nella definizione di apolidia prevista dalla *Convenzione apolidi*. Tuttavia, l'*Atto conclusivo della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia* del 1961 consiglia che "le persone che sono apolidi *de facto* siano, per quanto possibile, trattati come apolidi *de jure* per

consentire loro di acquisire una cittadinanza effettiva.”²⁷⁹ Il problema consiste nel fatto che non esiste alcun obbligo giuridico internazionale vincolante in tal senso, e che una definizione univoca dei casi di apolidia non è stata ancora prevista nell’ambito del diritto internazionale.²⁸⁰ È importante per l’operatore del diritto ricordare che tale classificazione non è ancora approvata a livello internazionale e che potrebbe essere contestata a livello nazionale. Nel caso in cui un ordinamento giuridico nazionale riconosce la protezione alle persone apolidi, sarà comunque efficace tentare di utilizzare questi principi. Si deve inoltre ricordare che i diritti della persona apolide *de facto*, sebbene non siano oggetto di alcuna specifica normativa di diritto internazionale, sono richiamati dal diritto internazionale dei diritti umani. Rilevanti sono gli obblighi che vietano la discriminazione e il principio che i diritti devono essere garantiti in modi che siano pratici ed efficaci.²⁸¹

La riunione di esperti ACNUR ha riconosciuto che “i migranti irregolari senza documenti identificativi possono o meno essere in una situazione in cui non possono o non vogliono avvalersi della protezione del loro Paese di cittadinanza.”²⁸² In linea di principio, il migrante richiedente protezione avrebbe dovuto presentare una domanda che non veniva accolta da parte dello Stato di cittadinanza, prima della dichiarazione di apolidia *de facto*. Comunque, una prolungata mancata cooperazione del Paese di cittadinanza nella procedura di identificazione o in altri procedimenti possono essere considerati un rifiuto di protezione, rendendo i migranti apolidi *de facto*.²⁸³ Allo stesso modo, questa condizione può essere soddisfatta anche in una situazione in cui un Paese non sia in grado di esercitare la protezione diplomatica o consolare.

279. Art. I, *Atto finale della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia*, adottato il 30 agosto 1961.

280. La definizione più autorevole, a presente, è quella fornita dalla Riunione d'Esperti ACNUR che ha definito gli apolidi *de facto* come “persone fuori dal loro Paese di cittadinanza che sono incapaci o, per ragioni valide, non vogliono avvalersi della protezione di quel Paese. La Protezione in questo senso si riferisce al diritto alla protezione diplomatica esercitata dallo Stato di cittadinanza per rimediare ad un atto contrario il diritto internazionale contro uno dei suoi cittadini, così come alla protezione ed all'assistenza diplomatica e consolare in generale, e compreso in relazione al ritorno allo Stato di cittadinanza.” *The Concept of Stateless Persons under International Law*, op. cit., nota n. 275, par. II(2). D'altra parte, questa definizione è controversa perché restringe la definizione dell'apolidia di fatto a coloro che si trovino fuori dal loro Paese di cittadinanza: Equal Rights Trust, *Unravelling Anomaly: Detention, Discrimination and the Protection Needs of Stateless Persons*, Londra, luglio 2010, pagg. 63-64. Vedi anche, *Raccomandazione Rec(2009)13 sulla nazionalità dei bambini*, CMCE, Doc. CM/Rec(2009)13, parr. 7-8; e, *Memorandum esplicativo della Raccomandazione sulla nazionalità dei bambini*, CMCE, principio 7, par. 21. La Corte Inter-Americana ha adottato un approccio centrato sulla “cittadinanza effettiva” nel caso *Le Ragazze Yean e Bosico c. la Repubblica Dominicana*, C.IADU, Serie C n. 130, Sentenza del 8 settembre 2005 (Caso Yean e Bosico), par. 142.

281. Vedi, per esempio, CDU, *Commentario Generale n. 31*, op. cit., nota n. 46, par. 10; e l'art. 2.3 PIDESC, che proibisce almeno agli Stati sviluppati di discriminare tra cittadini e stranieri.

282. *The Concept of Stateless Persons under International Law*, op. cit., nota n. 275, par. II(10) (traduzione ufficiosa).

283. Vedi anche, un'analisi sull'apolidia come risultato di una mancanza di cittadinanza effettiva in: Equal Rights Trust, *Unravelling Anomaly*, op. cit., nota n. 280; e Hugh Massey, “ACNUR and de facto statelessness”, in *UNHCR Legal and Protection Policy Research Series*, Department of International Protection, ACNUR, UN Doc. LPPR/2010/01, aprile 2010.

Numerosi trattati impongono agli Stati di emanare dei provvedimenti volti a ridurre l'apolidia, richiamando il diritto a una cittadinanza sancito dall'art. 15 della *Dichiarazione universale dei diritti umani*.²⁸⁴ Tra questi ricordiamo: la *Convenzione sulla riduzione dell'apolidia* del 1961, la *Convenzione europea sulla nazionalità*, e la *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione della condizione di apolide in relazione alla successione dello Stato* del 2006.²⁸⁵ Un'importante tutela per i bambini è prevista dall'art. 7 della *Convenzione sui diritti del fanciullo* secondo cui il bambino “deve essere registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e ad essere allevato da essi [...] in particolare nei casi in cui il fanciullo verrebbe a trovarsi apolide.”²⁸⁶ Rilevante per la situazione dei migranti è l'art. 7 della *Convenzione sulla riduzione dell'apolidia* del 1961 che si occupa degli obblighi per evitare l'apolidia in caso di perdita, modifica o privazione della cittadinanza, prevedendo che “il cittadino di uno Stato Parte non può essere privato della cittadinanza, diventando apolide, a causa di una partenza, di residenza all'estero, mancata registrazione o altri simili motivi”.²⁸⁷

Infine, è importante notare che sia la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* sia la *Convenzione apolidi* prevedono che gli Stati “devono facilitare, quanto più possibile, l'assimilazione e la naturalizzazione dei rifugiati [e degli apolidi]. Devono in modo particolare prodigarsi per accelerare la procedura necessaria per la naturalizzazione e di ridurre il più possibile le tasse e le spese richieste per questa procedura.”²⁸⁸

284. Vedi anche, art. 7 CDF and Art. 24.3 PIDCP.

285. La *Convenzione sulla riduzione dell'apolidia*, 1961, prevede obbligazioni specifiche per gli Stati volte a prevenire casi di apolidia risultanti dalle circostanze in cui una persona è nata (artt. 1-4); da casi di matrimonio, divorzio, legittimazione o adozione (artt. 5-6); o a causa della perdita o rinuncia della cittadinanza, o di procedure di naturalizzazione, partenza, residenza all'estero, non registrazione o altri simili motivi (art. 7) o in caso di trasferimento del territorio di uno Stato ad un altro Stato (art. 10). Prevede che nessuna persona o gruppo possa essere privato della propria cittadinanza per motivi razziali, etnici, religiosi o politici (art. 9).

286. Art. 7 CDF. L'obbligazione è contenuta anche nell'art. 6 CADBB; art. 20 CADU, art. XIX DADDU, art. 2, *Convenzione sulla riduzione dell'apolidia*, 1961.

287. Art. 7.3, *Convenzione sulla riduzione dell'apolidia*, 1961 (traduzione ufficiosa). Si applicano eccezioni a questo principio a sensi dell'art. 7.4 a persone naturalizzate “in base alla residenza all'estero per un periodo di non meno di sette anni consecutivi, specificati dalla legge dello Stato Contraente interessato, se la persona non dichiara alle autorità competenti la sua intenzione di mantenere la propria cittadinanza”.

288. Art. 35, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (traduzione ufficiosa); e art. 31, *Convenzione sull'apolidia*.

Capitolo 2: L'espulsione e il rispetto dei diritti umani

Questo capitolo esamina i limiti fissati dal diritto internazionale dei diritti umani e dal diritto dei rifugiati alla regola generale secondo cui lo Stato ha il diritto di allontanare gli stranieri dal suo territorio, in virtù del principio di sovranità territoriale.²⁸⁹ Il diritto internazionale dei diritti umani ha sviluppato degli strumenti legali importanti per limitare la discrezionalità degli Stati nell'emanazione dei provvedimenti di espulsione. Le limitazioni riguardanti la normativa di diritto sostanziale verranno esposte in questo capitolo, mentre quelle riguardanti le regole procedurali saranno discusse nel terzo capitolo.

I diritti umani, in determinate circostanze, possono essere utilizzati per prevenire o revocare qualsiasi ordinanza di allontanamento di uno straniero (o di un cittadino) dal territorio nazionale. Questo sistema può essere applicato a qualsiasi tipo di trasferimento involontario dal territorio, indipendente da come il trasferimento sia descritto nell'ordinamento nazionale: deportazione, rimozione, estradizione o ogni altro termine.

I diritti umani possono prevedere delle limitazioni sostanziali all'espulsione in due tipologie di situazioni:

1. **Quando esiste un pericolo di violazioni dei diritti umani dopo il rientro (il principio di *non-refoulement*).** Il principio di *non-refoulement* proibisce il trasferimento di una persona in un Paese dove potrebbe far fronte ad un rischio reale di subire delle gravi violazioni dei diritti umani, oppure di essere ulteriormente trasferita in un Paese terzo in cui correrebbe il rischio concreto di subire tali violazioni. Sebbene la responsabilità per la potenziale violazione tocchi lo Stato di invio, l'attenzione è rivolta sulla situazione dei diritti umani nel Paese di destinazione, prendendo in considerazione il potenziale pericolo di violazione dei diritti esistente in seguito al trasferimento.
2. **Quando l'allontanamento da parte dello Stato di invio violerebbe esso stesso i diritti goduti in quello Stato.** L'allontanamento dallo Stato di invio può anche essere contestato in quanto violazione dei diritti che l'individuo gode in quello Stato. In questo caso, la situazione dei diritti umani nello Stato di destinazione è secondaria alla questione se l'espulsione di per sé pregiudichi irreversibilmente il godimento dei diritti della persona espulsa.

I. Il principio di *non-refoulement*

Il principio di *non-refoulement*, che proibisce agli Stati il trasferimento di un individuo in un Paese dove possa correre un rischio reale di persecuzione o di grave violazione dei diritti umani, è un principio fondamentale del diritto internazionale e

²⁸⁹. Vedi, nota n. 43.

costituisce una delle più forti limitazioni al diritto degli Stati di controllare gli ingressi nel proprio territorio e di allontanare gli stranieri in quanto espressione della propria sovranità. Esso ha origine nel diritto internazionale dei rifugiati,²⁹⁰ e nei regolamenti internazionali sull'extradizione.²⁹¹

Nel diritto dei rifugiati, il principio esiste dal 1933 ed è ormai chiaramente una norma di diritto consuetudinario internazionale che vincola tutti gli Stati.²⁹² Nel diritto internazionale dei diritti umani, la base giuridica del principio di *non-refoulement* si trova nell'obbligo di tutti gli Stati di riconoscere, garantire e proteggere i diritti umani di tutte le persone presenti all'interno della propria giurisdizione,²⁹³ e nella condizione che un trattato sui diritti umani venga interpretato e applicato in modo da rendere l'applicazione delle sue norme pratica ed efficace.²⁹⁴

1. Il principio di *non-refoulement* nel diritto internazionale dei rifugiati

Per i rifugiati, sia che sia stata effettuata dal Paese di destinazione una determinazione formale dello status di rifugiato oppure ci si trovi ancora in una fase procedimentale o di richiesta dello status di rifugiato, l'art. 33.1 della *Convenzione relativa allo status dei rifugiati* del 1951 vieta allo Stato di espellere o respingere ("*refouler*"), "in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle

290. Art. 33, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*; e art. II.3, *Convenzione sui rifugiati OAU*.

291. Vedi, inter alia, art. 9, *Convenzione internazionale contro la presa di ostaggi*, adottata il 17 dicembre 1979 con la risoluzione G.A. 146 (XXXIV), UN GAOR, 34a Sess., Supp. No. 46, UN Doc. A/34/46; art. 3, *Convenzione europea sull'extradizione*, adottata il 13 luglio 1957; art. 5 della *Convenzione europea sulla soppressione del terrorismo*, adottata il 27 gennaio 1977; art. 4, *Convenzione inter-americana sull'extradizione*, adottata il 25 febbraio 1981; e art. 3, *Trattato modello ONU sull'extradizione*.

292. Vedi, art. 3, *Convenzione relativa allo status internazionale dei rifugiati*, Società delle Nazioni, adottata il 28 ottobre 1933, Treaty Series Vol. CLIX No. 3663; art. 4, *Disposizioni provvisorie relative allo status dei rifugiati provenienti dalla Germania* del 4 luglio 1938; art. 5, *Convenzione relativa allo status dei rifugiati provenienti dalla Germania*, Società delle Nazioni, adottata il 10 febbraio 1938. Sulla natura consuetudinaria del principio di *non-refoulement* vedi, ACNUR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*, 31 gennaio 1994; ACNUR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 gennaio 2007, par. 15. Vedi anche, *Conclusione n. 6 (XXVIII) Non-Refoulement*, CE-ACNUR, 28a Sessione, 1977, par. (a).

293. Vedi, art. 1 CEDU, art. 2 PIDCP, art. 1 CADUP, e art. 1 CADU. La Convenzione contro la Tortura prevede espressamente il divieto di *non-refoulement* al suo art. 3.

294. Vedi, per esempio, *Soering c. Regno Unito*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 14038/88, 7 luglio 1989, par. 87.

sue opinioni politiche”.²⁹⁵ Questo principio è stato confermato anche da numerosi strumenti di diritto internazionale²⁹⁶ e non può essere derogato.²⁹⁷

Il principio di *non-refoulement* nel diritto dei rifugiati si applica ai rifugiati presenti al confine e nel territorio dello Stato.²⁹⁸ Inoltre, viene applicato anche nelle procedure di estradizione²⁹⁹ e deve essere osservato in tutte le situazioni di afflusso di massa.³⁰⁰ Ciò deriva dalla diretta applicazione dell'art. 33.1 che vieta il *refoulement* “in qualsiasi modo”, includendo tutte le forme di allontanamento della persona dal territorio di asilo o in cui l'asilo è richiesto. Da notare che l'applicazione del principio di *non-refoulement* può condurre al riconoscimento di protezioni umanitarie temporanee e discrezionali (cfr. capitolo primo).

Il divieto di *refoulement* previsto dall'art. 33.1, a differenza della definizione di rifugiato, riguarda i rischi presenti in qualsiasi Paese in cui la persona possa essere rinviata e non necessariamente nel Paese di origine o di residenza abituale. Quindi, vengono inclusi gli Stati terzi che potrebbero trasferire la persona in un Paese non sicuro (*refoulement* indiretto). L'espressione “minaccia alla vita o alla libertà” viene interpretata estensivamente, includendo la definizione di rifugiato, e in modo sufficientemente ampio da ricomprendere la fattispecie di violenza generalizzata che rappresenta una minaccia alla vita o alla libertà della persona, ma che non dà luogo a persecuzione.³⁰¹

Tuttavia, la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* prevede una limitazione al principio che non può essere invocato “da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede oppure costituisca, a

295. Traduzione ACNUR Italia. Vedi, *Conclusione n. 79*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 80, par. (j). Vedi anche, *Conclusione n. 81 (XLVIII) Generale*, CE-ACNUR, 48a Sessione, 1997, par. (i); *Conclusione n. 82 (XLVIII) sulla protezione dell'asilo*, CE-ACNUR, 48a Sessione, 1997, par. (d-i). Vedi anche, *Osservazioni conclusive sul Portogallo*, CDU, UN Doc. CCPR/CO/78/PRT, 17 settembre 2003, par. 83.12. La *Convenzione sui rifugiati OAU* si riferisce alla minaccia all'integrità fisica ed alla libertà per tutti i rifugiati rientranti nella sua estesa definizione. Vedi, Art. 2.3, *Convenzione sui rifugiati OAU*. La *Convenzione sui rifugiati OAU* non ammette eccezioni al principio di *non-refoulement*.

296. Vedi, artt. III e V, *Dichiarazione rivista di Bangkok*; art. 3, *Dichiarazione sull'asilo territoriale* del 1967, risoluzione UNGA 2132(XXII), 14 dicembre 1967; art. II.3, *Convenzione sui rifugiati OAU*; art. 22.8 CADU; *Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati*, Sezione III, par. 5.

297. *Conclusione n. 79*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 80, par. (j). Vedi anche, risoluzione UNGA 51/75, UN Doc. A/RES/51/75, 12 febbraio 1997, par. 3.

298. *Conclusione n. 6*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 292, par. (c). Vedi anche, *Conclusione n. 17 (XXXI) Problemi di estradizione riguardanti i rifugiati*, CE-ACNUR, 31a Sessione, 1980, par. (b). Il bisogno di ammettere rifugiati nel territorio degli Stati include il non respingimento alle frontiere senza una procedura equa ed efficace per determinarne lo status ed i bisogni di protezione: vedi, *Conclusione n. 82*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 295, par. (d-iii).

299. Vedi, *Conclusione n. 17*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 298, parr. (c) e (d).

300. Vedi, *Conclusione n. 19 (XXXI) Rifugio temporaneo*, CE-ACNUR, 31a Sessione, 1980, par. (a); *Conclusione n. 22*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 149, par. (II-A-2).

301. Vedi, ACNUR, *Note on Non-Refoulement (Submitted by the High Commissioner)*, UN Doc. EC/SCP/2, 23 agosto 1977, par. 4; e, Sir Elihu Lauterpacht e Daniel Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, 20 giugno 2001, pagg. 124-125, parr. 128-133.

causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese.”³⁰²

La restrizione al principio di *non-refoulement* nel diritto dei rifugiati riguarda il fatto che il rifugiato rappresenti un “pericolo” per la sicurezza o per la comunità del Paese. Questa costituisce una soglia più alta di quella prevista dall’art. 1 lett. F riguardante l’esclusione dallo status di rifugiato, dato che, in questo caso, le minacce provenienti dalla persone riguardano solo il **futuro** e non attività passate.

La prima restrizione – il pericolo per la sicurezza dello Stato – deve riguardare un pericolo futuro e non essere basata solamente su un comportamento passato, e il pericolo deve sussistere per il Paese di rifugio. Mentre le autorità possiedono una larga discrezionalità nell’identificazione del pericolo, esse devono, nondimeno, condurre un’indagine individuale, fondata sui principi di necessità e di proporzionalità, per verificare i “fondati motivi” per considerare il rifugiato come pericoloso per la sicurezza nazionale. A tal fine le autorità dovranno valutare i seguenti elementi: la gravità del pericolo per la sicurezza nazionale; la probabilità di realizzazione del pericolo e la sua imminenza; se il pericolo alla sicurezza possa diminuire in maniera significativa o essere eliminato dall’allontanamento dell’individuo; la natura e la gravità dei rischi per l’individuo in caso di *refoulement*; e se altre luoghi di trasferimento si possono trovare nel Paese di accoglienza o in un Paese terzo sicuro.³⁰³

La seconda restrizione riguarda il pericolo per la “comunità”, che è da intendersi come la sicurezza e il benessere della popolazione in generale, mentre la sicurezza nazionale prende in considerazione gli interessi dello Stato.³⁰⁴

La condizione di “essere stato ritenuto colpevole con una decisione definitiva di un particolare grave delitto” deve essere valutata in modo sistematico con la clausola di esclusione di cui all’art. 1F(b) che si applica a coloro che hanno compiuto un grave delitto non politico fuori dal Paese di rifugio precedentemente al loro riconoscimento di rifugiato. In conseguenza di ciò, per evitare di ripetere la clausola di esclusione, l’art. 33.2 si riferisce necessariamente ai soli gravi reati compiuti successivamente all’ammissione come rifugiato.

Diversamente dalla *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, la *Direttiva del Consiglio UE n. 2004/83/CE* (Direttiva UE sulle Qualificazioni) unisce i motivi di restrizione dell’applicazione del principio di *non-refoulement* con le clausole di esclusione dello status di rifugiato, includendo tra i motivi di revoca, cessazione o rifiuto del riconoscimento o del rinnovo dello status di rifugiato,³⁰⁵ e tra le clausole di esclusione della

302. Art. 33.2, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (traduzione ACNUR Italia). La *Convenzione sui rifugiati OAU* non prevede eccezioni al principio di *non-refoulement* che è quindi assoluto in Africa.

303. Vedi, Lauterpacht/Bethlehem, *op. cit.*, nota n. 301, pagg. 137-138, par. 178.

304. Vedi, *ibid.*, pag. 140, par. 192.

305. Art. 14.4-5, *Direttiva UE sulle Qualificazioni*, *op. cit.*, nota n. 96.

protezione sussidiaria,³⁰⁶ persone che rappresentano un pericolo per la comunità e per la sicurezza dello Stato di rifugio o di protezione. Questa differenza suggerisce un'interpretazione estensiva dei motivi di esclusione dello status di rifugiato, che non sarebbe necessariamente conforme alla *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*.

2. Il principio di *non-refoulement* nel diritto internazionale dei diritti umani

a) Principi generali

Il principio di *non-refoulement* è ormai consolidato nel diritto internazionale dei diritti umani e viene applicato in tutti i casi di allontanamento di rifugiati, di cittadini e stranieri, migranti compresi, indipendentemente dal loro condizione giuridica. Solo la *Convenzione contro la tortura* afferma esplicitamente il principio, che viene però implicitamente riconosciuto tra gli obblighi degli Stati di protezione dei diritti delle persone soggette alla propria giurisdizione che sarebbero altrimenti violati in un'altra giurisdizione.³⁰⁷ Per l'applicazione del principio di *non-refoulement*, il rischio in caso di rientro deve essere reale, vale a dire una prevedibile conseguenza del trasferimento, e "personale", cioè che riguarda personalmente l'individuo richiedente la protezione.³⁰⁸

Fino ad oggi, il principio di *non-refoulement* è stato rilevato dai tribunali e dalle corti internazionali con riguardo ai rischi di sottoposizione a tortura e a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti; alla protezione del diritto alla vita; oltre ai casi riguardanti la flagrante negazione del giusto processo e di sottoposizione a detenzione arbitraria. È probabile che il divieto si applichi anche alle violazioni più gravi di altri diritti umani. Il Comitato sui Diritti Umani ha ritenuto che il principio di *non-refoulement* protegge dal rischio di violazioni di diritti umani, includendo, non in maniera tassativa, le violazioni del diritto alla vita o al divieto della tortura e altre pene e trattamenti crudeli, inumani o degradanti.³⁰⁹ La Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito che il divieto di *refoulement* protegge "i valori fondamentali delle società democratiche",³¹⁰ tra i quali è incluso il divieto della tortura e altre pene e

306. Art. 17.1(d), *ibid*.

307. Vedi, per esempio, *Soering c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 294, par. 87 e 90. La Corte Europea ha derivato il principio di *non-refoulement* dall'obbligazione degli Stati di "riconoscere" i diritti umani a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione (art. 1 CEDU). In particolare, la Corte ha considerato "il carattere speciale [della CEDU] come trattato per l'applicazione collettiva dei diritti umani e delle libertà fondamentali", e di conseguenza il requisito che "le sue disposizioni siano interpretate ed applicate in maniera tale da rendere le sue garanzie pratiche ed efficaci" (traduzione ufficiosa).

308. CDU, *Commentario Generale* n. 31, *op. cit.*, nota n. 46, par. 12; *Na c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, par. 109, 113; *Saadi c. Italia*, C.edu, GC, Ricorso n. 37201/06, Sentenza del 28 febbraio 2008, par. 125; *Nnyanzi c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 21878/06, Sentenza dell'8 aprile 2008, par. 51; *Cruz Varas e al. c. Svezia*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 15576/89, Sentenza del 20 marzo 1991, par. 69; *Chahal c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43, par. 74; *Soering c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 294, par. 85-91.

309. *Ibid.*, par. 12.

310. *Saadi c. Italia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 127 (traduzione ufficiosa); *Chahal c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43, par. 79.

trattamenti crudeli, inumani o degradanti, il diritto alla vita,³¹¹ e gli aspetti fondamentali del diritto a un equo processo³¹² e alla libertà.³¹³

La giurisprudenza sul divieto di *refoulement* è stata sviluppata maggiormente nel contesto del divieto della tortura e altre pene e trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Tuttavia, alcuni principi generali possono essere identificati e applicati ai casi di *non-refoulement*, senza tener conto del fatto che vengano invocati i rischi di subire la tortura o altre pene e trattamenti crudeli, inumani o degradanti, come verranno esposti in seguito.

Riquadro n. 9. Le donne come gruppo a rischio per l'applicazione del principio di *non-refoulement*

La Corte Europea dei Diritti Umani ha recentemente stabilito che l'espulsione di una donna afgana nel Paese natale avrebbe violato il principio di *non-refoulement* per motivi di maltrattamenti. La Corte ha rilevato che le “donne sono particolarmente soggette a rischi di maltrattamenti in Afghanistan se considerate non conformi ai ruoli di genere loro attribuiti dalla società, dalla tradizione e perfino dal sistema legale”.³¹⁴ La Corte ha ritenuto che aver vissuto per quasi sei anni in Svezia in aggiunta al fatto che la ricorrente aveva cercato di divorziare dal marito, la esporrebbe a “vari rischi cumulativi di rappresaglia, da parte di suo marito e dei suoi familiari, della sua stessa famiglia di origine e della società afgana, in violazione dell’art. 3 CEDU”.³¹⁵

b) L'origine del rischio: attività di soggetti privati

In molti casi, le persone minacciate di espulsione possono esporsi a dei rischi al rientro provenienti da soggetti privati – familiari, criminali, imprese o gruppi armati – piuttosto che dallo Stato. È ampiamente accettato che il rischio di gravi abusi dei diritti umani non deve necessariamente provenire dallo Stato per dare avvio alla protezione di *non-refoulement*, potendo provenire da soggetti non statali, quando lo Stato non vuole o non può proteggere la persona a rischio. Ciò deriva

311. *Bader e Kanbor c. Svezia*, C.edu, Ricorso n. 13284/04, Sentenza dell'8 novembre 2005, par. 48 (riscontrando che la deportazione del ricorrente a rischio di esecuzione capitale violerebbe l'art. 2 CEDU e l'art. 3 CEDU)

312. *Al-Moayad c. Germania*, C.edu, Ricorso n. 35865/03, Decisione sull'ammissibilità, 20 febbraio 2007, parr. 100-102.

313. Vedi, per esempio, *Z e T c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 27034/05, Decisione sull'ammissibilità, 28 febbraio 2006, In diritto.

314. *N. c. Svezia*, C.edu, Ricorso n. 23505/09, Sentenza del 20 luglio 2010, par. 55.

315. *Ibid.*, par. 62 (traduzione ufficiale).

dall'importanza dei diritti a rischio³¹⁶ e dai principi applicabili nel diritto internazionale dei rifugiati.³¹⁷

Il Comitato contro la Tortura è l'unico organo internazionale dei diritti umani che si è allontanato da questo principio, a causa della limitata definizione di tortura prevista dalla *Convenzione contro la tortura*, che esclude il comportamento di soggetti privati.³¹⁸ Tuttavia, anche in questo contesto, il Comitato ha accettato che in situazioni di Paesi lacerati dalla guerra, in cui fazioni non governative hanno il controllo di parte del territorio, il rischio di essere sottoposti a torture da parte di questi soggetti, che esercitano una funzione quasi-governativa, può attivare la protezione di *non-refoulement*.³¹⁹ Il Comitato interpreta restrittivamente questa esenzione che va applicata eccezionalmente agli Stati cosiddetti "falliti".³²⁰

c) Il livello di prova: "fondati motivi per ritenere"

Al fine di dimostrare che il rischio per un individuo che sta per essere trasferito sia "reale", il livello di prova richiesto deve dimostrare che **sussistano fondati motivi di ritenere**³²¹ che la persona **rischi di essere oggetto** di una grave violazione dei suoi diritti umani, e non sulla base di meri sospetti o congetture teoriche. Quindi, il rischio deve essere personale e attuale, e non altamente probabile.³²²

Per provare che il rischio per un individuo che sta per essere trasferito sia "personale", occorre dimostrare che il ricorrente rischi, a livello individuale, di essere

316. *Na c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 110. Vedi anche, *H.L.R. c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43, par. 40; *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 1948/04, Sentenza dell'11 gennaio 2007, parr. 137, 147; *N. c. Finlandia*, C.edu, Ricorso n. 38885/02, Sentenza del 26 luglio 2005, parr. 163-165.

317. ACNUR, *Agenti di Persecuzione*, *op. cit.*, nota n. 78, par. 4. Vedi anche, *Manuale ACNUR*, *op. cit.*, nota n. 65, par. 65; *Osservazioni conclusive sulla Francia*, CDU, Rapporto del Comitato sui Diritti Umani all'Assemblea Generale, 52a Sessione, Vol. I, UN Doc. A/52/40 (1997), par. 408; *Raccomandazione 1440 (2000)*, APCE, *op. cit.*, nota n. 78, par. 6.

318. *G. R. B. c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 83/1997, Decisione del 15 maggio 1998, par. 6.5. Vedi anche, *M.P.S. c. Australia*, CCT, Comunicazione n. 138/1999, Decisione del 30 aprile 2002, par. 7.4; *S.C. et al. c. Canada*, CCT, Comunicazione n. 49/1996, Decisione del 15 maggio 2001, par. 9.5.

319. *Sadiq Shek Elmi c. Australia*, CCT, Comunicazione n. 120/1998, Decisione del 25 maggio 1999, par. 6.5.

320. *H.M.H.I. c. Australia*, CCT, Comunicazione n. 177/2001, Decisione del 1 maggio 2002, parr. 6.4-6.6.

321. *Na c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, parr. 109, 113; *Saadi c. Italia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 125; *Nnyanzi c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 51; Cruz Varas e al. c. Svezia, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 69; Chahal c. Regno Unito, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43, par. 74; Soering c. Regno Unito, C.edu, *op. cit.*, nota n. 294, parr. 85-91. Vedi anche, *Haydin c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 101/1997, Decisione del 16 dicembre 1998, par. 6.5; *C. T. e K. M. c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 279/2005, Decisione del 22 gennaio 2007, par. 7.3; e *A. R. J. c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 692/1996**, Decisione del 11 agosto 1997, par. 6.14.

322. *Haydin c. Svezia*, C.edu, *op. cit.*, par. 6.5. Vedi anche, *C. T. e K. M. c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 279/2005, Decisione del 22 gennaio 2007, par. 7.3. Ciò è in contrasto, per esempio, con la pratica seguita negli Stati Uniti d'America di applicare uno standard di "più probabile che no" nelle procedure di *non-refoulement* che il Comitato sui Diritti Umani ha considerato non essere compatibile con il principio di *non-refoulement* ai sensi dell'art. 7 PIDCP. Vedi, *Osservazioni conclusive su USA*, CDU, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3, 15 settembre 2006.

oggetto di una grave violazione dei suoi diritti umani se trasferito. Tuttavia, la persona non deve dimostrare di essere presa di mira individualmente.

Mentre la dimostrazione del rischio individuale in sé potrebbe essere difficile, esistono due tipi di situazioni in cui sarà più facile da dimostrare. La prima è quando si riesce a dimostrare che lo Stato nel quale la persona sta per essere trasferita viola i diritti (o non riesce a proteggere l'individuo da tali violazioni) di persone che si trovano in circostanze simili: i membri della stessa religione, etnia, partito politico o associazione, sospetti terroristi, detenuti (qualora esista il rischio di essere soggetti a detenzione una volta rimpatriati), o richiedenti asilo in altri Stati. In tali casi, sarà necessario dimostrare una pratica diffusa o generalizzata contro il gruppo di appartenenza e un legame esistente tra la persona da espellere e il gruppo. Da notare che il collegamento con il gruppo deve essere stretto, poiché la mera appartenenza al gruppo rischia di essere insufficiente qualora solo certe categorie del gruppo vengono prese di mira: ad esempio, gli alti dirigenti di un partito politico di opposizione.³²³ Talvolta il rischio può essere riconosciuto con riferimento a un ampio o generico gruppo: tutte le persone arrestate e accusate di reati penali³²⁴ o tutti coloro che scontano una pena detentiva.³²⁵ In merito alla seconda opzione, si deve notare che gli organismi internazionali dei diritti umani possono, in circostanze estreme, riconoscere la protezione di *non-refoulement* per situazioni generali di violenza esistenti nel Paese di destinazione, in cui il rischio reale risiede nella mera esposizione dell'individuo a tale violenza a seguito del suo ritorno.³²⁶

Nel considerare la situazione di persone sottoposte a tortura o a maltrattamenti, le prove prodotte riguardanti precedenti violazioni dei diritti umani subite dal ricorrente potranno rinforzare il caso di *non-refoulement*, in particolare quando sono relativamente recenti. Gli organismi internazionali dei diritti umani prenderanno in considerazione i referti medici per determinare se il ricorrente ha sofferto di disordini mentali o di stress post-traumatico riconducibile a tali avvenimenti.³²⁷ I “fondati

323. *Zhakhongir Maksudov e al. c. Kirghizistan*, CDU, Comunicazioni n. 1461,1462,1476 & 1477/2006*, Decisione del 31 luglio 2008, par. 12.5; *Na c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 308, parr. 116-117. Vedi anche, *Saadi c. Italia*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 132. *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 316, par. 148; *Isakov c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 14049/08, Sentenza del 8 luglio 2010, par. 109; *Yuldashev c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 1248/09, 8 luglio 2010, par. 83 (detenuti); *S.H. c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 19956/06, Sentenza del 15 giugno 2010 (dove la Corte ha riscontrato che la chiusura del governo del Bhutan assieme alle politiche di discriminazione contro le persone di etnia nepalese sarebbero sufficienti a far scattare la protezione di *non-refoulement*); *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, GC, Ricorso n. 30696/09, Sentenza del 21 gennaio 2011, parr. 296-297.

324. *Khodzhayev c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 52466/08, Sentenza del 12 maggio 2010.

325. *Kolesnik c. Russia*, C.edu, Ricorso n.26876/08, Sentenza del 17 luglio 2010, par.72.

326. *Na c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 115, e vedi parr. 113-114; *Haydin c. Svezia*, CCT, op. cit., nota n. 322, par. 6.3. Vedi anche, inter alia, *C. T. e K. M. c. Svezia*, CCT, op. cit., nota n. 322, par. 7.2; *G. R. B. c. Svezia*, CCT, op. cit., nota n. 318, par. 6.3; *Mortesa Aemei c. Svizzera*, CCT, Comunicazione n. 34/1995, Decisione del 29 maggio 1997, par. 9.4.

327. Vedi, *B.S.S. c. Canada*, CCT, Comunicazione n. 183/2001, Decisione del 17 maggio 2004, par. 11.4, dove il Comitato ha sostenuto che “anche se fosse presunto che il ricorrente fosse stato torturato dalla polizia del Punjab, non segue automaticamente che, tredici anni dopo gli eventi presunti, egli sarebbe ancora a rischio di essere soggetto alla tortura se rimandato in India” (traduzione ufficiosa). Comunque si veda anche, *Dadar*

motivi” per ritenere che il ritorno o l’espulsione esporrebbe il ricorrente al rischio di gravi violazioni dei suoi diritti umani possono fondarsi non solo sugli atti commessi nel Paese di origine, ossia **prima** della sua fuga dal Paese, ma anche da attività da lui intraprese nel Paese di accoglienza.³²⁸

Il rischio per la persona in attesa di trasferimento, riguardante sia la sua situazione specifica o quella generale che può incontrare nel Paese di destinazione, deve essere valutato sulla base di quanto “era conosciuto, o avrebbe dovuto essere conosciuto, autorità dello Stato al momento del trasferimento del ricorrente”.³²⁹ Tuttavia, se il trasferimento non è stato eseguito nel periodo in cui l’organismo internazionale dei diritti umani sta esaminando la controversia, la situazione nel Paese di espulsione sarà valutata alla luce delle informazioni disponibili al momento della discussione.³³⁰

Generalmente, gli organismi internazionali dei diritti umani lasciano al giudice nazionale la valutazione dei fatti, mentre con riferimento alle questioni di *non-refoulement* essi verificheranno se le autorità nazionali abbiano valutato correttamente gli elementi di prova prodotti per invocare la tutela del *non-refoulement*.³³¹

Tutti gli elementi di prova rilevanti saranno presi in considerazione, riguardanti: il rischio personale dell’individuo; la situazione generale di violenza; il fatto che il gruppo di appartenenza sia soggetto a gravi violazioni dei diritti umani; la valutazione del comportamento dello Stato che non sia in grado o non voglia proteggere la persona da tali violazioni.³³² La valutazione delle prove deve essere globale e non particolare.³³³ Lo Stato non può fare affidamento unicamente sulle valutazioni delle sue autorità nazionali, senza considerare le affermazioni proposte dal ricorrente. In particolare, lo Stato deve dimostrare che, in piena indipendenza, le autorità decidenti abbiano valutato *in toto* tutti gli elementi che possono dimostrare il rischio. I ricorsi che sono stati rigettati per motivi meramente procedurali o basandosi ciecamente sulla valutazione governativa del rischio molto probabilmente non

c. *Canada*, CDU, Comunicazione n. 258/2004, Decisione del 5 dicembre 2005, par. 8.6, dove il Comitato non esclude il rischio di tortura per il fatto che la detenzione del ricorrente ebbe luogo tra il 1979 ed il 1987, perché il ricorrente era ancora attivo nei movimenti di opposizione al governo iraniano. Vedi, A.F. c. *Svezia*, CCT, Comunicazione n. 89/1997, Decisione del 8 maggio 1998, par. 6.5.

328. *Mortesa Aemei c. Svizzera*, CCT, op. cit., nota n. 326, par. 9.5.

329. *Agiza c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 233/2003*, Decisione del 24 maggio 2005, par. 13.4 (traduzione ufficiosa); *Nnyanzi c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 56; *Vilvarajah e al. c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43, par. 107; *Zhakhongir Maksudov e al. c. Kirghizistan*, CDU, op. cit., nota n. 323, par. 12.4.

330. *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 316, par. 136; *Na c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 112; *Saadi c. Italia*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 133; *Cruz Varas e al. c. Svezia*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 76.

331. *Nakrash e Qifan c. Svezia*, CDU, Comunicazione n. 1540/2007*, Decisione del 19 novembre 2008, par. 7.3. Vedi anche, *Tarlue c. Canada*, CDU, Comunicazione n. 1551/2007**, Decisione del 28 aprile 2009, par. 7.4; *Dadar c. Canada*, CDU, op. cit., nota n. 327, par. 8.8. Vedi anche, *Singh Sogi c. Canada*, CCT, Comunicazione n. 297/2006, Decisione del 29 novembre 2007, par. 10.3; *Rubin Byahuranga c. Danimarca*, CDU, Comunicazione n. 1222/2003, Decisione del 9 dicembre 2004, par. 110.

332. *Zhakhongir Maksudov e al. c. Kirghizistan*, CDU, op. cit., nota n. 323, par. 12.4.

333. *Na c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 130.

aiuteranno lo Stato a dimostrare di aver pienamente rispettato i propri obblighi di *non-refoulement*.³³⁴

Al fine di valutare altri fattori rilevanti, come la situazione generale del Paese, l'esposizione al rischio di un particolare gruppo o la mancata protezione da parte dello Stato, si farà riferimento alle decisioni giudiziarie e ai rapporti provenienti da altri Stati Parte, dalle agenzie e organizzazioni internazionali come l'ACNUR, da organismi internazionali dei diritti umani e da ONG affidabili.³³⁵

Nei casi di *non-refoulement*, la Corte Europea dei Diritti Umani ha chiarito che, per le informazioni riguardanti il Paese, "occorre prestare attenzione alla fonte, in particolare alla sua indipendenza, affidabilità e obiettività. Con riguardo ai rapporti presentati, bisognerà considerare i seguenti elementi: l'autorità e la reputazione dell'autore, la serietà delle indagini utilizzate per compilare il rapporto, la coerenza nelle conclusioni e la loro conferma da altre fonti di informazioni. [...] [U]lteriore considerazione va prestata alla presenza dell'autore dell'informazione nel Paese e alla sua capacità di presentare le informazioni relative al Paese in questione."³³⁶ Nella loro valutazione, gli organismi internazionali dei diritti umani prenderanno in considerazione il materiale messo a loro disposizione dalle parti e se necessario disporranno autonomamente ulteriori ricerche.³³⁷

La giurisprudenza internazionale sulla tortura ha stabilito il principio che la mancata ratifica o sottoscrizione degli strumenti internazionali di protezione, volti a contrastare o impedire il rischio di violazione di quel particolare diritto nel Paese di destinazione, può rafforzare il riconoscimento dell'esistenza del rischio, quando l'esistenza di tale rischio è stata riconosciuta al ricorrente.³³⁸ Inoltre, va notato che, anche quando esiste una legislazione nazionale oppure lo Stato ha ratificato gli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani, ciò non sarà ritenuto sufficiente,

334. *Rubin Byahuranga c. Danimarca*, CDU, *op. cit.*, nota n. 331, parr. 11.2 – 11.4; *Hussain Khan c. Canada*, CCT, Comunicazione n. 15/1994, Decisione del 18 novembre 1994, par. 12.3; *Mortesa Aemei c. Svizzera*, CCT, *op. cit.*, nota n. 326, par. 9.8: "Nel caso in merito, il rifiuto delle competenti autorità svizzere di considerare la richiesta del ricorrente alla revisione, basata su un mero ragionamento di natura procedurale, non sembra giustificata alla luce dell'art. 3 della Convenzione" (traduzione ufficiale).

335. *Arkauz Arana c. Francia*, CCT, Comunicazione n. 63/1997, Decisione del 5 giugno 2000, par. 11.4; *Mutombo c. Svizzera*, CCT, Comunicazione n. 13/1993, Decisione del 27 aprile 1994, par. 9.5. Vedi anche, *Karoui c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 185/2001, Decisione del 25 maggio 2002, par. 9; *Mortesa Aemei c. Svizzera*, CCT, *op. cit.*, nota n. 326, par. 9.9; *Paku Kisoki c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 41/1996, Decisione del 8 maggio 1996, par. 9.5; *Pelit c. Azerbaigian*, CCT, Comunicazione n. 281/2005, Decisione del 29 maggio 2007 par. 11; *X, Y e Z c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 61/1996, Decisione del 6 maggio 1998, par. 11.5; *Na c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, parr. 119, 122; *Dbouba c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 15916/09, Sentenza del 13 luglio 2010, parr. 42-43; *M.B. e al. c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 36009/08, Sentenza del 15 giugno 2010, parr. 32-33.

336. *Na c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, parr. 120-121 (traduzione ufficiale).

337. *Ibid.*, par. 119. *Nnyanzi c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 52; *Saadi c. Italia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, parr. 128-130.

338. *Mutombo c. Svizzera*, CCT, *op. cit.*, nota n. 335, par. 12.5.

se le relazioni dimostrano l'uso o la tolleranza di queste violazioni dei diritti umani da parte delle autorità nazionali.³³⁹

Il fatto che il caso di espulsione o asilo “abbia ricevuto ampia diffusione pubblica” potrebbe essere un fattore per avvalorare la necessità di prevenire il *refoulement*, se vi è la prova che questa pubblicità può scatenare la ritorsione degli agenti pubblici o privati, specialmente qualora il ricorrente non è stato l'artefice principale che ha generato tale clamore.³⁴⁰

Nel caso particolare in cui viene stabilito il rischio della pena di morte nel Paese di destinazione, il Comitato sui Diritti Umani ha ricordato che “non è necessario provare, come suggerito dallo Stato Parte, che l'autore “sarà” condannato a morte [...], ma che vi sia un “rischio reale” di subire una condanna a morte. In conseguenza di ciò, non viene accettata l'ipotesi formulata dallo Stato Parte che una persona debba essere condannata a morte per dimostrare il “rischio reale” di una violazione al diritto alla vita.”³⁴¹ Il Comitato sui Diritti Umani ha anche precisato che, nei casi che non implicano l'estradizione, “un rischio reale è da dedurre dall'intenzione del Paese in cui la persona interessata deve essere deportata, e dal comportamento mostrato dal Paese in casi simili.”³⁴²

d) L'onere della prova

Nell'ambito delle procedure internazionali dei diritti umani, l'onere di presentare un caso sostenibile spetta al ricorrente. Tuttavia, dopo che il ricorrente ha fornito le informazioni necessarie che potranno essere verificate dalle autorità, l'onere si sposta allo Stato Parte che deve giustificare il rifiuto a concedere la tutela del *non-refoulement*.³⁴³

Si deve tenere presente che l'onere della prova è legato al sistema legale di prove. Pertanto, il ricorrente dovrà presentare informazioni sufficienti a dimostrare l'esistenza di un rischio probabile, cioè reale, personale e prevedibile. Sarà poi compito dello Stato di confutare le prove presentate o fornire nuove informazioni a sostegno dell'inapplicabilità della tutela del *non-refoulement*. Nella situazione in cui lo Stato ricevente avesse già concesso lo status di rifugiato che ha successivamente revocato, spetterà allo Stato dimostrare che l'originaria determinazione del pericolo

339. *Muminov c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 42502/06, Sentenza dell'11 dicembre 2008, par. 96; *Saadi c. Italia*, op. cit., nota n. 308 par. 147; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, par. 353.

340. *Sadiq Shek Elmi c. Australia*, CCT, op. cit., nota n. 319, par. 6.8; *N. c. Finlandia*, C.edu, op. cit., nota n. 316, par. 165.

341. *Kwok Yin Fong c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 1442/2005*, Decisione del 23 novembre 2009; par. 9.6 (traduzione ufficiale).

342. *G. T. c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 706/1996**, Decisione del 4 dicembre 1997, par. 8.4 (traduzione ufficiale).

343. *A. S. c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 149/1999, Decisione del 15 febbraio 2001, par. 8.6; *Na c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 308, parr. 110 and 111.

di persecuzione ha cessato di esistere.³⁴⁴ Inoltre, quando lo Stato è a conoscenza, o avrebbe dovuto esserlo, del rischio che il trasferimento della persona possa produrre gravi violazioni dei suoi diritti umani, il fatto che la persona non invochi tale preoccupazione non è una ragione valida per il mancato esame dell'applicabilità del principio di *non-refoulement*.³⁴⁵

e) I diritti assoluti e l'obbligazione di *non-refoulement*

Quando, a seguito del trasferimento della persona, può essere violato un diritto assoluto (come il divieto della tortura o altre pene e trattamenti crudeli, inumani o degradanti) è chiaramente stabilito che il principio di *non-refoulement* ha un valore assoluto, non essendo soggetto ad alcuna eccezione di natura pratica o giuridica.³⁴⁶

Questa regola fondamentale si applica a tutti i casi di espulsione, senza tener conto di valutazioni relative alla sicurezza nazionale, o altri rilevanti interessi pubblici, pressioni economiche o elevato afflusso di migranti.³⁴⁷ In questi casi, l'applicazione del principio di *non-refoulement* è più estesa rispetto all'equivalente protezione riconosciuta nel diritto dei rifugiati.³⁴⁸ Non esiste nella normativa sui diritti umani un equivalente alle limitazioni contenute nell'art. 33.2 della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, che esclude dalla protezione le persone che costituiscono una minaccia o che hanno compiuto un grave crimine (vedi sopra nella prima sezione).

In conseguenza di ciò, se nel procedimento di espulsione viene considerato solo il fatto che il ricorrente possa essere vittima di persecuzione secondo la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, tale motivazione non sarà sufficiente per le finalità del diritto internazionale dei diritti umani, dato che le autorità nazionali devono affrontare direttamente il problema sul rischio reale di gravi violazioni di diritti umani nel Paese di destinazione, senza tener conto del potenziale status di rifugiato del ricorrente.³⁴⁹

Come risulta anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ciò che conta non sono le ragioni per l'espulsione, ma **solo** il rischio di gravi violazioni

344. C. c. *Australia*, CDU, Comunicazione n. 900/1999, Decisione del 13 novembre 2002, par. 8.5.

345. Vedi, M.S.S. c. *Belgio e Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, parr. 346-359.

346. *Zhakhongir Maksudov e al. c. Kirghizistan*, CDU, op. cit., nota n. 323, par. 12.4; *Tapia Paez c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 39/1996, Decisione del 28 aprile 1997, par. 14.5; *Tebourski c. Francia*, CCT, Comunicazione n. 300/2006, Decisione dell'11 maggio 2007, parr. 8.2 and 8.3: "Una volta che una persona faccia riferimento al rischio di tortura ai sensi dei criteri contenuti nell'art. 3, gli Stati Parte non possono più fare riferimento a preoccupazioni interne come motivi per non adempiere la propria obbligazione in base alla Convenzione di garantire la protezione a chiunque sia sottoposto alla propria giurisdizione e tema di essere in grave pericolo di essere torturato se rimandato in un altro Paese" (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Dadar c. Canada*, CDU, op. cit., nota n. 327, par. 8.8; e *Osservazioni conclusive sulla Slovenia*, CCT, Rapporto del Comitato contro la Tortura all'Assemblea Generale, 55a sessione, UN Doc. CAT A/55/44, pag. 34 (2000), par. 206; *Saadi c. Italia*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 127; *Chahal c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43, par. 79.

347. M.S.S. c. *Belgio e Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, parr. 223-224.

348. *Saadi c. Italia*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 138; *Chahal c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43, par. 80.

349. *Ryabikin c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 8320/04, Sentenza del 19 giugno 2008, par. 120.

dei diritti umani nel Paese di destinazione.³⁵⁰ La Corte ha dichiarato nel caso *Saadi c. Italia* che, coerentemente con la natura assoluta dell'art. 3 CEDU, la tutela della sicurezza nazionale non può giustificare un'accettazione del rischio di subire la tortura o trattamenti inumani e degradanti.³⁵¹

f) Le garanzie diplomatiche

Lo Stato talvolta sembra cercar di eludere i propri obblighi di *non-refoulement* mediante l'uso di garanzie diplomatiche, richieste dallo Stato di espulsione e fornite dal Paese di destinazione che dichiara formalmente che la persona da trasferire non sarà sottoposta a pratiche di violazioni dei diritti umani. L'operazione diplomatica dello Stato di ricevimento potrebbe limitarsi a prevedere una semplice promessa che la persona interessata non sarà sottoposta a tortura o altri maltrattamenti e violazioni dei diritti umani, oppure prevedere degli accordi complessi che includono il monitoraggio della persona trasferita in stato di detenzione.

Le garanzie diplomatiche, quando siano verificabili e fornite da un organismo governativo affidabile, sono spesso considerate come un mezzo accettabile per evitare il rischio di imposizione della pena di morte. Tuttavia, tali garanzie sono criticabili quando sono utilizzate per giustificare la deportazione o l'estradizione in Paesi dove esiste il rischio di subire la tortura o altri maltrattamenti, dato che la tortura è una pratica illegale e quasi sempre clandestina.

L'efficacia di tali garanzie viene spesso messa in discussione dal fatto che esse non possiedono una forza esecutiva giustiziabile, in quanto non producono effetti giuridici e non possono essere fatte valere davanti ad un tribunale. Tali garanzie vengono generalmente richieste agli Stati che non tengono conto degli obblighi giuridici vincolanti per prevenire la tortura e i maltrattamenti.³⁵²

La giurisprudenza dei tribunali internazionali dei diritti umani, gli organismi previsti dai trattati ed meccanismi di esperti hanno stabilito che l'esistenza di tali garanzie

350. *Saadi c. Italia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par.138

351. *Ibid.*, par.140. Ciò è stato ulteriormente sottolineato dalla Corte in casi successivi e compresi i casi *Ismoilov e al. c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 2947/06, Sentenza del 24 aprile 2008, par. 126; e *Baysakov e al. c. Ucraina*, C.edu, Ricorso n. 54131/08, Sentenza del 18 febbraio 2010, par. 51.

352. Vedi, Manfred Nowak, Relatore Speciale ONU sulla Tortura, *Rapporto Annuale all'Assemblea Generale*, UN Doc. A/60/316, 30 agosto 2005 (Rapporto di Nowak 2005); Alta Commissaria ONU per i Diritti Umani, Louise Arbour, *Comunicazione al Gruppo di Esperti su Diritti Umani e la Lotta al Terrorismo del Consiglio d'Europa*, 29-31 maggio 2006; EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *The Human Rights Responsibilities of the EU Member States in the Context of the CIA Activities in Europe* ("Extraordinary Renditions"), Opinione n. 3-2006, Doc. No. CFR-CDF.Opinion3.2006, 25 maggio 2006; Parlamento Europeo, *Risoluzione sul uso presunto di Paesi Europei da parte della CIA per il trasporto e la detenzione illegale di prigionieri*, 14 febbraio 2007, Risoluzione n. P6_TA (2007)0032; *Opinion on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in Respect of Secret Detention Facilities and Inter-State Transport of Prisoners*, Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia), Opinione n. 363/2005, CoE Doc. CDL-AD(2006)009, 17 marzo 2006; Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, Thomas Hammarberg, *Viewpoint: 'The protection against torture must be strengthened'*, 18 febbraio 2008; CPT, *150 Rapporto Generale*, 22 settembre 2005, par. 38-40.

diplomatiche non possono aggirare l'applicazione del principio di *non-refoulement*, autorizzando automaticamente un trasferimento che sarebbe vietato.³⁵³ Per valutare se le garanzie diplomatiche fornite siano efficaci e sufficienti, ogni particolare situazione va valutata individualmente per determinare se il trasferimento possa essere eseguito. Tuttavia, come ha ritenuto più volte la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, è altamente improbabile che tali garanzie siano ritenute sufficienti per consentire il trasferimento in Paesi dove ci sono fonti attendibili che le autorità ricorrono o tollerano la tortura o altri maltrattamenti.³⁵⁴

I tribunali internazionali dei diritti umani e gli organismi previsti dai trattati non hanno ancora approvato il trasferimento di persone sulla base di assicurazioni diplomatiche contro la tortura, anche quando erano stati predisposti elaborati meccanismi di controllo.³⁵⁵ Tuttavia, questi organismi internazionali non hanno escluso in linea di principio che tali garanzie possano ritenersi sufficienti, quando vi sia un meccanismo concreto per il controllo della loro applicazione con modalità per assicurare la loro effettiva attuazione. Infatti, dopo aver rigettato le garanzie diplomatiche con meccanismi di controllo, i tribunali internazionali dei diritti umani e gli organismi previsti dai trattati hanno indicato che per essere accettabile il meccanismo di monitoraggio deve almeno cominciare a funzionare subito dopo l'arrivo della persona interessata nello Stato di destinazione, consentendo l'accesso in privato con il detenuto a un osservatore indipendente e, in qualsiasi momento, ai medici e agli esperti medico-legali.³⁵⁶ L'attività di monitoraggio effettuata deve essere "obiettiva, imparziale e sufficientemente affidabile sia nella realtà sia nella percezione dell'interessato."³⁵⁷ Le garanzie dovrebbero essere fornite da un'autorità

353. *Osservazioni Conclusive sulla Francia*, CDU, op. cit., nota n. 187, par. 20; *Osservazioni Conclusive sulla Russia*, CDU, UN Doc. CCPR/C/RUS/CO/6, 24 novembre 2009, par. 17. Il Comitato contro la Tortura ha categoricamente dichiarato che "in nessuna circostanza le garanzie diplomatiche possono essere usate come una salvaguardia contro la tortura o il maltrattamento quando vi siano motivi sostanziali per credere che una persona sarebbe in pericolo di essere oggetto di tortura o maltrattamenti dopo il rientro" (traduzione ufficiosa), *Osservazioni Conclusive sulla Spagna*, CCT, op. cit., nota n. 239, par. 13; *Saadi c. Italia*, C.edu, op. cit., nota n. 308, parr.147-148; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, parr. 353-354.

354. *Saadi c. Italia*, C.edu, op. cit., nota n. 308, parr.147-148; *Ryabikin c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 349, par. 119; *Gafarov c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 25404/2009, Sentenza del 21 ottobre 2010; *Ben Khemais c. Italia*, C.edu, Ricorso n. 246/07, Sentenza del 24 febbraio 2009, par. 61; *Ismoilov e al. c. Russia*, C.EDU, op. cit., nota n. 351, par.127.

355. Solo in un caso, *Attia c. Svezia*, CCT, Comunicazione n.199/2002, Decisione del 24 novembre 2003, il Comitato contro la Tortura ha riscontrato che le assicurazioni diplomatiche soggette ad un monitoraggio sarebbero sufficienti a proteggere contro il maltrattamento; comunque, nel caso posteriore di *Agiza c. Svezia*, CCT, op. cit., nota n. 329, il Comitato ha dichiarato che la sua decisione in *Attia* era basata su informazioni incomplete e che le assicurazioni ivi considerate non avevano prevenuto la tortura del ricorrente nel caso *Agiza*. Nel caso *Agiza* il CCT ha dichiarato che "l'ottenimento di assicurazioni diplomatiche, che inoltre non prevedevano alcun meccanismo per la loro applicazione, non erano sufficienti a proteggere contro il rischio manifesto [di maltrattamenti]." (traduzione ufficiosa)

356. *Alzery c. Svezia*, CDU, Comunicazione n. 1416/2005, Decisione del 10 novembre 2006, par. 11.5; *Zhakhongir Maksudov e al. c. Kirghizistan*, CDU, op. cit., nota n. 323, parr. 12.5-12.6; *Osservazioni Conclusive sulla Danimarca*, CDU, UN Doc. CCPR/C/DNK/CO/5, 16 dicembre 2008, par. 10.

357. *Pelit c. Azerbaigian*, CCT, op. cit., nota n. 335, par. 11; *Ryabikin c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 349, par. 119 (traduzione ufficiosa).

autorizzata dello Stato di destinazione, il quale deve avere un efficace sistema di prevenzione della tortura.³⁵⁸ Nonostante ciò, anche se tali livelli elevati di tutela si applicano, l'ex Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla tortura ha affermato che “le garanzie diplomatiche in materia di tortura costituiscono unicamente dei tentativi di eludere il divieto assoluto di tortura e di *refoulement*.”³⁵⁹

g) Il luogo di trasferimento: *refoulement* indiretto e differenze regionali

Il principio di *non-refoulement* si applica sia ai trasferimenti verso Stati dove la persona sarà a rischio (*refoulement* diretto) sia ai trasferimenti verso Stati in cui esiste un rischio di ulteriore trasferimento verso un Paese terzo dove la persona si troverà a rischio (*refoulement* indiretto).³⁶⁰

Nel considerare se vi sia una violazione del principio di *non-refoulement*, l'esatta posizione all'interno di un Paese in cui la persona deve essere trasferita può essere importante. Se una persona può essere tranquillamente spostata in una parte del Paese, senza correre il rischio di violazione, l'obbligazione di *non-refoulement* non sarà violata.³⁶¹ Inoltre, alcuni elementi da tenere in considerazione riguardano il carattere federale o unitario dello Stato di destinazione e il controllo del governo centrale sui soggetti da cui si teme la violazione. In ogni caso, il trasferimento a una zona di sicurezza del Paese non deve di per sé mettere la persona a rischio di essere soggetta a tale trattamento illegale. Tuttavia, la preoccupazione di *non-refoulement* persisterà se la persona non può viaggiare, entrare e sistemarsi nella zona interessata senza essere libera da rischi o di finire in una parte del Paese in cui potrebbe essere esposta a violazioni.³⁶²

Riquadro n. 10. Il regolamento Dublino II

Il *Regolamento (CE) dell'Unione Europea n. 343/2003* (“Regolamento Dublino II”) stabilisce che solamente uno Stato Membro possa esaminare la domanda d'asilo presentata da un cittadino di un Paese terzo e determina i criteri per identificare lo Stato Membro competente ad esaminare tale richiesta. In via eccezionale, lo Stato mantiene la discrezionalità di esaminare una domanda d'asilo che gli è stata presentata, diventando lo Stato Membro competente

358. *Soldatenko c. Ucraina*, C.edu, Ricorso n. 2440/07, Sentenza del 23 ottobre 2008, par. 73.

359. Nowak, *Rapporto 2005*, op. cit., nota n. 352, par. 32 (traduzione ufficiosa).

360. CDU, *Commentario Generale n. 31*, op. cit., nota n. 46, par. 12; *Commentario Generale n. 1: Applicazione dell'art. 3 della Convenzione nel contesto dell'art. 22 CCT*, UN Doc. A/53/44, appendice IX, 21 novembre 1997, par. 2; *Hamayak Korban c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 88/1997, Decisione del 16 novembre 1998, par. 7; *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 316, par. 141; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, par. 342.

361. *B.S.S. c. Canada*, CCT, op. cit., nota n. 327, par. 11.5.

362. *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 316, par. 141.

per tale richiesta, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel Regolamento Dublino II.³⁶³

Il Regolamento prevede una gerarchia di criteri per la determinazione dello Stato Membro competente a esaminare la domanda d'asilo sulla base della situazione esistente al momento in cui la richiesta d'asilo è stata presentata per la prima volta.³⁶⁴ La gerarchia dei criteri è la seguente:

1. La presenza di un familiare: la competenza spetta allo Stato in cui un membro della famiglia del richiedente asilo è già stato autorizzato a soggiornare in qualità di rifugiato o di richiedente asilo.³⁶⁵
2. La titolarità di un visto o permesso di soggiorno: è competente lo Stato che ha rilasciato al richiedente asilo l'autorizzazione all'ingresso o al soggiorno.³⁶⁶
3. L'ingresso irregolare: è competente lo Stato in cui è avvenuto l'ingresso irregolare del richiedente asilo per i dodici mesi successivi dalla data di attraversamento clandestino della frontiera.³⁶⁷
4. Il soggiorno di almeno cinque mesi: se il richiedente asilo ha soggiornato per almeno cinque mesi in uno Stato, tale Stato è competente. Se il ricorrente ha vissuto in vari Stati membri, la competenza spetta allo Stato in cui si è verificato l'ultimo soggiorno di più di cinque mesi.³⁶⁸
5. L'ingresso con esonero dal visto: è competente lo Stato che ha consentito l'ingresso con esonero dal visto.³⁶⁹
6. La domanda presentata in una zona internazionale di transito: è competente lo Stato che ha giurisdizione nella zona internazionale di transito.³⁷⁰

363. Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo., UE, OJ L 50, 25.2.2003, Art. 3 (Regolamento di Dublino UE).

364. *Ibid.*, art. 5(2).

365. *Ibid.*, artt. 7 e 8.

366. *Ibid.*, art. 9.

367. *Ibid.*, art. 10(1).

368. *Ibid.*, artt. 10(2) e (3).

369. *Ibid.*, art. 11.

370. *Ibid.*, art. 12.

7. Il primo Stato di richiesta d'asilo: è competente il primo Stato nel quale è stata presentata la domanda, quando nessuno degli altri criteri risulta applicabile.³⁷¹

Il criterio che prevale su tutti gli altri nel determinare lo Stato Membro competente per esaminare la domanda di asilo di un minore non accompagnato è quello nel quale si trova legalmente un suo familiare, purché ciò sia nell'interesse superiore del minore. In mancanza di un familiare, è competente per l'esame della domanda lo Stato Membro in cui il minore ha presentato la domanda.³⁷²

Il Paese responsabile è tenuto a prendere in carico il ricorrente e la sua domanda d'asilo, e a riprendere in carico il richiedente asilo, se si trova in un altro Stato Membro.³⁷³

Nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia* la Corte Europea dei Diritti Umani ha recentemente stabilito che gli Stati non possono evitare la loro responsabilità internazionale basata sul principio di *non-refoulement* confidando unicamente sui requisiti stabiliti dal Regolamento Dublino II. Per evitare di violare la CEDU e il principio di *non-refoulement*, è stato ritenuto doveroso il ricorso da parte degli Stati alla "clausola di sovranità" prevista dal Regolamento Dublino II (art. 3, comma 2) in tutte le situazioni in cui avviene un trasferimento automatico verso un Paese terzo in attuazione del Regolamento Dublino II.³⁷⁴ La Corte ha sottolineato che "quando si applica il Regolamento Dublino II [...] gli Stati devono assicurarsi che le procedure di asilo del Paese intermediario offrano sufficienti garanzie per evitare che un richiedente asilo sia rinviato, direttamente o indirettamente, al suo Paese di origine senza alcuna valutazione dei rischi che deve affrontare"³⁷⁵ di essere oggetto di una grave violazione dei diritti umani.

h) L'applicazione extra-territoriale del principio di *non-refoulement*

L'obbligo di *non-refoulement* si applica allo stesso modo per gli Stati che esercitano una giurisdizione extra-territoriale (per esempio: una forza di occupazione, una base militare estera o un'operazione statale in un centro di detenzione extra-territoriale) com'è stato autorevolmente affermato in relazione agli obblighi previsti dai seguenti strumenti internazionali: la *Convenzione contro la tortura e altre pene*

371. *Ibid.*, art. 13.

372. *Ibid.*, art. 6.

373. *Ibid.*, artt. 16 e seguenti.

374. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, parr. 339-340.

375. *Ibid.*, par. 342 (traduzione ufficiosa).

o trattamenti crudeli, inumani o degradanti; il Patto internazionale sui diritti civili e politici; la CEDU;³⁷⁶ la Convenzione sullo status dei rifugiati³⁷⁷, e confermato dalla Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani.³⁷⁸ Nel primo capitolo è già stato trattato ampiamente il tema della giurisdizione extra-territoriale.

3. Quali diritti umani richiedono l'adempimento degli obblighi di *non-refoulement*?

Come è stato osservato in precedenza, non è completamente definito l'ambito dei diritti la cui violazione può comportare un obbligo per gli Stati di impedire l'allontanamento di una persona. Il rischio delle più gravi violazioni dei diritti umani esige il rispetto del principio di *non-refoulement*. In seguito, verranno analizzati tali diritti, seguendo l'interpretazione evolutiva giurisprudenziale dei tribunali e dalle corti internazionali, con conseguente ampia applicazione del principio di *non-refoulement*. Tuttavia, la giurisprudenza che individua i diritti e le situazioni in base alle quali si applica il principio di *non-refoulement* è in continua evoluzione e, nella pratica, questo principio potrebbe avere un'applicazione più ampia di quella qui descritta.

a) *Non-refoulement* e il divieto della tortura o di pene e trattamenti crudeli, inumani e degradanti

Nessuno Stato può "esporre gli individui al pericolo di tortura o di subire una pena o un trattamento crudele, inumano o degradante al rientro in un altro Paese a seguito di estradizione, espulsione o *refoulement*."³⁷⁹ Tutti i trattati contengono questa norma e la giurisprudenza afferma la natura assoluta di questo principio, dichiarando il divieto di allontanamento sia per il pericolo di essere sottoposto alla tortura sia per quello di subire una pena o un trattamento crudele, inumano o degradante.³⁸⁰

376. Vedi, *inter alia*, *Al-Sadoon e Mufti c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 61498/08, Decisione sull'ammissibilità, 30 giugno 2009; *Osservazioni conclusive sugli USA*, CCT, *op. cit.*, nota n. 46, par.20; *Osservazioni conclusive sugli USA*, CDU, *op. cit.*, nota n. 322. Si considerino anche CCT, *Commentario Generale n. 2*, *op. cit.*, nota n. 31, par. 7, 16 e 19; Manfred Nowak e Elizabeth McArthur, *The United Nations Convention Against Torture. A Commentary*, New York City: Oxford University Press, 2008, pag.129, par.4; pag.147, par.72 e pag.199, par. 180-1; e l'approccio adottato dal Comitato sui Diritti Umani nel suo CDU, *Commentario Generale n. 31*, *op. cit.*, nota n. 46, par. 10-11; *Osservazioni conclusive sul Regno Unito*, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 10 dicembre 2004, par. 4(b) e 5(e).

377. Lauterpacht/Bethlehem, *op. cit.*, nota n. 301, par. 62-67, concludono che: "il principio di *non-refoulement* si applicherà alla condotta dei pubblici ufficiali dello Stato o a quelli che agiscano in rappresentanza dello Stato dovunque il fatto succeda, che sia al di là del territorio nazionale dello Stato in questione, ai posti di frontiera o in altre postazioni d'ingresso, in zone internazionali, in punti di transito, ecc." (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *ibid.*, par. 242. Vedi inoltre, ACNUR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application*, *op. cit.*, nota n. 292.

378. Vedi, *Caso sui respingimenti ad Haiti*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 46, par. 163, 168 e 171.

379. *Rubin Byahuranga c. Danimarca*, CDU, *op. cit.*, nota n. 331, par. 11.2 (traduzione ufficiosa); *Commentario Generale n. 20 relativo al divieto di tortura e trattamenti o pene crudeli*, CDU, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 10 marzo 1992, par. 9.

380. Art. 7 PIDCP; art. 5(b) CIEDR; art. 3 CEDU; art. 5 CADUP; art. 1 DADDU; art. 5 CADU; art. 8 CARDU. Per la giurisprudenza si vedano, *inter alia*, *Saadi c. Italia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 69, 127; *Chahal c. Regno*

Il Comitato sui Diritti Umani ha precisato che il principio di *non-refoulement* si applica a tutte le attività vietate dall'art. 7 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*.³⁸¹ La *Convenzione contro la tortura* prevede esplicitamente l'obbligo di *non-refoulement* unicamente per la tortura come definita nel suo art. 1. Il Comitato contro la Tortura non ha affrontato il *refoulement* riguardante i rischi di subire altri maltrattamenti vietati dall'art. 16.³⁸² Il pericolo di essere sottoposto alla tortura o a maltrattamenti può anche derivare da attività connesse con l'imposizione della pena di morte, tema che verrà affrontata in seguito.

Con il termine di tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti vengono indicati non solo gli atti che provocano un grave dolore fisico o lesione corporale, ma anche quei comportamenti che causano alle vittime intensa sofferenza mentale, paura, angoscia o sentimenti di inferiorità, degradandole e umiliandole.³⁸³ La soglia di punibilità per tali condotte può dipendere dall'età, dal sesso, o dalla salute della vittima.³⁸⁴ Oltre ai maltrattamenti fisici eseguiti durante l'arresto o l'interrogatorio,³⁸⁵ i meccanismi internazionali di tutela dei diritti umani hanno giudicato come atti di maltrattamento i seguenti comportamenti:

Unito, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43, par. 74 e 79; *Na c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 109; *Nyanzi c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 51; *Cruz Varas e al. c. Svezia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 69; *Soering c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 294, par. 85-91; *Rafael Ferrer-Mazorra et al. c. USA*, Comm.IADU, Caso 9.903, Rapporto n. 51/01, Merito, 4 aprile 2001, par. 177; *Caso sui respingimenti ad Haiti*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 46, par. 168 e 171; *Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) c. Angola*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 292/2004, 43a Sessione Ordinaria, 7-22 maggio 2008, par. 79 e 84; *Zimbabwe Lawyers for Human Rights (ZLHR) e l'Institute for Human Rights and Development (IHRD) (in rappresentanza di Andrew Barclay Meldrum) c. Zimbabwe*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 294/2004, 6a Sessione Straordinaria, 30 marzo – 3 aprile 2009, pag. 34, par. 93; *Osservazioni Conclusive sull'Argentina*, CEDR, UN Doc. CERD/C/65/CO/1, 10 dicembre 2004, par. 13; *Osservazioni Conclusive sui Paesi Bassi*, CEDR, UN Doc. CERD/C/64/CO/7, 10 maggio 2004, par. 14; *Osservazioni Conclusive sull'Azerbaigian*, CEDR, UN Doc. CERD/C/AZE/CO/4, 14 aprile 2005, par. 13; *Osservazioni Conclusive sulla Georgia*, CEDR, UN Doc. CERD/C/GEO/CO/3, 27 marzo 2007, par. 17; *Osservazioni Conclusive sulla Lituania*, CEDR, UN Doc. CERD/C/LTU/CO/3, 11 aprile 2006, par. 14; *Osservazioni Conclusive sull'Uzbekistan*, CEDR, UN Doc. CERD/C/UZB/CO/5, 4 aprile 2006, par. 14; *Osservazioni Conclusive sulla Tanzania*, CEDR, UN Doc. CERD/C/TZA/CO/16, 27 marzo 2007, par. 17; *Osservazioni Conclusive sul Kazakistan*, CEDR, UN Doc. CERD/C/65/CO/3, 10 dicembre 2004, par. 15.

381. CDU, *Commentario Generale* n. 31, *op. cit.*, nota n. 46, par.12

382. Art. 3 CCT. Il Comitato contro la Tortura non ha affrontato la questione se il trasferimento di una persona verso un Paese potrebbe esporre la persona al rischio di trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti ai sensi dell'art. 16 della Convenzione. Il Comitato ha trattato del problema concernente se la decisione di trasferimento costituisca di per sé un atto equiparabile ad un trattamento o pena crudele, inumana o degradante. Nella sua giurisprudenza il Comitato ha riscontrato che né "l'aggravamento dello stato di salute del ricorrente possibilmente causato dalla sua deportazione", né il fatto "che la deportazione del ricorrente verso [lo Stato di destinazione] possa dar adito a timori soggettivi" equivalgono alla fattispecie di trattamento crudele, inumano o degradante (traduzione ufficiale). Vedi, *B.S.S. c. Canada*, CCT, *op. cit.*, nota n. 327, par. 10.2; *David c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 220/2002, Decisione del 17 maggio 2005, par. 7.2.

383. *Raninen c. Finlandia*, C.edu, Caso n. 52/1996/771/972, Sentenza del 16 dicembre 1997, par.167; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 323, par. 219; CDU, *Commentario Generale* n. 20, *op. cit.*, nota n. 379, par.5.

384. *Saadi c. Italia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 134.

385. *Ribitsch c. Austria*, C.edu, Ricorso n. 18896/91, Sentenza del 4 dicembre 1995, par. 38.

- le punizioni corporali³⁸⁶ o altre pene crudeli,³⁸⁷ imposte oppure no da un'ordinanza giudiziaria;
- gli atti di violenza sessuale, comprendendo, ma non limitandosi, anche lo stupro;³⁸⁸
- la prolungata detenzione in isolamento senza potere comunicare con l'esterno ("incommunicado");³⁸⁹
- le pratiche dannose nei confronti delle donne e delle adolescenti, come le mutilazioni genitali femminili;³⁹⁰
- la ripetuta detenzione in isolamento o inutilmente prolungata;³⁹¹
- il sovraffollamento carcerario o condizioni detentive scadenti, la mancata attenzione all'assistenza medica in detenzione, tenendo conto degli effetti cumulativi di tali condizioni e della durata della detenzione (vedi in seguito il quarto capitolo sulla detenzione);³⁹²
- le ripetute perquisizioni sulla persona o inutilmente invadenti;³⁹³
- la violenza domestica;³⁹⁴
- le forme più severe di discriminazione razziale;³⁹⁵

-
386. CDU, *Commentario Generale n. 20, op. cit.*, nota n. 379, par. 5; *Tyrer c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 5856/72, Sentenza del 25 aprile 1978; *Costello-Roberts c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 13134/87, Sentenza del 25 marzo 1993.
387. *Ryabikin c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 349, par. 121; *Jabari c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 114, parr. 41-42.
388. *C. T. e K. M. c. Svezia*, CCT, *op. cit.*, nota n. 322, par. 7-5; *M.C. c. Bulgaria*, C.edu, Ricorso n. 39272/98, Sentenza del 4 dicembre 2003; *Aydin c. Turchia*, C.edu, Caso n. 57/1996/676/866, Sentenza del 25 settembre 1997, parr. 83-86.
389. *Osservazioni Conclusive sugli USA*, CCT, *op. cit.*, nota n. 46, par.17; *Commentario Generale n. 20*, CDU, *op. cit.*, nota n. 379, par.6; Theo Van Boven, Relatore Speciale ONU sulla Tortura, *Rapporto del Relatore Speciale sulla sua visita in Spagna*, UN Doc. E/CN.4/2004/56/Add.2, 6 febbraio 2004, par. 34.
390. *Kaba e Kaba c. Canada*, CDU, Comunicazione n. 1465/2006, Decisione del 25 marzo 2010, par. 10.1.
391. CDU, *Commentario Generale n. 20, op. cit.*, nota n. 379, par.6; *Kuznetsov c. Ucraina*, C.edu, Ricorso n. 39042/97, Sentenza del 29 aprile 2003; *R. c. Danimarca*, Comm.EDU, Plenaria, Ricorso n. 10263/83, Decisione sull'ammissibilità, 11 marzo 1985; *McFeeley c. Regno Unito*, Comm.EDU, Plenaria, Ricorso n. 8317/78, Decisione sull'ammissibilità, 15 maggio 1980.
392. *Peers c. Grecia*, C.edu, Ricorso n. 28524/95, Sentenza del 19 aprile 2001, parr. 67-75; *Ilascu e al. c. Russia e Moldavia*, C.edu, GC, Ricorso n. 48787/99, Sentenza dell'8 luglio 2004; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 323, parr. 366-368; *Conteris c. Uruguay*, CDU, Comunicazione n. 139/1983, Decisione del 17 luglio 1985.
393. *Van der Ven c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 50901/99, Sentenza del 4 febbraio 2003; *Valasinas c. Lituania*, C.edu, Ricorso n. 44558/98, Sentenza del 24 luglio 2001.
394. *Z e al. c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 29392/95, Sentenza del 10 maggio 2001.
395. *Cipro c. Turchia*, C.edu, GC, Ricorso n. 25781/94, Sentenza del 10 maggio 2001; *Asiatici est-africani c. Regno Unito*, Comm.EDU, Ricorsi n. 4403/70-4419/70 e altri, Rapporto del 14 dicembre 1973.

- il tempo trascorso nel “braccio della morte” in attesa di esecuzione (vedi più avanti).

Questa lista non pretende di essere esaustiva delle situazioni tutelate. Infatti, la Corte Europea dei Diritti Umani, in una sentenza storica riguardante il caso *D. c. Regno Unito*, ha ritenuto che l'espulsione di uno straniero diagnosticato in fase terminale di AIDS sarebbe da considerare un trattamento inumano, dato che non avrebbe potuto ricevere nel Paese di destinazione i trattamenti medici e palliativi disponibili nel Regno Unito.³⁹⁶ Tuttavia, la Corte ha avvisato che tali casi dovrebbero essere considerati come eccezionali. Il principio giurisprudenziale deve applicarsi “in relazione all'espulsione di una persona afflitta da ogni grave malattia fisica o mentale che possa causare sofferenza, dolori con ridotta aspettativa di vita e che richiede cure specialistiche adeguate che non sono facilmente disponibili nel Paese di origine del ricorrente oppure che richiedono l'esborso di costi notevoli.”³⁹⁷

Nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, la Corte ha giudicato raggiunto il livello di trattamenti inumani o degradanti nella situazione in cui lo Stato, attraverso la propria inattività, ha consentito per diversi mesi al richiedente asilo di vivere in strada senza accesso ai servizi igienici e senza mezzi per provvedere ai bisogni minimi essenziali, in aggiunta ad una prolungata e incerta procedura di asilo.³⁹⁸ In conseguenza di ciò, la Corte ha ritenuto che lo Stato violerebbe i suoi obblighi di *non-refoulement* espellendo una persona che rischia di trovarsi nelle condizioni sopra descritte.³⁹⁹

b) Le sparizioni forzate

Il principio di *non-refoulement* si applica anche quando c'è un rischio di sparizioni forzate⁴⁰⁰ dal momento che questa pratica di per sé costituisce “una flagrante e grave violazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali”⁴⁰¹ e “un'offesa alla dignità umana”.⁴⁰²

c) Le esecuzioni extragiudiziali e il diritto alla vita

Le esecuzioni extragiudiziali costituiscono una grave violazione del diritto assoluto e non derogabile del diritto alla vita, al quale si applica il principio di *non-refoulement*,

396. *D. c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 30240/96, Sentenza del 2 maggio 1997, par. 49-54.

397. *N. c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 26565/05, Sentenza del 27 maggio 2008, par. 45 (traduzione ufficiale).

398. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, par. 263.

399. *Ibid.*, par. 366-368.

400. Art. 16, *Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione*, adottata il 20 dicembre 2006 (CPSF); art. 8, *Dichiarazione ONU sulla protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nella sua risoluzione 47/133 del 18 dicembre 1992, A/RES/47/133.

401. Art. 1, *Dichiarazione ONU sulla protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata* (traduzione ufficiale).

402. *Ibid.* (traduzione ufficiale).

come è stato chiaramente affermato dal Comitato sui Diritti Umani⁴⁰³ e nei *Principi delle Nazioni Unite per la prevenzione effettiva e le investigazioni di esecuzioni extragiudiziali, sommarie e arbitrarie*,⁴⁰⁴ il cui l'art. 5 afferma che “nessuno può essere involontariamente restituito o estradato verso un Paese in cui vi siano fondati motivi per ritenere che possa diventare vittima di esecuzioni sommarie, arbitrarie o extragiudiziali”.

d) Non-refoulement e la pena di morte

In base al diritto internazionale dei diritti umani, il trasferimento di una persona verso un Paese in cui esiste il rischio di essere sottoposto alla pena di morte può comportare la violazione del diritto alla vita e/o della libertà dalla tortura e a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Il Comitato sui Diritti Umani ha rilevato che, “nei Paesi in cui è stata abolita la pena di morte, esiste l'obbligo di non esporre le persone al rischio reale della sua applicazione [...], se si può ragionevolmente prevedere che saranno condannati a morte, senza poter garantire che la pena di morte non venga eseguita”.⁴⁰⁵ Tale obbligazione sorge sia quando lo Stato di espulsione abbia stipulato dei trattati internazionali che proibiscono la pena di morte sia quando l'ordinamento interno dello Stato prevede l'abolizione della pena di morte.⁴⁰⁶ Tuttavia, in caso di trasferimento, il divieto di trattamenti crudeli, inumani o degradanti può entrare in gioco quando esiste il rischio di subire la pena di morte perché “l'imposizione di una sentenza di condanna a morte pronunciata a conclusione di un processo iniquo equivale a sottoporre la persona condannata alla paura ingiusta della propria esecuzione capitale in violazione dell'art. 7 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*”.⁴⁰⁷ Inoltre, il Comitato ha rilevato che l'esecuzione per asfissia col gas non ha superato la prova di costituire una “minima sofferenza fisica o mentale”, e, quindi, risulta un trattamento in violazione dell'art. 7 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*.⁴⁰⁸

La Corte Europea dei Diritti Umani ha regolarmente riscontrato delle violazioni all'art. 3 CEDU (divieto della tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti) nei casi di *refoulement* in caso di rischio della pena di morte, soprattutto quando l'esecuzione

403. *Baboeram et al. c. Suriname*, CDU, Comunicazioni n. 146/1983 e 148-154/1983, Decisione del 4 aprile 1985; *Commentario Generale n. 6, Il diritto alla vita*, CDU, 30 aprile 1982, par. 3.

404. Vedi, Risoluzione ECOSOC n. 1989/65, *Prevenzione ed investigazione efficaci delle esecuzioni stragiudiziali, arbitrarie e sommarie*, 15a Riunione Plenaria, 24 maggio 1989.

405. *Judge c. Canada*, CDU, Comunicazione n. 829/1998, Decisione del 20 ottobre 2003, para 10.4; riconfermate nel caso *Kwok Yin Fong c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 341, par. 9.4.

406. Questa decisione costituisce un cambio di giurisprudenza del Comitato che non aveva riscontrato precedentemente tale obbligazione. Vedi, *Kindler c. Canada*, CDU, Comunicazione n. 470/1991*, Decisione del 18 novembre 1993; *Ng c. Canada*, CDU, Comunicazione n. 469/1991*, Decisione del 7 gennaio 1994; *A. R. J. c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 692/1996**, Decisione dell'11 agosto 1997.

407. *Kwok Yin Fong c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 341, par. 9.4 (traduzione ufficiosa).

408. *Ng c. Canada*, CDU, *op. cit.*, nota n. 406, par. 16.4.

della pena capitale viene preceduta da una detenzione nel braccio della morte.⁴⁰⁹ Inoltre, tale espulsione può essere anche considerata una violazione del diritto alla vita, sancito dall'art. 2 CEDU. In conseguenza di ciò, viene affermato che, “nel caso in cui vi siano fondati motivi per ritenere l'extradizione di una persona in un Paese a rischio reale di subire la pena capitale, la Convenzione, ai sensi dell'art. 2, impone [agli Stati] l'obbligo di non estradare tale individuo”.⁴¹⁰ Con maggior vigore, la Corte ha reputato che, “se lo Stato di estradizione mette consapevolmente la persona interessata a così alto rischio di perdere la propria vita con una probabilità vicina alla certezza, tale estradizione può essere considerata come privazione volontaria della vita, vietata dall'art. 2 della Convenzione”.⁴¹¹

La Corte Europea ha recentemente affermato che, “nel rispetto di quegli Stati che si sono vincolati con la ratifica, il diritto previsto dall'art. 1 del Protocollo n. 13 sull'abolizione della pena di morte, che non ammette alcuna deroga e si applica in tutte le circostanze, viene collocato insieme agli artt. 2 e 3 come un diritto fondamentale, che incorpora uno dei valori fondanti delle società democratiche che compongono il Consiglio d'Europa.”⁴¹² Inoltre, la Corte ha suggerito che l'elevato livello di ratifica del Protocollo 13, così come la pratica degli Stati Membri di osservare la moratoria sulla pena di morte, “sono fortemente indicativi del fatto che l'art. 2 è stato riformato nel senso di vietare la pena di morte in ogni circostanza.”⁴¹³

Considerato che la pena di morte comporta trattamenti o pene inumane o degradanti, la Corte Europea ha specificato che “il modo in cui la [pena di morte] è inflitta o eseguita, le circostanze personali del condannato e la sproporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato commesso, come pure le condizioni di detenzione in attesa dell'esecuzione, sono fattori in grado di portare il trattamento o la punizione ricevuta dal condannato tra le proscrizioni contenute nell'art. 3 [...] come principio generale, la giovane età della persona in questione è una circostanza ritenuta capace, con altri elementi, di mettere in discussione la compatibilità con l'art. 3 delle misure connesse con la condanna a morte [...]”.⁴¹⁴

La Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani ritiene che respingere i richiedenti asilo, che rischiano di esser uccisi dopo il loro tentativo di chiedere asilo all'estero, costituisce una violazione del loro diritto alla vita ai sensi dell'art. I della

409. *Al-Sadoon e Mufti c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 376, par. 137.

410. *Kaboulov c. Ucraina*, C.edu, Ricorso n. 41015/04, Sentenza del 19 novembre 2009 (traduzione ufficiale).

411. *Ibid.*, par. 99 (traduzione ufficiale).

412. *Al-Sadoon e Mufti c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 376, par. 118 (traduzione ufficiale). 42 dei 47 Stati Membri del Consiglio d'Europa hanno ratificato il Protocollo n. 13, ed altri tre lo hanno sottoscritto, impegnandosi in questo modo a non agire in maniera che vada contro gli scopi e gli obbiettivi del trattato fino alla ratificazione (*Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati* (CVDT), Vienna, 23 maggio 1969, art. 18).

413. *Ibid.*, par. 120.

414. *Shamayev e al. c. Georgia e Russia*, C.edu, Ricorso n. 36378/02, Sentenza del 12 aprile 2005, par. 333 (traduzione ufficiale).

Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo.⁴¹⁵ Questo principio si applica anche ai migranti, che non sono richiedenti asilo in senso stretto, ma che rischiano, nel Paese di destinazione, un'esecuzione extragiudiziale, sommaria o arbitraria. Inoltre, la violazione si manifesta anche quando la persona da respingere è stata intercettata in alto mare e rimandata al Paese di partenza.⁴¹⁶

e) La sindrome del braccio della morte

Sulla “sindrome del braccio della morte”, il Comitato sui Diritti Umani ha dichiarato che “periodi prolungati di detenzione in regime carcerario duro nel braccio della morte non possono generalmente essere considerati come trattamento crudele, inumano o degradante se la persona condannata si sta avvalendo dei rimedi in appello.”⁴¹⁷ In ciascun caso concreto, “il Comitato terrà conto dei rilevanti fattori personali, le specifiche condizioni di detenzione nel braccio della morte, e se il metodo di esecuzione proposto sia particolarmente ripugnante.”⁴¹⁸

Nella sentenza *Soering c. Regno Unito*, la Corte Europea dei Diritti Umani ha espresso il suo parere sulla sindrome del braccio della morte: “considerato il periodo molto lungo trascorso nel braccio della morte in condizioni così estreme, con l'angoscia onnipresente e crescente dell'esecuzione della pena capitale, e considerata la situazione personale del ricorrente, in particolare la sua età e il suo stato mentale all'epoca del reato, un'extradizione verso gli Stati Uniti esporrebbe l'interessato a un rischio reale di trattamento che supera la soglia fissata dall'art. 3. L'esistenza, nel caso di specie, di un altro mezzo per raggiungere lo scopo legittimo dell'extradizione, senza provocare tuttavia sofferenze di un'intensità e durata eccezionali, costituisce una considerazione pertinente supplementare.”⁴¹⁹

f) La flagrante negazione del processo equo e la detenzione arbitraria

Nonostante che non sia ancora stata trovata una violazione del diritto a un equo processo in un caso concreto di *refoulement*, sia il Comitato sui Diritti Umani sia la Corte Europea dei Diritti Umani hanno ritenuto che certe violazioni del diritto a un processo equo nel Paese di destinazione potrebbe provocare la protezione di *non-refoulement*.

Il Comitato sui Diritti Umani ha suggerito che, in certi casi, il provvedimento di espulsione non può essere eseguito se una conseguenza prevedibile di tale trasferimento comporta per la persona trasferita la violazione del diritto a un equo processo,

415. *Caso sui respingimenti ad Haiti*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 46, par. 168.

416. *Ibid.*, par. 169.

417. *Kindler c. Canada*, CDU, *op. cit.*, nota n. 406, par. 15.2 (traduzione ufficiosa).

418. *Ibid.*, par. 15.3; Vedi anche, *Ng c. Canada*, CDU, *op. cit.*, nota n. 406, par. 16.1.

419. *Soering c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 294, par. 111 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Ilascu e al. c. Russia e Moldavia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 392, parr. 429-432; *Al-Sadoon e Mufti c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 61498/08, Sentenza del 2 marzo 2010, parr. 123-145.

ai sensi dell'art. 14 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*.⁴²⁰ La Corte Europea dei Diritti Umani ha ripetutamente affermato che “non può essere escluso che una decisione di estradizione potrebbe eccezionalmente creare delle problematiche relative all'art. 6 CEDU nei casi in cui il fuggitivo ha subito o rischia di subire una negazione palese del diritto a un processo equo nel Paese richiedente”.⁴²¹

Il Comitato sui Diritti Umani, valutando un caso di trasferimento, ha indicato che il prevedibile rischio di essere sottoposti a detenzione arbitraria nel Paese di destinazione potrebbe costituire una violazione dell'Art. 9 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, riguardante il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona,⁴²² tale posizione viene accettata in linea di principio anche dalla Corte Europea dei Diritti Umani.⁴²³

g) La libertà di religione o di credo

L'allontanamento è anche proibito quando nel Paese di destinazione la persona espulsa sarebbe a rischio di una negazione flagrante della sua libertà di religione.

La libertà di religione o di credo garantisce il diritto di avere una religione – o un equivalente credo non religioso – e la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo sia nella sfera privata sia in pubblico con altri credenti o in comunità con altre persone.⁴²⁴ Tuttavia, a differenza del diritto di avere una fede o un credo, il diritto di manifestare la propria religione o il proprio credo non rientra tra i diritti assoluti, e può subire delle limitazioni in conformità ai principi di legalità, necessità e proporzionalità, e solamente nell'interesse della sicurezza pubblica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute e della morale, o per conciliare i diritti e le libertà degli altri.⁴²⁵

La Corte Europea dei Diritti Umani ha dichiarato che la protezione del principio di *non-refoulement* non si applica in tutti i casi in cui la libertà di manifestare la propria religione non venga rispettata nel Paese di destinazione. La Corte ha individuato due situazioni in cui tale protezione viene applicata:

420. A. R. J. c. *Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 406, par. 6.15; *Alzery c. Svezia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 356, par. 11.9.

421. *Muminov c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 339, par. 130; *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, C.edu, GC, Ricorsi n. 46827/99 e 46951/99, Sentenza del 4 febbraio 2005, par. 90; *Baysakov e al. c. Ucraina*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 351, par. 61; *Al-Sadoon e Mufti c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 419, par. 149-150; e, *Soering c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 394, par. 113; *Z e T c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 313, In diritto.

422. *G. T. c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 342, par. 8.7.

423. *Z e T c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 313.

424. *Ibid.*, In diritto; *Kokkinakis c. Grecia*, C.edu, Ricorso n. 14307/88, Sentenza del 25 maggio 1993, pag. 17, par. 31.

425. Art. 9.2 CEDU; art. 18.3 PIDCP; art. 12.3 CADU; art. 8 CADUP permettono restrizioni su basi di sicurezza; art. 30.2 CARDU.

- dove esiste una richiesta motivata che affermi che i ricorrenti verrebbero perseguitati, incluso per motivi religiosi, o che sarebbero a rischio di morte o di subire gravi maltrattamenti, o che, a causa della loro appartenenza religiosa, potrebbero subire delle detenzioni arbitrarie e processi manifestamente iniqui;
- in situazioni eccezionali, dove vi sia un rischio reale di evidente violazione della libertà di religione o di credo nello Stato di ricevimento. La Corte ha, tuttavia, rilevato che sarebbe difficile immaginare che in tale situazione non venga applicato il principio di *non-refoulement* per motivi di tortura o trattamenti inumani e degradanti.⁴²⁶

II. L'allontanamento in violazione dei diritti riconosciuti dallo Stato di espulsione.

L'allontanamento degli stranieri da parte dello Stato subisce un'ulteriore limitazione, in aggiunta al *non-refoulement*, qualora la rimozione stessa dal Paese di rifugio rappresenta un'ingiustificata interferenza con il godimento di alcuni diritti umani, a prescindere dal luogo in cui l'individuo viene inviato.

Sebbene vari diritti potrebbero, in linea di principio, essere influenzati dal trasferimento della persona, le autorità internazionali di tutela dei diritti umani hanno finora applicato il principio in relazione al diritto al rispetto della vita familiare, il diritto al rispetto della sfera privata⁴²⁷ e al diritto di libertà religiosa e di credo. Con riferimento a tali diritti, l'allontanamento dell'individuo causerà una giustificata interferenza con il loro godimento quando è prescritto dalla legge e risulta perseguire uno scopo legittimo, e sia necessario e proporzionato a tale scopo.

1. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare è sancito in una serie di trattati sui diritti umani.⁴²⁸ Questo diritto, a differenza del divieto di tortura e dei trattamenti crudeli, inumani o degradanti, può essere soggetto a deroga in casi di emergenza e permette restrizioni al suo godimento purché siano previste dalla legge e attuate in modo proporzionato allo scopo legittimo perseguito, oltre ad essere misure necessarie e non discriminatorie in una società democratica.

In funzione del diritto al rispetto della vita familiare, il significato del termine “famiglia” è stato interpretato in senso ampio e sempre più estensivamente dalla giurisprudenza delle corti internazionali e dai tribunali, rispecchiando i cambiamenti

426. *Z e T c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 313.

427. *Slivenko c. Lettonia*, C.edu, GC, Ricorso n. 48321/99, Sentenza del 9 ottobre 2003, par. 95; *Üner c. Paesi Bassi*, C.edu, GC, Ricorso n. 46410/99, Sentenza del 18 ottobre 2006, par. 59; *Onur c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 195, par. 46; *A.W. Khan c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 197, par. 31.

428. Artt. 17 e 23 PIDCP; art. 9 CDF; art. 8 CEDU; art. 11 CADU; art. V DADDU; art. 18 CADUP; artt. 21 e 33 CARDU.

dei valori sociali in continuo sviluppo anche nella prospettiva futura. La definizione è stata illustrata in dettaglio nella sezione terza del primo capitolo. Il diritto al rispetto della vita privata volto a impedire la rimozione di un migrante dalla giurisdizione può comprendere una relazione non limitata al nucleo familiare, estendendo la protezione ai rapporti personali e sociali. La Corte Europea ha notato che viene protetto “il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani e il mondo esterno [...] e talvolta può comprendere gli aspetti dell’identità sociale di un individuo [e che] si deve ammettere che la totalità dei rapporti sociali tra i migranti stabilmente residenti e la comunità in cui vivono rappresentano una parte del concetto di “vita privata” secondo il significato dell’art. 8.”⁴²⁹ Quindi, l’allontanamento di un migrante stabilmente inserito nella società, anche quando non ha sviluppato una vita familiare nell’ambito giurisdizionale in cui vive, può costituire un’interferenza nella sua vita privata in quel determinato Paese.

Come è stato richiamato sopra, il provvedimento di espulsione, quando comporta una restrizione nel diritto alla vita privata e familiare, deve essere eseguito in **conformità alla legge**. È richiesto che sia:

- previsto dalla legge nazionale;
- accessibile alle persone interessate;
- sufficientemente preciso per consentire agli interessati di prevedere – ad un livello ragionevole ed, eventualmente, con adeguata consulenza – le conseguenze delle proprie azioni.⁴³⁰

Il provvedimento di espulsione deve anche **perseguire uno scopo legittimo**. Il mantenimento e l’applicazione del controllo dell’immigrazione costituiscono di per sé uno scopo legittimo per restringere il diritto alla vita privata e familiare,⁴³¹ come lo sono i motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico. Tuttavia, la semplice affermazione che questi obiettivi vengano perseguiti non è sufficiente, ma deve essere indicata l’azione necessaria per raggiungere realmente l’obiettivo.⁴³²

La decisione di espulsione deve essere anche **necessaria in una società democratica**, cioè **giustificata da una prevalente necessità sociale, e proporzionata allo scopo perseguito**. Il requisito della proporzionalità richiede l’esistenza di ragioni rilevanti e sufficienti per adottare quel provvedimento, e la mancata possibilità di adottare una misura meno restrittiva; che misure adeguate siano predisposte contro abusi; e infine, il provvedimento deve essere imposto a seguito di una procedura equa.

429. *Üner c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 427, par. 59 (traduzione ufficiosa); *Onur c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 195, par. 46; *A.W. Khan c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 197, par. 31.

430. *Onur c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 195, par. 48.

431. *Nyanzi c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 76.

432. *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43, par.78.

Il Comitato sui Diritti Umani ha rilevato che, “nei casi in cui una parte della famiglia deve allontanarsi dal territorio dello Stato Parte mentre l'altra parte avrebbe diritto a rimanere, deve essere valutato se l'interferenza specifica con la vita familiare possa essere oggettivamente giustificata, secondo i seguenti criteri: da un lato, l'importanza dei motivi dello Stato Parte per l'allontanamento della persona interessata; dall'altro lato, il livello di difficoltà che la famiglia e i suoi membri incontra a seguito di tale allontanamento.”⁴³³

Nei casi di espulsioni giudiziarie conseguenti a sentenze di condanna per reati di droga o per reati puniti severamente, per esempio, il Comitato è più propenso a ritenere ragionevole il provvedimento di espulsione, anche se ciò potrebbe causare dei disagi notevoli per la famiglia dell'espulso, in particolare, quando il resto della famiglia non si è costituito nel procedimento davanti al Comitato.⁴³⁴ L'espulsione giudiziaria conseguente a condanna penale non costituisce una doppia sanzione, in quanto è da considerarsi un provvedimento di carattere preventivo piuttosto che punitivo.⁴³⁵ Ciononostante, tale decisione sarebbe sproporzionata se fosse “impossibile *de facto* [...] continuare la vita familiare” al di fuori del Paese di espulsione.⁴³⁶

Nei casi di espulsioni giudiziarie conseguenti a procedimenti penali, la Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito dei criteri guida da prendere in considerazione nel valutare se un provvedimento di espulsione interferisca con la vita privata e familiare, se sia necessario in una società democratica e adeguatamente commisurato allo scopo legittimamente perseguito:⁴³⁷

1. il tipo e la gravità del reato commesso dal ricorrente;
2. la durata del soggiorno del ricorrente nel Paese da cui deve essere espulso;
3. il tempo trascorso dal compimento del reato e il comportamento del ricorrente durante tale periodo;
4. la cittadinanza delle persone interessate;
5. la situazione familiare del ricorrente, come, ad esempio, la durata del matrimonio e altri fattori riguardanti l'effettività della vita familiare di una coppia;
6. la conoscenza del reato da parte del coniuge nel momento in cui si è stabilito il rapporto familiare;

433. *Rubin Byahuranga c. Danimarca*, CDU, *op. cit.*, nota n. 331, par. 11.7 (traduzione ufficiosa); *Madafferi e Madafferi c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 1011/2001, Decisione del 26 agosto 2004, par. 9.8; *Omojudi c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n.1820/08, Sentenza del 24 novembre 2009.

434. *Ibid.*, par. 11.8.

435. *Üner c. Paesi Bassi*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 427, parr. 54 – 58.

436. *Amrollahi c. Danimarca*, C.edu, Ricorso n. 56811/00, Sentenza dell'11 luglio 2002, parr. 36-44 (traduzione ufficiosa); *Sezen c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 50252/99, Sentenza del 31 gennaio 2006.

437. *Boultif c. Svizzera*, C.edu, Ricorso n. 54273/00, Sentenza del 2 agosto 2001, par. 48.

7. l'esistenza di bambini derivanti dal matrimonio, e la loro età;
8. la gravità delle difficoltà che il coniuge si troverà probabilmente ad affrontare nel Paese in cui il ricorrente deve essere espulso;
9. il benessere e l'interesse superiore del fanciullo, e, in particolare, la gravità delle difficoltà che i figli del ricorrente potrebbero incontrare nel Paese di espulsione; e
10. la stabilità dei legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospitante e con il Paese di destinazione.⁴³⁸

In relazione alla durata del soggiorno, la Corte ritiene che “più a lungo una persona è stata residente in un Paese particolare, maggiori sono i legami con quel Paese e rispettivamente più deboli i legami con il Paese di cittadinanza.”⁴³⁹ Un'attenzione particolare dovrebbe essere data alle situazioni in cui gli stranieri hanno trascorso la maggior parte, se non tutta, la loro infanzia nel Paese ospitante, dove sono stati cresciuti ed hanno ricevuto un'educazione.⁴⁴⁰ La Corte ha inoltre rilevato una violazione dell'art. 8 quando l'effetto combinato e la mancata coordinazione dell'espulsione con la restrizione della libertà personale e le procedure di ingresso hanno impedito di sviluppare i legami familiari.⁴⁴¹

Inoltre, la Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli ha dichiarato che la persona soggetta a un provvedimento di espulsione, a causa del quale viene separata dai suoi familiari, deve ricevere un ragionevole lasso di tempo per i preparativi della partenza e per mantenere i contatti con gli altri membri della famiglia. Nel caso *Kenneth Good c. Repubblica di Botswana*, la Commissione ha constatato che il tempo di cinquantasei ore concesso al padre, che ha dovuto lasciare la figlia, era “chiaramente inadeguato per prendere accordi familiari sufficienti” e, pertanto, in contrasto con i diritti familiari previsti dall'art. 18 della *Carta africana sui diritti umani e dei popoli*.⁴⁴²

438. I numeri sono aggiunti. Non è implicita alcuna gerarchia. Sulle prime applicazioni di questo principio, vedi *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43.

439. *Üner c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 427, par. 58 (traduzione ufficiosa); *Konstatinov c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 195, par. 49.

440. Nel caso di un cittadino algerino condannato per un reato penale che doveva essere espulso dalla Francia verso il suo Paese natale, la Corte ha ritenuto la decisione non proporzionata, perché il ricorrente era sordomuto ed capace di raggiungere un seppur minimo equilibrio psicologico solo con la sua famiglia i cui membri erano cittadini francesi con nessun legame con l'Algeria: *Nasri c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 19465/92, Sentenza del 13 luglio 1995, parr. 41 e 46.

441. *Ciliz c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 196. La Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli ha anch'essa ritenuto che una deportazione illegale violava il dovere dello Stato di proteggere ed assistere la famiglia: vedi, *Amnesty International c. Zambia*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 212/98, 25a Sessione Ordinaria, maggio 1999, par. 51; *Modise c. Botswana*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 97/93, 28a Sessione Ordinaria, 23 ottobre – 6 novembre 2000, par. 92.

442. *Good c. Botswana*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 313/05, 47a Sessione Ordinaria, maggio 2010, par. 213.

2. Le espulsioni e i diritti alla libertà di religione, di credo e di espressione

Il diritto alla libertà di religione o di credo viene tutelato dal *Patto Internazionale sui diritti civili e politici* e dai trattati regionali sui diritti umani,⁴⁴³ che possono impedire l'espulsione di un individuo dal Paese di rifugio, prevenendo la violazione del diritto alla libertà di religione o di credo. Come osservato in precedenza, sia il diritto di avere una fede religiosa o altro credo equivalente – che è un diritto assoluto – sia il diritto di manifestare la propria religione in pubblico e in comunità con altre persone o nella sfera privata sono garantiti dal diritto internazionale dei diritti umani.⁴⁴⁴

La libertà di religione comprende il diritto di proselitismo.⁴⁴⁵ Tuttavia, a differenza del diritto alla libertà di pensiero, di credo o di religione, il diritto di manifestare la propria religione – che non è un diritto assoluto – può essere limitato ove prescritto dalla legge, nel perseguimento di uno scopo legittimo e nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità.

La Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito che “l’espulsione [...] in quanto tale non costituisce un’interferenza con i diritti garantiti dall’art. 9 [libertà di religione o di credo], a meno che si riesca a dimostrare che il provvedimento sia stato ideato per reprimere l’esercizio di tali diritti e soffocare la diffusione della religione o della filosofia tra i seguaci”.⁴⁴⁶

Come nel caso delle interferenze con il diritto al rispetto della vita familiare, i provvedimenti che incidono sulla libertà di religione, compresa l’espulsione, devono essere previsti dalla legge. Inoltre, la legge deve essere accessibile, prevedibile, sufficientemente precisa e deve fornire un ricorso contro l’uso arbitrario da parte delle autorità pubbliche di tale restrizione.⁴⁴⁷

Inoltre, l’espulsione può essere disposta solo per uno degli obiettivi previsti dai trattati sui diritti umani e deve essere necessaria e proporzionale allo scopo perseguito. In base al *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, alla *Convenzione europea sui diritti umani e sulle libertà fondamentali*, e alla *Convenzione americana sui diritti umani* le finalità legittime sono limitate alla tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica, alla tutela della salute e della morale, e alla tutela dei diritti e delle

443. Art. 18 PIDCP; art. 9 CEDU; art. 12 CADU; art. III DADDU; art. 8 CADUP; art. 30 CarDU.

444. *Ze e T c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 313, In diritto: *Kokkinakis c. Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 424, par. 31. Vedi anche, *Nolan e K. c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 2512/04, Sentenza del 12 febbraio 2009, par. 61.

445. *Perry c. Lettonia*, C.edu, Ricorso n. 30273/03, Sentenza del 8 novembre 2007, par. 52.

446. *Nolan e K. c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 444, par. 62 (traduzione ufficiosa); *Omkarananada e “the Divine Light Zentrum” c. Svizzera*, Comm.EDU, Ricorso n. 8118/77, Decisione sull’ammissibilità, 19 marzo 1981, pag. 118, par. 5.

447. *Perry c. Lettonia*, C.edu, op. cit., nota n. 445, par. 62.

libertà altrui.⁴⁴⁸ Nessun trattato sui diritti umani consente una restrizione per motivi di sicurezza nazionale alla libertà di religione e di credo e alle sue manifestazioni.⁴⁴⁹

Un orientamento giurisprudenziale limitato ma significativo della Corte Europea e della Commissione Africana prevede che, quando viene impedito l'ingresso nel Paese o l'espulsione viene eseguita semplicemente sulla base dei pareri espressi in passato, risulta ridotta la capacità di comunicare informazioni o idee all'interno del Paese e ciò potrebbe violare il diritto alla libertà di espressione.⁴⁵⁰ In un caso riguardante l'espulsione per motivi di opinione, la Commissione Africana ha sancito la "manifesta violazione" della libertà di espressione.⁴⁵¹ Gli stessi principi applicati al diritto della libertà di religione e di credo vengono applicati anche in questa situazione, salvo le limitazioni previste per la tutela dell'ordine e della sicurezza nazionale al diritto di libertà di espressione.

3. L'espulsione e l'"effettività" del diritto a un ricorso

Quando, presumibilmente, i diritti individuali sono stati violati, l'individuo ha diritto a un'effettiva possibilità di ricorso a livello nazionale, come viene ampiamente riconosciuto dai principi generali del diritto e dai trattati internazionali.⁴⁵² Il ricorso intende "dare applicazione alla sostanza dei diritti e alle libertà [contenuti nei trattati sui diritti umani] in qualunque forma essi siano riconosciuti e applicati nell'ordinamento legale nazionale".⁴⁵³ Gli organi internazionali per i diritti umani concordano nel ritenere che il ricorso deve essere tempestivo, efficace, accessibile, imparziale e indipendente; oltre ad essere eseguibile e comportare la cessazione e la riparazione dei diritti umani violati.⁴⁵⁴ In alcuni casi, il ricorso deve essere giurisdizionale, cioè emanato da un organo giudiziario,⁴⁵⁵ e, in ogni caso, deve essere fornito da un organo che possieda i requisiti di efficacia e indipendenza illustrati

448. Art. 9.2 CEDU; art. 18.3 PIDCP; art. 12.3 CADU; art. 8 CADUP permette restrizioni per ragioni di sicurezza; art. 30.2 CArDU.

449. Nolan e K. c. Russia, C.edu, op. cit., nota n. 444, par. 73.

450. Cox c. Turchia, C.edu, Ricorso n. 2933/03, Sentenza del 20 maggio 2010; Women on Waves e al. c. Portogallo, C.edu, op. cit., nota n. 46; e, Piermont c. Francia, C.edu, Ricorsi n. 15773/89 e 15774/89, Sentenza del 27 aprile 1995; Good c. Botswana, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 442, pag. 66, parr. 196-200.

451. Good c. Botswana, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 442, pag. 66, parr. 196-200.

452. Art. 8 DUDU, art. 2.3 PIDCP, art. 8.2 CPSF, art. 83 CIDLM, art. 13 CEDU, art. 25 CADU, art. 25 Protocollo alla CADUP sui Diritti delle Donne in Africa, art. 23 CArDU. Si vedano inoltre, Principi e linee guida fondamentali delle Nazioni Unite sul diritto ad un ricorso e alla riparazione per le vittime di gravi violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, adottati dalla Commissione sui Diritti Umani, risoluzione n. E/CN.4/RES/2005/35 del 19 aprile 2005 e dall'Assemblea Generale con risoluzione n. A/RES/60/147 del 16 dicembre 2005 senza un voto. Un'analisi dettagliata del diritto ad un ricorso è disponibile in International Commission of Jurists, *The Right to a Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations – A Practitioners' Guide*, Ginevra, dicembre 2006 (Guida per operatori del diritto ICJ n. 2).

453. Al-Nashif c. Bulgaria, C.edu, Ricorso n. 50963/99, Sentenza del 20 giugno 2002, par. 132 (traduzione ufficiale). Vedi anche, Omkarananada e "the Divine Light Zentrum" c. Svizzera, Comm.EDU, op. cit., nota n. 446, pag. 118, par. 9.

454. Vedi, in generale, Guida per operatori del diritto ICJ n. 2, op. cit., nota n. 452, pagg. 46-54.

455. Guida per operatori del diritto ICJ n. 2, op. cit., nota n. 452, pagg. 49-54.

sopra. L'azione intrapresa per tutelare i diritti soggettivi deve essere efficace in pratica e in diritto e non deve essere ingiustamente ostacolata dai provvedimenti delle pubbliche autorità.⁴⁵⁶

Il diritto al ricorso incide nel procedimento di espulsione, che sarà esaminato nel prossimo capitolo. Tuttavia, viene evidenziato che, qualora un migrante, che presumibilmente abbia subito violazioni dei diritti umani nel Paese di residenza, deve essere allontanato, la sua espulsione o la minaccia di essa può ostacolare l'accesso al ricorso per la violazione di diritti umani. Queste situazioni possono riguardare, per esempio, violazioni dei diritti del lavoro, del diritto all'istruzione o di altri diritti economici, sociali e culturali. Con speciale riferimento ai migranti dediti al lavoro domestico, essi potrebbero aver subito dei maltrattamenti, situazioni di lavoro considerato forzato e privazioni arbitrarie della libertà.

La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani ha sottolineato l'importanza del diritto ad un ricorso per i lavoratori migranti privi di documenti, denunciando che non è ammissibile adottare dei provvedimenti che “impediscono ai migranti di poter depositare una denuncia per violazioni dei loro diritti dinanzi all'autorità competente.”⁴⁵⁷ La *Convenzione internazionale per la protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari* stabilisce il principio generale che “l'espulsione dallo Stato di impiego non deve ledere alcun diritto acquisito, in maniera conforme alla legislazione di quello Stato, dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, e comprende il diritto di percepire i salari e le altre prestazioni che gli sono dovute”.⁴⁵⁸ Tuttavia, tale disposizione è limitata ai lavoratori migranti e ai membri della famiglia, e, inoltre, offre una tutela giuridica solo per i diritti “acquisiti in maniera conforme alla legislazione di quello Stato”, restringendo l'ambito di protezione.

Il Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne ha ripetutamente affermato che, ai sensi della *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne*, gli Stati devono “fornire alle lavoratrici migranti un facile accesso ai rimedi contro gli abusi dei datori di lavoro, permettendo loro di rimanere nel Paese mentre vengono adite le vie legali”.⁴⁵⁹ Il Comitato per l'Eliminazione delle Discriminazioni Razziali ha affermato che gli Stati devono “garantire il diritto di tutti i lavoratori migranti, indipendentemente dalla loro condizione giuridica, di ottenere effettiva tutela e rimedi nei casi di violazioni dei loro diritti

456. *Muminov c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 339, par. 100; *Isakov c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, par. 136; *Yuldashev c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, par. 110-111; *Garayev c. Azerbaigian*, C.edu, Ricorso n. 53688/08, Sentenza del 10 giugno 2010, parr. 82 e 84.

457. *Opinione Consultiva su migranti senza documenti*, C.IADU, op. cit., nota n. 33, par. 170.

458. Art. 22.9 CIDLM (traduzione ufficiosa). Vedi, sui diritti del lavoro, art. 25.3 CIDLM.

459. *Osservazioni Conclusive sulla Malesia*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/MYS/CO/2, 31 maggio 2006, parr. 25-26 (traduzione ufficiosa); *Osservazioni Conclusive sulla Cina*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/CHN/CO/6, 25 agosto 2006, parr. 41-42; *Osservazioni Conclusive sul Bhutan*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/BTN/CO/7, 7 agosto 2009, parr. 29-30.

umani”.⁴⁶⁰ Osservazioni simili sono state evidenziate dal Comitato sui Lavoratori Migranti.⁴⁶¹

Il Comitato sull'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne è l'organo di controllo della Convenzione che ha trattato più ampiamente la questione di accesso a un ricorso, con particolare attenzione alle difficoltà di accesso alla giustizia delle donne migranti irregolari, riconoscendo che esse temono di rivelare la violazione dei loro diritti umani a causa della paura di essere denunciate e, conseguentemente, espulse.⁴⁶² Il Comitato ha ripetutamente affermato che gli Stati devono “fornire alle lavoratrici migranti un facile accesso ai rimedi contro gli abusi dei datori di lavoro, permettendo loro di rimanere nel Paese mentre vengono adite le vie legali”.⁴⁶³ In conseguenza di ciò, gli Stati hanno l'obbligo di “abrogare o modificare leggi che regolano i casi di perdita del permesso di lavoro, e che si traducono in mancati guadagni e possibile espulsione amministrativa, quando una lavoratrice presenta una denuncia di sfruttamento o abuso e mentre attende l'indagine in corso”.⁴⁶⁴

Le osservazioni sulla *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazioni contro le donne* possono essere applicate anche a tutte le altre categorie di migranti. Seguendo questa metodologia, l'espulsione produce effetti sia diretti sia indiretti sul diritto a un ricorso del migrante:

- **Effetto diretto:** eseguita l'espulsione, il ricorso può diventare inutile e inefficace a causa delle difficoltà di accedere alle procedure, anche per le situazioni esistenti nel Paese in cui si viene espulsi. In questo caso, un fattore importante riguarda la possibilità per il migrante di rivendicare i suoi diritti dall'estero, attraverso i meccanismi previsti dallo Stato.
- **Effetti indiretti:** La minaccia di espulsione costituisce un potente deterrente per i migranti che decidono di accedere ai ricorsi contro le violazioni dei loro diritti umani. Dato che tutti i diritti devono essere interpretati in modo da rendere la loro protezione significativa ed efficace, gli Stati devono creare gli strumenti adatti a esperire un ricorso valido sia per i migranti regolari sia per i migranti irregolari senza timore di subire l'espulsione.

460. *Osservazioni conclusive sulla Repubblica di Corea*, CEDR, UN Doc. CERD/C/KOR/CO/14, 17 agosto 2007, par. 18 (traduzione ufficiale).

461. *Osservazioni conclusive sul Messico*, CLM, UN Doc. CMW/C/MEX/CO/1, 20 dicembre 2006, par. 33-34.

462. CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 26*, op. cit., nota n. 8, par. 21-22.

463. Vedi, nota n. 459 (traduzione ufficiale).

464. CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 26*, op. cit., nota n. 8, par. 26(f)(ii) (traduzione ufficiale).

Capitolo 3: Le procedure di espulsione

Questo capitolo prende in esame la tutela garantita dal diritto internazionale dei diritti umani alle persone intimiate da un provvedimento di espulsione. Queste tutele sono divenute particolarmente significative in questi ultimi anni a causa dell'introduzione in molti Paesi di procedure di espulsione accelerate o semplificate che possono minare le garanzie procedurali normalmente previste dal diritto nazionale. Con l'introduzione delle nuove procedure spesso il tempo per preparare la causa è insufficiente, e, senza poter beneficiare di una sospensione all'esecuzione del provvedimento impugnato, il ricorso in opposizione al provvedimento di espulsione viene presentato solo in seguito alla sua esecuzione. Negli ultimi anni, un'ulteriore e crescente preoccupazione riguarda le procedure di espulsione per motivi di sicurezza nazionale in cui la comunicazione dei motivi di allontanamento è insufficiente e limitato il controllo giurisdizionale. Le obbligazioni degli Stati sui diritti umani prevedono dei limiti all'utilizzo di tali procedure speciali di espulsione.

Le garanzie procedurali dei diritti umani relative ai procedimenti di espulsione differiscono tra i sistemi regionali e internazionali di tutela dei diritti umani, e si pongono in contrasto con la tutela universalmente forte e relativamente coerente dei diritti umani sostanziali prevista per le espulsioni, che è stata analizzata nel secondo capitolo.

In questo capitolo, dopo aver trattato la definizione di espulsione secondo il diritto internazionale, saranno esaminate le garanzie procedurali riconosciute dal diritto internazionale dei diritti umani nei procedimenti espulsivi, a prescindere dai diritti sostanziali implicati. Inoltre, saranno analizzate le tutele procedurali riguardanti il diritto a un ricorso e, infine, i diritti procedurali in base alla *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*

I. Quando un individuo viene “espulso”?

La nozione di espulsione nel diritto internazionale “è un concetto autonomo e indipendente da ogni definizione contenuta negli ordinamenti nazionali [...]. Escludendo l'extradizione, qualsiasi allontanamento forzato di uno straniero legalmente residente costituisce un “provvedimento di espulsione”.⁴⁶⁵ L'espulsione comprende il respingimento alla frontiera, il ritiro del visto di un residente legale che cerca di rientrare nel suo Paese di residenza,⁴⁶⁶ e ogni altra forma di trasferimento, deportazione, rimozione, esclusione, o rientro.

465. *Nolan e K. c. Russia*, op. cit., nota n. 444, par. 112 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Bolat c. Russia*, op. cit., nota n. par. 79. Il Comitato sui Diritti Umani ha anche incluso tra le espulsioni “tutte le procedure volte alla partenza obbligatoria di uno straniero, che siano previste dal diritto interno come espulsioni o altrimenti” (traduzione ufficiosa), CDU, *Commentario Generale n. 15*, op. cit., nota n. 30, par. 9. Vedi anche, *Rapporto esplicativo al Protocollo n. 7 alla CEDU*, ETS No.117 par.10.

466. *Ibid.*

Le procedure di estradizione, che sono spesso oggetto di specifiche disposizioni contenute in accordi multilaterali o bilaterali di estradizione riguardanti stranieri o cittadini, non vengono trattate in questa Guida. Tuttavia, va notato che gli obblighi relativi ai diritti umani sostanziali considerati nel secondo capitolo si applicano anche all'extradizione come a qualsiasi altro tipo di allontanamento dal territorio.

Il Relatore Speciale sull'espulsione degli stranieri della Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite (CDI), Maurice Kamto, ha notato che in materia di allontanamento di stranieri "l'espulsione non necessariamente richiede un provvedimento formale, ma può anche derivare dai comportamenti delle autorità statali che rendono difficile la vita allo straniero sul territorio nazionale, non lasciandogli altra scelta che lasciare il Paese".⁴⁶⁷ Come si vedrà in seguito, equivalgono a un provvedimento espulsivo le pratiche di molestie, incentivi e ogni altra attività pubblica che costringa lo straniero ad allontanarsi dal Paese.

II. Quale tutela è applicata nei procedimenti espulsivi?

Nel diritto internazionale dei diritti umani, il sistema di tutela applicabile nelle procedure di espulsione varia notevolmente a seconda del trattato sui diritti umani applicabile: abbiamo due tipi di approcci.

Il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e la CEDU (Protocollo 7) omettono l'applicabilità della tutela generale dell'equo processo ai procedimenti di espulsione, prevedendo specifiche garanzie procedurali per lo straniero "che si trovi regolarmente nel territorio di uno Stato Parte", lasciando i migranti senza documenti privi di protezione. Anche la *Carta araba dei diritti umani* (art. 26, comma 2) prevede una tutela per gli stranieri legalmente residenti nel territorio dello Stato Parte.

I sistemi inter-americano e africano - che fanno riferimento alla *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo*, alla *Convenzione americana sui diritti umani*, e alla *Carta africana sui diritti umani e dei popoli* - prevedono che le procedure di espulsione devono rispettare le garanzie procedurali contenute nella nozione generale del diritto ad un equo processo verso tutti i potenziali destinatari di provvedimenti di espulsione.

Anche quando alcuni aspetti essenziali dell'equo processo non sono adattabili, vanno comunque applicati alcuni diritti procedurali derivanti dal principio di *non-refoulement*, dal diritto al rispetto della vita familiare, o riguardanti altri diritti sostanziali che entrano in gioco nei procedimenti espulsivi, comprendendo anche il diritto a un ricorso effettivo.

467. Maurice Kamto, Relatore Speciale ONU della Commissione di Diritto Internazionale, *Sesto rapporto sull'espulsione degli stranieri*, UN Doc. A/CN.4/625, 19 marzo 2010 ("Sesto Rapporto CDI"), par. 37. Vedi anche, parr. 38-39, e note n. 23 e 24, che citano sentenze arbitrali internazionali del Tribunale per le Dispute USA-Iran e della Commissione per le Dispute Eritrea-Etiopia che adottano questa definizione di espulsione.

Un principio generale comune prevede che, in materia di espulsione, siano vietate le discriminazioni dirette o indirette per motivi di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altro genere, origine nazionale o sociale, proprietà, nascita o altra condizione sociale.⁴⁶⁸ Secondo i trattati internazionali dei diritti umani, tale obbligo deriva dal principio di non discriminazione e dalle garanzie procedurali nei procedimenti espulsivi.⁴⁶⁹ La *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* (artt. 5(a) e 6) proibisce nei procedimenti espulsivi la discriminazione fondata sulla razza, colore, discendenza, od origine nazionale o etnica.⁴⁷⁰ La discriminazione tra uomo e donna è specificamente vietata dal *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 3) e dalla *Convenzione sull'eliminazione di discriminazioni contro le donne* (artt. 13 e 15.1), mentre la *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità* proibisce ogni discriminazione fondata sulla disabilità (vedi l'art. 5).⁴⁷¹

Inoltre, la *Convenzione internazionale per la protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari* (vedi gli artt. 22 e 23) prevede una normativa universale e dettagliata riguardante le procedure di espulsione per i lavoratori migranti regolari e irregolari. Queste disposizioni sono state applicate regolarmente nelle osservazioni del Comitato sui Lavoratori Migranti.⁴⁷² Tuttavia, va rilevato che solo quarantaquattro Stati hanno sottoscritto tale Convenzione, con l'adesione di pochi tra i Paesi più sviluppati, che rappresentano gli Stati di destinazione più probabili per i migranti.

468. CDU, *Commentario Generale n. 15, op. cit.*, nota n. 30, par. 9-10.

469. Ai sensi del PIDCP ciò deriva dal diritto ad una protezione uguale in base alla legge contenuto nell'art. 2.3 PIDCP in combinato disposto con l'art. 13 PIDCP, e dall'art. 16 PIDCP; l'art. 7 in combinato disposto con l'art. 22 CIDLM; l'art. 14 in combinato disposto con l'art. 1 del Protocollo 7 CEDU, e separatamente, dall'art. 1 del Protocollo 12 CEDU, che contiene un divieto a sé stante di discriminazione che a tutt'oggi è stato ratificato solo da 18 Stati (9 febbraio 2011); art. 1 CADU in combinato disposto con l'art. 22.6 CADU, e dall'art. 24 CADU; l'art. 2 in combinato disposto con l'art. 12.4 CADUP, e dall'art. 3 CADUP; e dall'art. 3 in combinato disposto con l'art. 26.2 CARDU, e dal suo art. 11.

470. *Osservazioni Conclusive sulla Repubblica Dominicana*, CEDR, UN Doc. CERD/C/DOM/CO/12, 16 maggio 2008, par. 13.

471. L'art. 6 della Convenzione contiene protezioni specifiche contro la discriminazione delle donne con disabilità e l'art. 7 riguarda i bambini con disabilità.

472. *Osservazioni Conclusive sul Messico*, CLM, *op. cit.*, nota n. 461, par. 13; *Osservazioni Conclusive sull'Ecuador*, CLM, UN Doc. CMW/C/ECU/CO/1, 5 dicembre 2007, par. 26; *Osservazioni Conclusive sulla Bolivia*, CLM, UN Doc. CMW/C/BOL/CO/1, 29 aprile 2008, par. 30; *Osservazioni Conclusive sulla Colombia*, CLM, UN Doc. CMW/C/COL/CO/1, 22 maggio 2009, par. 28.

1. Le specifiche garanzie procedurali nei procedimenti espulsivi

Come indicato nei paragrafi precedenti, il Comitato sui Diritti Umani⁴⁷³ e la Corte Europea dei Diritti Umani⁴⁷⁴ hanno chiaramente escluso la diretta applicabilità delle tutele riguardanti il diritto a un processo equo nei procedimenti espulsivi. Tuttavia, il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 13) e la CEDU (art. 1, Protocollo n. 7)⁴⁷⁵, garantiscono una tutela nei procedimenti di espulsione analoga a quella prevista dall'art. 32 della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, prevedendo per gli stranieri regolari o “legalmente residenti” che il provvedimento di espulsione deve essere emanato nei soli casi e modi previsti dalla legge. Inoltre, prima di disporre il provvedimento espulsivo, alla persona interessata deve essere consentito di far valere le proprie ragioni e di far riesaminare il caso mediante un rappresentante legale presso l'autorità competente o una o più persone designate da quest'ultima per il determinato scopo. In seguito, nella sezione II.1.f, si illustreranno le eccezioni a tali garanzie, riguardanti i casi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico.

I migranti irregolarmente presenti nel territorio dello Stato non ricevono le tutele previste dal *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art.13), dalla CEDU (art.1, Protocollo 7), e dalla *Carta araba dei diritti umani* (art.26, comma 2). L'art. 13 del Patto si applica agli stranieri che si trovano “regolarmente nel territorio” dello Stato Parte. Il termine “regolarmente” deve essere interpretato secondo la legge nazionale relativa ai requisiti necessari per l'ingresso e il soggiorno, e il clandestino o lo straniero entrato legalmente ma soggiornante in assenza di un valido documento (ad esempio, per scadenza del permesso di soggiorno), in particolare, non sono tutelati da queste disposizioni.⁴⁷⁶ Tuttavia, quando la presenza legale sul territorio di uno straniero è controversa, l'art. 13 viene applicato.⁴⁷⁷

Le garanzie procedurali previste dall'art. 1 del Protocollo n.7 CEDU valgono solo per i soggetti “regolarmente residenti” nel territorio dello Stato Parte. La nozione di “soggiorno regolare” è più ampia di quella relativa alla presenza fisica nello Stato Parte. La Corte Europea dei Diritti Umani ha affermato che “la parola “residenza” viene usata per escludere i soggetti a cui non è stato consentito l'ingresso nel territorio oppure coloro a cui viene rilasciato un visto di ingresso solo per scopi di soggiorno non residenziali [...]. Queste eccezioni sono ovviamente inapplicabili a coloro che avevano ininterrottamente continuato a risiedere nel Paese per molti

473. Vedi, *Zundel c. Canada*, CDU, Comunicazione n. 1341/2005, Decisione del 4 aprile 2007, par. 6.8. Vedi anche, *Ahani c. Canada*, CDU, Comunicazione n. 1051/2002, Decisione del 15 giugno 2004, par. 10.9; *Surinder Kaur c. Canada*, CDU, Comunicazione n.1455/2006*, Decisione del 18 novembre 2008, parr. 7.4-7.5; *P.K. c. Canada*, CDU, Comunicazione n. 1234/2003, Decisione del 3 aprile 2007, parr. 7.4-7.5.

474. *Muminov c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 339, par. 126; *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 421, par. 82; *Maaouia c. Francia*, C.edu, op. cit., nota n. 53, parr. 39-40.

475. Solo il Belgio, la Germania, i Paesi Bassi, la Turchia ed il Regno Unito non sono parti al Protocollo 7 CEDU (al 9 febbraio 2011).

476. CDU, *Commentario Generale n. 15*, op. cit., nota n. 30, par. 9. Vedi anche, *Kindler c. Canada*, CDU, op. cit., nota n. 406, par. 6.6; *Nolan e K c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 444.

477. *Ibid.*, par. 9.

anni [...]. La nozione di “residenza” non è [...] limitata alla presenza fisica, ma dipende dall'esistenza di un legame sufficiente e stabile con un luogo specifico”.⁴⁷⁸ In particolare, nel caso qui citato, il ricorrente stava cercando di rientrare nel suo Paese di residenza, quando il suo ingresso è stato rifiutato perché il suo visto era stato arbitrariamente ritirato: in questa situazione non si poteva considerare il ricorrente un residente irregolare.⁴⁷⁹

a) La decisione di espulsione in conformità alla legge

Secondo i trattati internazionali (art. 13 *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, art. 1 Protocollo 7 CEDU, art. 26, comma 2 della *Carta araba dei diritti umani*), occorre verificare che l'adozione del provvedimento espulsivo sia stata decisa in base ad una legge, come primo requisito di ammissibilità. La conformità alla legge viene interpretata dalla Corte Europea dei Diritti Umani per includere la necessità di prevedere che il provvedimento sia previsto da una legge nazionale accessibile e prevedibile, con la possibilità di un effettivo rimedio contro i provvedimenti arbitrari delle pubbliche autorità.⁴⁸⁰ Inoltre, l'espulsione deve essere emanata in applicazione delle norme sostanziali e procedurali previste dalla legge,⁴⁸¹ interpretate ed applicate in buona fede,⁴⁸² come viene richiesto dalla Corte Europea dei Diritti Umani e dal Comitato sui Diritti Umani.

b) Il diritto di far valere le proprie ragioni contro l'espulsione

Secondo i trattati internazionali (art. 13 *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, art. 1 Protocollo 7 CEDU, art. 26, comma 2 della *Carta Araba dei diritti umani*), la persona destinataria del provvedimento di espulsione ha il diritto di presentare le proprie osservazioni contro l'espulsione. Per rendere pratico ed efficace tale diritto, è essenziale che i motivi dell'espulsione siano comunicati alla persona interessata in modo chiaro e dettagliato, al fine di consentirgli l'instaurazione di un contraddittorio sul provvedimento espulsivo. La Corte Europea dei Diritti Umani ha dichiarato che vi è stata la violazione dell'art. 1.1(a) del Protocollo 7 quando ai migranti non sono state fornite chiare indicazioni sul provvedimento ricevuto, informazioni sufficienti

478. *Nolan e K. c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 444, par. 110 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Rapporto esplicativo ETS No.117*, op. cit., nota n. 465, par. 9; *Bolat c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 465, parr. 76-80.

479. *Ibid.*

480. *Lupsa c. Romania*, C.edu, Ricorso n. 10337/04, Sentenza dell'8 giugno 2006, par. 55; *Kaya c. Romania*, C.edu, Ricorso n. 33970/05, Sentenza del 12 ottobre 2006, par. 55; *C.G. e al. c. Bulgaria*, C.edu, Ricorso n. 1365/07, Sentenza del 24 aprile 2008, par. 73. Vedi anche, *Venti linee guida sul ritorno forzato*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 4 maggio 2005 alla 925a riunione dei Rappresentanti dei Ministri, Linea guida 2.

481. *Maroufidou c. Svezia*, CDU, Comunicazione n. 58/1979, Decisione dell'8 aprile 1981, par. 9.3; *Bolat c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 465, par. 81. Vedi anche, *Lupsa c. Romania*, C.edu, op. cit., nota n. 480, parr. 56-61; *Kaya c. Romania*, op. cit., nota n. 480, parr. 56-61; *Good c. Botswana*, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 442, par. 204.

482. *Ibid.*, par. 10.1.

relative all'udienza di discussione o un tempo adeguato per preparare la causa.⁴⁸³ Inoltre, il Comitato sui Diritti Umani ha anche sottolineato che “allo straniero devono essere messi a disposizione tutti gli strumenti utili per la presentazione del ricorso contro l'espulsione, in modo che questo diritto sia effettivo in tutte le circostanze.”⁴⁸⁴

A livello europeo è intervenuto il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (le cui raccomandazioni non sono vincolanti ma comunque autorevoli), raccomandando che “il provvedimento di allontanamento deve essere indirizzato per iscritto alla persona interessata, direttamente o mediante il rappresentante nominato legalmente, con indicazione dei motivi di fatto e di diritto su cui è basato il provvedimento e delle modalità e dei tempi per proporre ricorso, specificando la possibilità di disporre la sospensione dell'esecuzione del provvedimento.”⁴⁸⁵

c) Il diritto all'assistenza legale

Il diritto alla rappresentanza di un avvocato presso le autorità competenti per decidere sull'emanazione del provvedimento di espulsione è specificatamente garantito dal *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 13) e dalla CEDU (art. 1.1(c) del Protocollo 7).

Ai sensi dell'art. 13 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, il Comitato sui Diritti Umani ha raccomandato che gli Stati dovrebbero garantire l'accesso all'“assistenza legale gratuita ai richiedenti asilo durante l'intera procedura ordinaria o straordinaria”,⁴⁸⁶ e assicurarsi “che tutti i richiedenti asilo abbiano accesso a un avvocato, all'assistenza legale gratuita e alla nomina di un interprete”.⁴⁸⁷

La Corte Europea dei Diritti Umani ha riconosciuto l'espulsione eseguita in violazione delle garanzie processuali previste dall'art. 1 del Protocollo 7 CEDU quando “la decisione riguardante l'espulsione del ricorrente non gli era stata comunicata da oltre tre mesi e [...] e non gli era stata consentita la presentazione le proprie ragioni contro l'espulsione e di impugnare il provvedimento con la partecipazione di un avvocato”.⁴⁸⁸

Nelle *Venti linee guida sul rimpatrio forzato*, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha dichiarato che i termini stabiliti per l'esercizio di un ricorso contro l'espulsione non devono essere irragionevolmente brevi, e che “il ricorso deve

483. *Lupsa c. Romania*, C.edu, op. cit., nota n. 480, parr. 59-60; *Kaya c. Romania*, C.edu, op. cit., nota n. 480, parr. 59-60; *Nolan e K. c. Russia*, op. cit., nota n. 444, par. 115.

484. CDU, *Commentario Generale* n. 15, op. cit., nota n. 30, par. 10 (traduzione ufficiosa).

485. *Venti linee guida sui ritorni forzati*, op. cit., nota n. 480, Linea guida 4.1 (traduzione ufficiosa).

486. *Osservazioni Conclusive sulla Svizzera*, CDU, UN Doc. CCPR/C/CHE/CO/3, 29 ottobre 2009, par. 18 (traduzione ufficiosa); *Osservazioni Conclusive sull'Irlanda*, CDU, UN Doc. CCPR/C/IRL/CO/3, 30 luglio 2008, par. 19.

487. *Osservazioni Conclusive sul Giappone*, CDU, UN Doc. CCPR/C/JPN/CO/5, 18 dicembre 2008, par. 25 (traduzione ufficiosa).

488. *Nolan e K. c. Russia*, op. cit., nota n. 444, par. 115 (traduzione ufficiosa).

essere accessibile, e, quindi, quando il destinatario del provvedimento di allontanamento non dispone dei mezzi sufficienti per pagare la necessaria assistenza legale, deve poterla ricevere gratuitamente, in modo conforme alle norme nazionali in materia di gratuito patrocinio a spese dello Stato”.⁴⁸⁹ Anche se le linee guida costituiscono norme non vincolanti del sistema europeo dei diritti umani, il Comitato dei Ministri considera che tale particolare disposizione incorpora obblighi di diritto pattizio già esistenti e vincolanti per gli Stati Membri del Consiglio d’Europa.⁴⁹⁰

d) Il diritto al ricorso

In materia di espulsioni, sia gli organismi delle Nazioni Unite guardiani dei trattati sui diritti umani sia il Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa non sono arrivati a riconoscere il diritto a una tutela giurisdizionale, tuttavia, hanno insistito sulla necessità di garantire l’impugnazione contro le decisioni di allontanamento dinanzi a un’autorità indipendente.

Ai sensi dell’art. 13 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, il Comitato sui Diritti Umani ha riconosciuto che “allo straniero vengano forniti gli strumenti necessari per preparare il ricorso contro l’espulsione in una prospettiva di effettività del diritto di impugnazione. [Questi] principi [...], relativi ai rimedi contro l’espulsione e il diritto al controllo di un’autorità indipendente, possono essere derogati solamente quando lo richiedono “impellenti motivi di sicurezza nazionale”. Le discriminazioni sono vietate tra le differenti categorie di stranieri nell’applicazione delle [garanzie procedurali nei procedimenti di espulsione].”⁴⁹¹ Le osservazioni conclusive del Comitato sui Diritti Umani e del Comitato per l’Eliminazione delle Discriminazioni Razziali hanno anche affermato che il diritto al riesame di tutte le decisioni in materia di immigrazione implica un diritto di accesso eguale a procedure di ricorso indipendenti e, conseguentemente, per l’attuazione di tali procedure e del controllo giurisdizionale di decisioni sfavorevoli, deve essere disposta la sospensione dell’esecuzione del provvedimento di espulsione.⁴⁹²

L’art. 1 del Protocollo 7 CEDU prevede, per la persona interessata, il diritto ad impugnare il provvedimento di espulsione.⁴⁹³ Il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha specificato – in disposizioni ritenute esplicative degli attuali obblighi

489. *Venti linee guida sui ritorni forzati*, op. cit., nota n. 480, Linea guida 5.2 (traduzione ufficiosa).

490. *Ibid.*, Preambolo 2(a).

491. CDU, *Commentario Generale n. 15*, op. cit., nota n. 30, par. 10 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Hammel c. Madagascar*, CDU, Comunicazione n. 155/1983, Decisione del 3 aprile 1987, par. 19.2-19.3; *Osservazioni Conclusive sulla Svezia*, CDU, Rapporto del Comitato sui Diritti Umani all’Assemblea Generale, 51a Sessione, Vol. I, UN Doc. A/51/40 (1996), par. 88 e 96; *Osservazioni Conclusive sulla Siria*, CDU, Rapporto del Comitato sui Diritti Umani all’Assemblea Generale, 56a Sessione, UN Doc. A/56/40 (2001).

492. *Osservazioni Conclusive sull’Irlanda*, CDU, 2008, op. cit., nota n. 486, par. 19; *Osservazioni Conclusive sulla Repubblica Dominicana*, CEDR, 2008, op. cit., nota n. 470, par. 13.

493. *Rapporto esplicativo*, ETS No.117, op. cit., nota n. 465 par. 13.2. Vedi anche, *Persone che tentano di raggiungere l’Europa via mare: flussi misti di migrazione via mare verso l’Europa meridionale*, Risoluzione APCE n. 1637 (2008), par. 9.10.4.

internazionali degli Stati Membri – che “al destinatario del provvedimento di allontanamento deve essere concesso un ricorso effettivo presso un’autorità o organismo competente composto di membri imparziali e indipendenti. L’autorità o l’organo competente deve avere il potere di rivedere il provvedimento di allontanamento e, eventualmente, di disporre la sospensione dell’esecuzione del provvedimento impugnato.”⁴⁹⁴ Il Comitato dei Ministri ha anche dichiarato che il termine fissato per la proposizione del ricorso non deve essere irragionevolmente breve, il rimedio deve essere accessibile, con la possibilità di avere una rappresentanza legale e il gratuito patrocinio a spese dello Stato.⁴⁹⁵

e) L'applicazione del principio di non-discriminazione

Il diritto internazionale dei diritti umani prevede chiaramente che il procedimento espulsivo non deve contenere norme discriminatorie e che il provvedimento espulsivo non va eseguito in maniera discriminatoria: ad esempio, prendendo di mira particolari categorie di stranieri oppure mediante l'applicazione di procedure divergenti per migranti di diversa nazionalità o etnia senza un'oggettiva giustificazione, o non assicurando un'eguale protezione procedurale per le donne.

La lettura congiunta degli artt. 2.1, 13 e 26 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* proibisce le pratiche discriminatorie fondate sulla razza, il colore, la lingua, la religione, l'opinione politica, o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione.⁴⁹⁶ Lo stesso discorso vale per il sistema europeo di protezione dei diritti umani ai sensi dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con gli artt. 1 dei Protocolli 7 e 12 CEDU.⁴⁹⁷

Il divieto di discriminazione e il diritto all'eguaglianza davanti alla legge sono riconosciuti dai sistemi di protezione dei diritti umani inter-americano (vedi artt. 1, 22.6, 24 della *Convenzione americana sui diritti umani*), africano (vedi artt. 2, 12.4, 3 della *Carta africana sui diritti umani e dei popoli*) e arabo (vedi artt. 3, 26.2, 11 della *Carta araba dei diritti umani*). Sono rilevanti anche alcuni trattati internazionali che prevedono specifiche protezioni contro le discriminazioni fondate su razza, sesso e disabilità (cfr. l'introduzione).

f) Le eccezioni di ordine pubblico e di sicurezza nazionale

Come è stato osservato in precedenza, le garanzie procedurali nei procedimenti espulsivi prevedono delle eccezioni per motivi di ordine pubblico o di sicurezza nazionale. L'art. 13 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* prevede espressamente una deroga alle garanzie procedurali per “imperiosi motivi di sicurezza nazionale”. L'art. 1 del Protocollo n. 7, in teoria, non priva totalmente gli stranieri

494. *Venti linee guida sui ritorni forzati*, op. cit., nota n. 480, Linea guida 5.1 (traduzione ufficiale).

495. *Ibid.*, Linea guida 5.2.

496. CDU, *Commentario Generale n. 15*, op. cit., nota n. 30, parr. 9-10.

497. Ad oggi il Protocollo 12 è stato ratificato solo da 18 Stati (9 febbraio 2011).

delle tutele riconosciute anche nelle espulsioni disposte per motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale, ma consente l'espulsione dello straniero **prima** che possa esercitare i suoi diritti, i quali potranno essere fatti valere in seguito, quando l'espulsione sia ritenuta "necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale".⁴⁹⁸ In pratica, tuttavia, la possibilità di esercitare tali diritti senza un effetto sospensivo dell'esecuzione del provvedimento non fornisce una tutela efficace.

Quando gli Stati avanzano queste eccezioni per giustificare una deroga ai diritti procedurali nel procedimento d'espulsione, essi devono fornire delle prove sull'esistenza di un interesse di ordine pubblico o sicurezza nazionale,⁴⁹⁹ devono dimostrare che la decisione ha una base legale accessibile prevista dal diritto nazionale, assunta in virtù di una finalità legittima, necessaria in una società democratica e proporzionata allo scopo perseguito.⁵⁰⁰

2. Le procedure di espulsione e il diritto a un equo processo

Diversamente dal Comitato sui Diritti Umani e dalla Corte Europea dei Diritti Umani, che, come è stato già evidenziato, hanno respinto l'applicabilità dei principi dell'equo processo nei casi di espulsione,⁵⁰¹ i sistemi di protezione dei diritti umani inter-americano, attraverso la Corte Inter-Americana dei Diritti Umani e la Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani, e africano, attraverso la Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli, hanno riconosciuto che le garanzie del giusto processo si applicano anche nei procedimenti di espulsione.⁵⁰²

La Corte e la Commissione Inter-Americana hanno stabilito che l'art. 8 (diritto a un processo equo) e l'art. 25 (diritto alla tutela giudiziaria) della *Convenzione americana sui diritti Umani* e l'art. XVIII (diritto a un processo equo) della Dichiarazione Americana si applicano anche ai procedimenti di espulsione e di deportazione.⁵⁰³

498. *Rapporto Esplicativo*, ETS No.117, *op. cit.*, nota n. 465, par.15.

499. *Nolan e K. c. Russia*, *op. cit.*, nota n. 444, par. 115; *Rapporto Esplicativo*, ETS No.117, *op. cit.*, nota n. 465, par.15.

500. *Vedi, C.G. e al. c. Bulgaria*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 480, par. 78.

501. *Vedi*, note n. 473 e 474 alla sezione II.1.

502. *Opinione Consultiva sui migranti senza documenti*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 33, parr. 124-127; *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, Serie C n. 218, Sentenza del 23 novembre 2010, par. 146; *Riebe Star e al. c. Messico*, Comm.IADU, Caso 11.160, Rapporto n. 49/99, 13 aprile 1999, Merito, 13 Aprile 1999, par. 71. *Vedi anche, Habal e figlio c. Argentina*, Comm.IADU, Caso 11.691, Rapporto n. 64/08, Merito, 25 luglio 2008, par. 53; Comm.IADU, *Rapporto su terrorismo e diritti umani*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rec. 1 corr., 22 ottobre 2002, parr. 401 e 409. Per il sistema africano vedi, *OMCT e al. c. Ruanda*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 64, pag.49, 52; *Rencontre Africaine pour la Defence des Droits de l'Homme (RADDH) c. Zambia*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 71/92, 20a Sessione Ordinaria, ottobre 1996, pag.60, par. 29; *UIADH e al. c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 43, parr. 19-20; *Amnesty International c. Zambia*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 441, parr. 38, 42 e 53; *IHRDA c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, par. 59; *ZLHR e IHRD c. Zimbabwe*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, parr. 106-109; *Good c. Botswana*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 442, parr. 161-163, 179-180.

503. *Opinione Consultiva sui migranti senza documenti*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 33, parr. 124-127; Comm.IADU, *Rapporto su terrorismo e diritti umani*, *op. cit.*, nota n. 502, parr. 398-403; *Habal e figlio c. Argentina*, Comm.

Inoltre, la Commissione ha chiarito che, anche se il diritto a un equo processo in questi procedimenti “non richiede l’applicazione di tutti gli elementi particolari di un equo processo previsti nell’ambito penale, tuttavia, va riconosciuta una soglia minima di garanzie procedurali.”⁵⁰⁴

In particolare, tali organismi hanno confermato l’applicabilità delle seguenti garanzie:

- Il diritto a un’udienza pubblica;⁵⁰⁵
- Il diritto di avere un’adeguata opportunità per esercitare il diritto di difesa;⁵⁰⁶
- Il diritto a essere assistito da un avvocato e di avere accesso al gratuito patrocinio;⁵⁰⁷
- Il diritto di avere il tempo sufficiente per accertare gli addebiti contestati;⁵⁰⁸
- Il diritto di avere un tempo ragionevole per preparare e formalizzare una risposta e per la ricerca e la presentazione degli elementi di prova;⁵⁰⁹
- Il diritto di essere informato dei motivi di espulsione prima della sua esecuzione;⁵¹⁰
- Il diritto di impugnare il provvedimento davanti a un giudice superiore o tribunale;⁵¹¹
- Il diritto di previa notifica del provvedimento.⁵¹²

La Commissione Inter-Americana ha anche ritenuto che il mancato rispetto del diritto a un processo equo, il diritto a una procedura adeguata, ed il diritto ad una difesa effettiva costituiscono violazioni dell’art. 22.6 della *Convenzione americana sui diritti umani*, in cui si afferma che “uno straniero legalmente presente nel territorio

IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 54; *Riebe Star e al. c. Messico*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 71.

504. Comm.IADU, *Rapporto su terrorismo e diritti umani*, *op. cit.*, nota n. 502, par. 403.

505. *Ibid.*, par. 403; *Riebe Star e al. c. Messico*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 71.

506. *Ibid.*, par. 403.

507. *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 146; Comm.IADU, *Rapporto su terrorismo e diritti umani*, *op. cit.*, nota n. 502, par. 403; *Riebe Star e al. c. Messico*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 71.

508. Comm.IADU, *Rapporto su terrorismo e diritti umani*, *op. cit.*, nota n. 502, par. 403; *Riebe Star e al. c. Messico*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 71.

509. *Ibid.*, par. 403; *Riebe Star e al. c. Messico*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 71.

510. *Habal e figlio c. Argentina*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 55.

511. *Ibid.*, par. 55.

512. *Ibid.*, par. 55.

dello Stato Parte della presente Convenzione può essere espulso solo a seguito di una decisione adottata a norma di legge.”⁵¹³

Nelle procedure di espulsione la Commissione Africana ha ritenuto applicabili gli artt. 7 e 9.1 della *Carta africana sui diritti umani e dei popoli* riguardanti il diritto a un processo equo⁵¹⁴ e il diritto ad essere informato⁵¹⁵. In conseguenza di ciò, la Commissione ha determinato che uno straniero, a prescindere dalla condizione legale, ha il diritto di contestare una decisione di allontanamento dinanzi a un'autorità giudiziaria nazionale,⁵¹⁶ e il diritto di ricevere le motivazioni della deportazione.⁵¹⁷

La Commissione Africana ha affermato che lo Stato deve produrre dei mezzi di prova dinanzi ai giudici quando emana un provvedimento espulsivo nei confronti di un cittadino o di uno straniero per motivi di sicurezza nazionale. La Commissione ha evidenziato che il diritto di essere informato dei motivi dell'espulsione costituisce un elemento del diritto a un equo processo e non può essere derogato nei periodi in cui viene dichiarato lo stato di emergenza. Inoltre, la mancata comunicazione delle motivazioni riguardanti l'espulsione viola gli artt. 7 (diritto a un processo equo), 26 (diritto all'indipendenza del sistema giudiziario) e 9 (diritto d'accesso alle informazioni). La Commissione ha ammonito che l'emanazione di un provvedimento di allontanamento, senza fornire le motivazioni per l'espulsione, costituirebbe “una parodia della giustizia e dello stato di diritto”.⁵¹⁸

La Commissione Africana ha stabilito che l'emanazione di un provvedimento di espulsione, che non prevede la possibilità di far valere le proprie ragioni davanti a un giudice nazionale competente, costituisce una violazione dell'art. 12.4 della Carta Africana, in cui viene stabilito che “lo straniero, legalmente ammesso sul territorio di uno Stato Parte della presente Carta, potrà essere espulso solo a seguito di una decisione adottata conformemente alla legge.”⁵¹⁹

513. Art. 22.6 CADU (traduzione ufficiosa). Vedi, *Habal e figlio c. Argentina*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 58; *Riebe Star e al. c. Messico*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 107.

514. *OMCT e al. c. Ruanda*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 64, pag.49, 52; *RADDH c. Zambia*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 502, pag. 60, par. 29; *UIADH e al. c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 43, parr. 19-20; *Amnesty International c. Zambia*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 441, parr. 46 and 61; *IHRDA c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, par. 59.

515. *Amnesty International c. Zambia*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 441, par. 41; *Good c. Botswana*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 442, parr. 194-195.

516. *OMCT e al. c. Ruanda*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 64, pag.49, pag. 52; *Amnesty International c. Zambia*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 441, pag.76, parr. 46 e61; *IHRDA c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, par. 59; *RADDH c. Zambia*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 502, par. 29; *UIADH e al. c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 43, parr. 19-20.

517. *Amnesty International c. Zambia*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 441, par. 41; *Good c. Botswana*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 442, parr. 194-195.

518. *Good c. Botswana*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 442, parr.193, 194 e 177 (traduzione ufficiosa).

519. Art. 12.4 CADUP (traduzione ufficiosa). Vedi, *UIADH e al. c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 43, parr. 14 e 20; *IHRDA c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, parr. 63-65; *ZLHR e al. c. Zimbabwe*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, par. 114; *Good c. Botswana*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 442, par. 205.

Le Commissioni Inter-Americana e Africana hanno stabilito che il mancato o negato accesso ad un ricorso giuridico, la mancata esecuzione di una decisione giudiziaria contro l'espulsione, o la mancanza di garanzie procedurali costituiscono violazioni sia del diritto a un equo processo sia dell'applicazione delle procedure legali in materia di espulsione (artt. 22 della Convenzione Americana e 12.4 della Carta Africana).⁵²⁰ Inoltre, per il sistema africano viene rilevata anche la violazione del diritto a un sistema giudiziario indipendente (art. 26 della Carta Africana)⁵²¹ e per il sistema inter-americano quella della tutela giudiziaria effettiva (art. 25 della Convenzione Americana).⁵²² Infine, entrambi i sistemi di protezione dei diritti umani hanno dichiarato che le tutele per un processo equo e il diritto di accesso per rivendicare i propri diritti non possono essere limitati nei procedimenti di espulsione, anche se riguardanti casi di sanità pubblica, sicurezza nazionale, e ordine pubblico.⁵²³

Riquadro n. 11. La deportazione e il trasferimento forzato come crimini internazionali

In situazioni di conflitto armato, il diritto internazionale umanitario vieta la deportazione o il trasferimento forzato da parte di una potenza occupante, rappresentata dallo Stato o da un gruppo armato, della popolazione civile di un territorio occupato, salvo che la sicurezza della popolazione o impellenti ragioni militari lo esigano. Questa regola si applica a tutti i conflitti armati di carattere internazionale e non internazionale,⁵²⁴ ed è considerata una norma di diritto internazionale consuetudinario.⁵²⁵ Le Convenzioni di Ginevra caratterizzano l'inosservanza di tale obbligo come una grave violazione delle

-
520. *IHRDA c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, parr. 63-65; *ZLHR e al. c. Zimbabwe*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, par. 114. Per il sistema inter-americano, *Habal e figlio c. Argentina*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 58; Comm.IADU, *Rapporto su terrorismo e diritti umani*, *op. cit.*, nota n. 502, par. 402.
521. *ZLHR e al. c. Zimbabwe*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, parr. 118-120; *Good c. Botswana*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 442, parr. 179-180.
522. Comm.IADU, "Situazioni dei cittadini di Haiti nella Repubblica Dominicana", nel *Rapporto Annuale 1991*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.81, Doc. 6 rec. 1, Capitolo V, 14 febbraio 1992 (Comm.IADU, *Situazione dei cittadini di Haiti*), Capitolo V; *Habal e figlio c. Argentina*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 53.
523. *IHRDA c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, par. 84. Vedi, *mutatis mutandis*, *Habeas corpus in situazioni di emergenza*, C.IADU, Opinione Consultiva OC-8/87, 30 gennaio 1987; *Good c. Botswana*, Comm. ADUP, *op. cit.*, nota n. 442, parr. 161-163, 179-180.
524. Art. 49, *Convenzione (IV) relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra*, Ginevra, 12 agosto 1949 (IV Convenzione di Ginevra); art. 17, *Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, e relativo alla protezione delle vittime di conflitti armati non internazionali* (Protocollo II), 8 giugno 1977 (PAII alle Convenzioni di Ginevra).
525. Regola n. 129, *Customary International Humanitarian Law*, Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, ICRC e Cambridge University Press, Vol I (Rules), 2009.

Convenzioni stesse.⁵²⁶

La deportazione e il trasferimento forzato di soggetti civili per motivi non consentiti dal diritto internazionale costituiscono anche un crimine contro l'umanità, se commessi nel contesto di un attacco ampio o sistematico contro la popolazione civile, e un crimine di guerra quando risultano compiuti in un conflitto armato internazionale o non internazionale.⁵²⁷

La definizione di deportazione o di trasferimento forzato della popolazione nel diritto dei trattati è prevista dallo *Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale*, che intende questo termine come “la rimozione delle persone, per mezzo di espulsione o di altri mezzi coercitivi, dalla regione nella quale si trovano legittimamente, in assenza di ragioni consentite dal diritto internazionale”.⁵²⁸ Tale definizione è prevista nel contesto di crimini contro l'umanità. Come appare chiaramente tra gli *Elementi di reati* previsti dalla Corte Penale Internazionale, il requisito di essere “legittimamente presente” non è necessario per quanto concerne il compimento di atti di deportazione o di trasferimento forzato come crimini di guerra.⁵²⁹ Il Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia ha statuito che la deportazione e il trasferimento forzato possono essere considerati dei reati di persecuzione, se compiuti con intento discriminatorio.⁵³⁰

3. Le garanzie procedurali e le espulsioni collettive

L'espulsione collettiva è proibita in modo assoluto da tutti i principali trattati sui diritti umani e la sua proibizione viene considerata una norma di diritto

526. Art. 147, IV Convenzione di Ginevra; art. 85(4)(a), *Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra 12 agosto 1949, e relativo alla protezione di vittime di conflitti armati internazionali* (Protocollo I), 8 giugno 1977 (PAI alle Convenzioni di Ginevra).

527. Artt. 2(g) e 5(d), *Statuto aggiornato del Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia*, settembre 2009 (Statuto TPIJ); art. 3(d), *Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda*, 31 gennaio 2010 (Statuto TPIR); artt. 7.1(d), 7.2(d), 8.2(a)(vii), 8.2(b)(viii) e 8.2(e)(viii), *Statuto di Roma*. Vedi anche, art. 6(c), *Carta del Tribunale Militare Internazionale (Carta di Norimberga)*; art. 5(c), *Carta del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente*; Principi VI(b) (Crimini di guerra) e (c) (Crimini contro l'umanità), “Principi della Commissione di Diritto Internazionale sul Diritto Internazionale riconosciuti nella Carta del Tribunale di Norimberga e nella sentenza del tribunale”, ILC, nello *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, par. 97.

528. Art. 7.2(d), *Statuto di Roma* (traduzione ufficiale).

529. Vedi, artt. 7.1(d), 8.2(a)(vii), 8.2(b)(viii), 8.2(e)(viii) degli *Elementi dei reati*, CPI, Doc. ICC-ASP/1/3(part II-B), adottati il 9 settembre 2002. Vedi anche, *Pubblico Ministero c. Milomir Stakic*, TPIJ, Sentenza d'appello, Caso n. IT-97-24-A, 22 marzo 2006, par. 276-300 and 317; e, *Pubblico Ministero c. Milorad Kvojelec*, TPIJ, Sentenza d'appello, Caso n. IT-97-25-A, 17 settembre 2003, par. 218-229.

530. Vedi, *Pubblico Ministero c. Milorad Kvojelec*, TPIJ, Sentenza d'appello, Caso n. IT-97-25-A, 17 settembre 2003, par. 218-222.

internazionale consuetudinario⁵³¹ che vincola tutti gli Stati, indipendentemente dall'adesione a un trattato che proibisce l'espulsione collettiva di stranieri. Tale divieto è contenuto nei seguenti articoli: art. 4 del Protocollo 4 CEDU,⁵³² art. 12.5 della Carta Africana, art. 22.9 della Convenzione Americana, art. 26.2 della Carta Araba, e l'art. 22.1 della *Convenzione internazionale per la protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari*.

Sebbene non espressamente previsto dal *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, il Comitato sui Diritti Umani ha chiarito che “la normativa o i provvedimenti che prevedono le espulsioni collettive o di massa” comporterebbero una violazione dell'art. 13 del Patto.⁵³³ Inoltre, il Comitato ha affermato nel suo *Commento Generale n. 29* che la deportazione e il trasferimento forzato (come definito dallo *Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale*, vedi riquadro n. 11) è un provvedimento che non può essere adottato neanche in situazioni di emergenza, e nessuna deroga ad un qualunque diritto della Convenzione, anche se consentita di per sé, può giustificare l'attuazione di tali misure.⁵³⁴ Il Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale ha rilevato che le espulsioni collettive violano gli artt. 5 (a) e 6 della Convenzione.⁵³⁵

Il problema di fondo che viene rilevato nelle espulsioni collettive è la mancata considerazione del singolo caso individuale che deve essere esaminato in maniera equa ed obiettiva. La Corte Europa dei Diritti Umani ha dichiarato che “l'espulsione collettiva [...] è da intendersi come qualsiasi provvedimento che costringa degli stranieri come gruppo a lasciare il Paese, salvo che tale misura venga adottata sulla base di un esame ragionevole e obiettivo del caso particolare di ogni individuo straniero appartenente al gruppo.”⁵³⁶ La procedura di espulsione deve offrire sufficienti garanzie per poter dimostrare che la situazione personale di ciascuno degli interessati sia stata effettivamente presa in considerazione.⁵³⁷ Nei casi in cui i provvedimenti individuali di espulsione non richiamano sufficientemente le circostanze particolari di ogni gruppo di migranti in situazioni simili, e dove le modalità e i tempi di espulsione dei membri del gruppo sono simili, ciò può essere considerata una ragione per riscontrare un'espulsione collettiva in violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU.⁵³⁸

531. Il Relatore Speciale CDI sull'espulsione degli stranieri ha ritenuto che il divieto di espulsioni collettive ha assunto lo status di un principio generale del diritto internazionale “riconosciuto dalle nazioni civilizzate”; Vedi, *Terzo rapporto CDI*, op. cit., nota n. 43, par. 115.

532. Vedi anche, *Venti linee guida sul ritorno forzato*, op. cit., nota n. 480, Linea guida 3.

533. CDU, *Commentario Generale n. 15*, op. cit., nota n. 30, par. 10.

534. *Commentario Generale n. 29, Stati di emergenza*, CDU, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 agosto 2001, par. 13(d).

535. *Osservazioni conclusive sulla Repubblica Dominicana*, CEDR, op. cit., nota n. 470, par. 13.

536. *onka c. Belgio*, C.edu, Ricorso n. 51564/99, Sentenza del 5 febbraio 2002, par. 59 (traduzione ufficiale). Vedi anche, *Sultani c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 45223/05, Sentenza del 20 luglio 2007, par. 81.

537. *Ibid.*, par. 63. *Sultani c. Francia*, C.edu, op. cit., nota n. 536, par. 81.

538. *Ibid.*, par. 61-63.

La Commissione Inter-Americana ha ritenuto che “l’espulsione diventa di natura collettiva quando la decisione di allontanamento non è basata su casi individuali, ma su considerazioni di gruppo, anche se il gruppo in questione non è di grandi dimensioni”.⁵³⁹ La Commissione Africana ha stabilito più volte che “le espulsioni collettive riguardanti qualsiasi categoria di persone, che siano fondate sulla nazionalità, religione, etnia, razza o altre considerazioni, “costituiscono una violazione speciale dei diritti umani”⁵⁴⁰ e una violazione flagrante della Carta.⁵⁴¹ Inoltre, la Commissione ha affermato che le espulsioni collettive possono comportare numerose violazioni dei diritti umani, compresi il diritto alla proprietà, al lavoro, all’istruzione, alla famiglia e alla non discriminazione.⁵⁴²

Riquadro n. 12. Le espulsioni ripetitive possono violare il divieto di trattamenti inumani e degradanti

Nella decisione *A.H. c. Paesi Bassi*, la Commissione Europea dei Diritti Umani ha stabilito che “l’espulsione ripetuta di un individuo, la cui identità era impossibile da determinare, in un Paese in cui la sua ammissione non sia garantita, può far sorgere una problematica ai sensi dell’art. 3 della Convenzione [...]. Tale problema può verificarsi, a maggior ragione, se lo straniero nell’arco di un lungo periodo di tempo viene espulso più volte da un Paese all’altro senza essere regolarizzato in nessun Paese”.⁵⁴³ L’art.3 della CEDU contiene il divieto della tortura e di pene o trattamenti inumani e degradanti. Nella decisione *John K. Modise c. Botswana*, la Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli ha anche stabilito che le ripetute espulsioni e continue minacce di deportazione equivalgono a una violazione del diritto a non essere soggetti a trattamenti crudeli, inumani o degradanti ai sensi dell’art. 5 della Carta.⁵⁴⁴

539. Comm.IADU, *Rapporto su terrorismo e diritto umani*, op. cit., nota n. 502, par. 404 (traduzione ufficiosa).

540. *IHRDA c. Angola*, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 380, par. 69 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *RADDH c. Zambia*, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 502, par. 19; *African Institute for Human Rights and Development (AIHRD) (in rappresentanza dei rifugiati della Sierra Leone in Guinea) c. Guinea*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 249/2002, 36a Sessione Ordinaria, 23 novembre-7 dicembre 2004, Appendice IV, pag. 131, par. 69; *OMCT e al. c. Ruanda*, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 64.

541. *RADDH c. Zambia*, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 502, par. 31.

542. *UIADH c. Angola*, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 43, parr. 14-18.

543. *Harabi c. Paesi Bassi*, Comm.EDU, Ricorso n. 10798/84, Decisione sull’ammissibilità, 5 marzo 1986, par. 1 (traduzione ufficiosa).

544. *Modise c. Botswana*, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 441, par. 91.

III. Le garanzie procedurali nel procedimento di espulsione e il diritto a un ricorso

Come viene ampiamente riconosciuto dai principali trattati sui diritti umani, quando si verifica un caso sostenibile di violazione di un diritto individuale, la persona interessata ha diritto ad esperire un ricorso effettivo a livello nazionale.⁵⁴⁵ Tale diritto ad un ricorso comporta che, quando vi sia un reclamo sostenibile che un diritto umano sostanziale verrebbe violato dall'esecuzione dell'espulsione (cfr. secondo capitolo), si applicheranno garanzie procedurali aggiuntive volte ad assicurare l'applicazione di un rimedio efficace contro la violazione concreta o potenziale del diritto, prevenendo così un controllo rigoroso del processo di espulsione.⁵⁴⁶ Il diritto a un ricorso effettivo viene applicato anche se poi viene stabilita la mancata violazione dei diritti sostanziali. L'obiettivo della previsione di un ricorso è quello "di far rispettare i contenuti dei diritti e delle libertà contenuti nei [trattati internazionali dei diritti umani], in qualunque maniera essi siano stati recepiti nell'ordinamento giuridico interno".⁵⁴⁷

1. Un ricorso effettivo

Quando a un individuo viene intimato di abbandonare la giurisdizione nazionale in una maniera che possa dare adito ad un caso sostenibile di violazione dei diritti umani, la persona ha diritto di esperire un ricorso avverso l'espulsione che sia effettivo, imparziale, indipendente e in grado di riesaminare ed, eventualmente, annullare l'ordinanza di espulsione.⁵⁴⁸ I *Principi fondamentali delle Nazioni Unite e le linee guida riguardanti il diritto a un ricorso e alla riparazione dei danni per le vittime di gravi violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e di serie violazioni del diritto umanitario* affermano che gli Stati hanno l'obbligo di prevedere mezzi di tutela disponibili, adeguati, efficaci, tempestivi e adatti per le vittime di violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, comprendendo il risarcimento dei danni.⁵⁴⁹ Tali principi, che sono stati

545. Art. 8 DUDU; art. 2.3 PIDCP; art. 8.2 CPSF; art. 13 CEDU; art. 25 CADU; art. 25 *Protocollo alla CADUP sui Diritti delle Donne in Africa*.

546. *Ahani c. Canada*, CDU, Comunicazione n. 1051/2002, Decisione del 15 giugno 2004, par. 10.6-10.8.

547. *Al-Nashif c. Bulgaria*, C.edu, Ricorso n. 50963/99, Sentenza del 20 giugno 2002, par. 132 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Omkarananada e "the Divine Light Zentrum" c. Svizzera*, Comm.EDU, *op. cit.*, par. 9.

548. *Alzery c. Svezia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 473, par. 11.8. Nello stesso caso, il Comitato non ha riscontrato una violazione dell'art. 13 PIDCP, così dimostrando la protezione più ampia fornita dal principio di *non-refoulement*. Vedi anche, *Zhakhongir Maksudov e al. c. Kirghizistan*, CDU, *op. cit.*, nota n. 323, par. 12.7; *Agiza c. Svezia*, CCT, *op. cit.*, nota n. 329, par. 13.7; *Shamayev e al. c. Georgia e Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 414, par. 460; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 323, par. 293; *C.G. e al. c. Bulgaria*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 480, par. 56 (diritto ad un ricorso in relazione al diritto al rispetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU); *onka c. Belgio*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 536, par. 77-85 (diritto al ricorso in casi di presunte espulsioni collettive ai sensi dell'art. 4 Protocollo 4 CEDU). Per il sistema inter-americano, inter alia, *Ximenes-Lopes c. Brasile*, C.IADU, Serie C n. 149, Sentenza del 4 luglio 2006, par. 175. Un'analisi completa del diritto ad un ricorso si trova nella, ICJ, *Guida per operatori del diritto n. 2, op. cit.*, nota n. 452.

549. Art. 2 e 3 dei *Principi fondamentali delle Nazioni Unite sul diritto ad un ricorso e alla riparazione*.

approvati da tutti i membri dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, richiamano il dovere imposto dall'obbligo generale di rispettare, garantire il rispetto e l'attuazione del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, sanciti nei trattati e nel diritto consuetudinario internazionale.⁵⁵⁰ Un ricorso effettivo dovrebbe essere garantito dall'autorità giudiziaria, o, altrimenti, da un organo giudicante che soddisfi i requisiti, menzionati sopra, di efficacia – cioè il potere di determinare la cessazione della violazione e un adeguato risarcimento, e, eventualmente, disapplicando l'ordine di espulsione – di imparzialità e di indipendenza.⁵⁵¹ Il rimedio deve essere tempestivo ed efficace sia in pratica sia in diritto, e non deve essere ingiustificatamente ostacolato dagli atti delle autorità statali.⁵⁵² Nei casi di *non-refoulement* con il rischio di subire la tortura o maltrattamenti, il coinvolgimento di diritti assoluti rafforza ulteriormente il diritto a un ricorso effettivo,⁵⁵³ richiedendo un esame scrupoloso prima di emettere la decisione di espulsione.⁵⁵⁴

La Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito che, al fine di rispettare il diritto a un ricorso, la persona intimata di subire il provvedimento espulsivo, con probabile violazione di altri diritti convenzionali, deve avere:

- accesso ai documenti e alle informazioni rilevanti sul procedimento legale in corso;
- il materiale tradotto e il servizio di interpretariato, ove necessario;
- accesso effettivo alla consulenza legale ed, eventualmente, l'ammissione al gratuito patrocinio a spese dello Stato;⁵⁵⁵
- il diritto al contraddittorio nel procedimento legale;
- un provvedimento di espulsione motivato (una decisione che non prende adeguatamente in esame la situazione personale sarà ritenuta insufficiente) con un'adeguata e ragionevole opportunità di presentare le ragioni contrarie all'adozione del provvedimento espulsivo.⁵⁵⁶

Quando le autorità pubbliche non riescono a notificare in modo efficace l'instaurato procedimento di espulsione alla persona interessata, lo Stato non può eseguire

550. Art. 1 dei *Principi fondamentali delle Nazioni Unite sul diritto ad un ricorso e alla riparazione*.

551. Vedi, ICJ, *Guida per operatori del diritto* n. 2, *op. cit.*, nota n. 452, pagg. 49-54.

552. *Muminov c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 339, par. 100; *Isakov c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 323, par. 136; *Yuldashev c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 323, parr. 110-111; *Garayev c. Azerbaijan*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 456, parr. 82 and 84.

553. *Agiza c. Svezia*, CCT, *op. cit.*, nota n. 329, par. 13.8.

554. *Jabari c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 114, par. 39.

555. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 323, par. 301.

556. *Ibid.*, par. 302; *C.G. e al. c. Bulgaria*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 480, parr. 56-65.

l'allontanamento dell'individuo in virtù della mancata adempienza delle formalità del procedimento da parte dell'individuo stesso.⁵⁵⁷

2. Il diritto a un ricorso con effetto sospensivo

L'effettività del diritto a un ricorso richiede anche la possibilità di far riesaminare il provvedimento di espulsione da un'autorità d'appello indipendente e imparziale, che ha competenza per considerare le questioni relative ai diritti umani sostanziali, valutare i motivi sostanziali e procedurali del provvedimento di espulsione, e ordinarne eventualmente la revoca.

La Corte Europea ha dichiarato che il controllo giurisdizionale costituisce, in linea di principio, un ricorso efficace, a condizione che soddisfatti i seguenti criteri:⁵⁵⁸ la procedura di ricorso deve essere accessibile in pratica e fornire gli strumenti all'individuo per ottenere consulenza legale, consentendogli di presentare ricorso nei termini stabiliti;⁵⁵⁹ nei casi di *non-refoulement*, i tempi del procedimento di ricorso eccessivamente lunghi possono rendere il rimedio inefficace, in considerazione della gravità e dell'urgenza degli interessi in pericolo.⁵⁶⁰

Con l'introduzione del ricorso, l'esecuzione del provvedimento espulsivo deve essere sospesa, consentendo alle autorità nazionali, prima che la misura venga eseguita, di poter considerare pienamente la compatibilità del provvedimento con l'applicazione dei diritti umani in modo da fornire un rimedio efficace.⁵⁶¹ Un sistema

557. *Ibid.*, par. 312.

558. *Velvarajah e al. c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43, par. 99; *Isakov c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, par. 137; *Yuldashev c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, par. 110-111; *Garayev c. Azerbaigian*, C.edu, op. cit., nota n. 456, par. 82 e 84; *Al-Nashif c. Bulgaria*, C.edu, op. cit., nota n. 453, par. 133. Vedi anche, *C.G. e al. c. Bulgaria*, C.edu, op. cit., nota n. 480, par. 56.

559. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, par. 318.

560. *Ibid.*, par. 320.

561. *Jabari c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 114, par. 50; *Conka c. Belgio*, C.edu, op. cit., nota n. 536, par. 79; *Gebremedhin c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 25389/05, Sentenza del 26 aprile 2007, par. 58, 66; *Muminov c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 339, par. 101; *Osservazioni Conclusive sulla Francia*, CCT, UN Doc. CAT/C/FRA/CO/3, 3 aprile 2006, par. 7; *Osservazioni Conclusive sul Belgio*, CDU, UN Doc. CCPR/CO/81/BEL, 8 dicembre 2004, par. 21; *Osservazioni Conclusive sul Marocco*, CDU, UN Doc. CCPR/CO/82/MAR, 1 dicembre 2004, par. 13; *Osservazioni Conclusive sull'Uzbekistan*, CDU, UN Doc. CCPR/CO/83/UZB, 26 aprile 2005, par. 12; *Osservazioni Conclusive sulla Thailandia*, CDU, op. cit., nota n. 243, par. 17; *Osservazioni Conclusive sull'Ucraina*, CDU, UN Doc. CCPR/C/UKR/CO/6, 28 novembre 2006, par. 9; *Osservazioni Conclusive sulla Libia*, CDU, UN Doc. CCPR/C/LBY/CO/4, 15 novembre 2007, par. 18; *Osservazioni Conclusive sul Belgio*, CCT, UN Doc. CAT/C/BEL/CO/2, 19 gennaio 2009, par. 9; *Osservazioni Conclusive sullo Yemen*, CCT, UN Doc. CAT/C/YEM/CO/2, 19 novembre 2009, par. 22; *Osservazioni Conclusive sul Belgio*, CCT, Rapporto del Comitato contro la Tortura all'Assemblea Generale, 58a Sessione, UN Doc. A/58/44 (2003), pag. 49, par. 129 e 131: il Comitato ha espresso preoccupazione per la "natura non sospensiva degli appelli al Consiglio di Stato da parte di persone soggette ad un ordine di espulsione" (traduzione ufficiosa). Il Consiglio di Stato in Belgio è la suprema istanza giudiziale amministrativa. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sul Camerun*, CCT, UN Doc. CAT/C/CR/31/6, 5 febbraio 2004, par. 9(g); *Osservazioni Conclusive su Monaco*, CCT, UN Doc. CAT/C/CR/32/1, 28 maggio 2004, par. 4(c) e 5(c); *Osservazioni Conclusive sul Messico*, CCT, UN Doc. CAT/C/MEX/CO/4, 6 febbraio 2007, par. 17; *Osservazioni Conclusive sul Sudafrica*, CCT, UN Doc. CAT/C/ZAF/CO/1, 7 dicembre 2006, par. 15; *Osservazioni Conclusive sull'Australia*, CCT, UN Doc. CAT/C/AUS/CO/3, 22 maggio 2008, par. 17; *Osservazioni Conclusive sull'Azerbaigian*, CCT, UN Doc. CAT/C/AZE/

giuridico non tutela adeguatamente il diritto a un ricorso effettivo quando la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato è rimessa alla discrezionalità del giudice o di altro organismo, anche nel caso in cui il rischio di diniego della sospensione sia minimo.⁵⁶²

3. La sicurezza nazionale

Quando vengono in considerazione finalità di tutela della sicurezza nazionale nel provvedimento espulsivo, il diritto a un ricorso effettivo richiede almeno l'audizione della persona da espellere da parte di un organo indipendente, con la possibilità di accedere ai documenti e ai motivi contenuti nel provvedimento per contestarli.⁵⁶³

Quando informazioni riservate vengono utilizzate, al ricorrente deve essere fornito un accesso ad esse, in qualche maniera, quando sono state determinanti per la decisione di allontanamento.⁵⁶⁴ La rivendicazione del carattere pubblico della motivazione riguardante la sicurezza nazionale non limita l'obbligo di informare l'autorità di ricorso competente ed indipendente dei motivi del provvedimento, anche se non sono di pubblico dominio.

La Corte Europea ha sottolineato che “[l]’autorità [di ricorso] deve avere la competenza di respingere l’affermazione del potere esecutivo riguardanti l’esistenza di una minaccia alla sicurezza nazionale quando la ritiene arbitraria o irragionevole. Il controllo della motivazione del provvedimento deve aver luogo in contraddittorio, almeno attraverso un rappresentante speciale autorizzato a consultare il materiale riservato.”⁵⁶⁵ La Corte ha ribadito che, di fronte ad un organo indipendente e competente ad esaminare i motivi della decisione e le relative prove, la persona interessata deve essere in grado di poter contestare la dichiarazione dell’organo amministrativo secondo la quale è in pericolo la sicurezza nazionale, se necessario con opportuni limiti procedurali per l'utilizzo di materiale riservato.⁵⁶⁶

IV. L'espulsione dei rifugiati

Secondo il diritto internazionale dei rifugiati, come indicato nel secondo capitolo, l'art. 32 della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* consente l'espulsione di un rifugiato esclusivamente “per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico” e in

CO/3, 8 dicembre 2009, par. 22; *Osservazioni conclusive sul Canada*, CCT, UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN, 7 luglio 2005, par. 5(c). Vedi anche, *C.G. e al. c. Bulgaria*, C.edu, op. cit., nota n. 480, par. 62.

562. *Conka c. Belgio*, C.edu, op. cit., nota n. 536, parr. 81-85.

563. *Alzery c. Svezia*, CDU, op. cit., nota n. 356, par. 11.8.

564. *Liu c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 42086/05, Sentenza del 6 dicembre 2007, parr. 62-63.

565. *Al-Nashif c. Bulgaria*, C.edu, op. cit., nota n. 453, par. 137 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *C.G. e al. c. Bulgaria*, C.edu, op. cit., nota n. 480, par. 57.

566. *Nolan e K. c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 444, par. 71. Vedi anche, *Liu c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 564; *Al-Nashif c. Bulgaria*, C.edu, op. cit., nota n. 453, parr. 123-124 e 137 (sull'art. 8 CEDU); e *Lupsa c. Romania*, C.edu, op. cit., nota n. 480, parr. 33-34.

esecuzione di una decisione “presa conformemente alla procedura prevista dalla legge”.

A causa della concordanza tra questa norma e le disposizioni di tutela nelle procedure di espulsione previste dal *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e dalla CEDU, i diritti e le garanzie sviluppate dal Comitato sui Diritti Umani e dalla Corte Europea dei Diritti Umani vanno applicate insieme ai diritti riconosciuti dall’art. 32. della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (vedi, sopra, la sezione 1).

Ai sensi della Convenzione sui rifugiati, quando viene espulso un rifugiato ex art. 32, l’interessato deve poter presentare ricorso e addurre prove mediante un rappresentante per contrastare i motivi di espulsione di fronte all’autorità competente o a una persona appositamente delegata da tale autorità.⁵⁶⁷ Le garanzie procedurali possono, a determinate condizioni, essere limitate per motivi di sicurezza nazionale. Tuttavia, il diritto internazionale dei diritti umani richiede che tali limitazioni debbano perseguire uno scopo legittimo, essere proporzionate a tal fine e necessarie in una società democratica.⁵⁶⁸

Infine, e indipendentemente dalle considerazioni di ordine pubblico e di sicurezza nazionale, lo Stato deve assicurare al rifugiato un termine ragionevole per consentirgli di chiedere l’ingresso legale in un altro Paese.⁵⁶⁹ Nel frattempo, lo Stato è autorizzato ad applicare “i provvedimenti di diritto interno che ritenga necessari”, che potrebbero includere le limitazioni alla libertà di movimento e la detenzione (vedi il capitolo quarto).

Il Comitato Esecutivo dell’ACNUR ha chiarito che, ai sensi dell’art. 32 della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, i rifugiati possono essere espulsi solo in casi molto eccezionali e a seguito di un rigoroso vaglio di tutte le circostanze, compresa la possibilità per il rifugiato di essere ammesso in un Paese diverso da quello di origine.⁵⁷⁰ In particolare, “con riferimento al ritorno in un Paese terzo del richiedente asilo, la cui domanda deve ancora essere definita, dal territorio del Paese in cui la richiesta è stata presentata, anche in applicazione di accordi di riammissione bilaterali o multilaterali, va stabilito che il Paese terzo tratterà il richiedente asilo (o i richiedenti asilo) in conformità agli standard internazionali, anche garantendo una protezione efficace contro il *refoulement*, e che fornirà al richiedente asilo (richiedenti asilo) la possibilità di chiedere e ottenere asilo”.⁵⁷¹ Questa raccomandazione include anche il rispetto del principio di *non-refoulement* tra le obbligazioni che il Paese deve osservare (si veda il secondo capitolo).

567. Art. 32.2, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*.

568. Anche se quest’ultimo requisito non è esplicito nella *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, un’interpretazione dell’art. 32 alla luce del diritto internazionale dei diritti umani porta a questa conclusione.

569. Art. 32.3, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*.

570. *Conclusione n. 7*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 179, par. (c).

571. *Conclusione n. 85*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 182, par. (aa) (traduzione ufficiale).

L'art. 31 della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* produce anche conseguenze nel caso di procedimenti espulsivi. Tale disposizione precisa che “[g]li Stati Contraenti non prenderanno sanzioni penali, a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell’articolo 1, per quanto si presentino senza indugio alle autorità e giustificino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari”.⁵⁷²

Nella situazione particolare dei richiedenti asilo o rifugiati che si spostano irregolarmente in un Paese terzo che non ha concesso loro protezione, il Comitato Esecutivo ritiene che essi possano ritornare al Paese di rifugio se vengono trattati in conformità alle norme fondamentali dei diritti umani, se sono protetti contro il *refoulement* e possiedono un permesso di soggiorno temporaneo valido fino a una soluzione durevole della loro situazione.⁵⁷³ Tuttavia, “ci possono essere dei casi eccezionali in cui un rifugiato o richiedente asilo può sostenere legittimamente di aver ragione di temere persecuzione o che la sua incolumità fisica o libertà sia in pericolo in un Paese dove in precedenza ha trovato protezione. Questi casi dovrebbero ricevere una considerazione favorevole da parte delle autorità degli Stati di accoglienza dove ha richiesto asilo.”⁵⁷⁴

1. Rimpatrio volontario dei rifugiati

La *Convenzione che disciplina gli aspetti specifici del problema dei rifugiati in Africa (OUA)* è l'unica Convenzione che regola espressamente il rimpatrio volontario dei rifugiati. Il suo articolo V(1) ha sottolineato che “il carattere essenzialmente volontario del rimpatrio deve essere rispettato in tutti i casi e nessun rifugiato può essere rimpatriato contro la sua volontà”.

Per quanto riguarda il regime applicabile secondo la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*, il Comitato Esecutivo ACNUR ha chiarito che, in caso di rimpatrio volontario, ai rifugiati dovrebbero “essere fornite tutte le informazioni necessarie sulle condizioni del loro Paese di origine al fine di facilitare la decisione di rimpatriare; ha riconosciuto, inoltre, che le visite da parte dei singoli rifugiati o dai rappresentanti dei profughi al loro Paese di origine per informarsi della situazione attuale, evitando l'automatica perdita di status di rifugiato, potrebbe essere di aiuto a questo proposito”.⁵⁷⁵ Il Comitato ha sottolineato che “il rimpatrio dei profughi dovrebbe avvenire unicamente a seguito di una volontà liberamente espressa; e dovrebbero essere sempre rispettati il carattere volontario e individuale del rimpatrio dei

572. Art. 31.1, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (traduzione ACNUR Italia).

573. *Conclusione n. 58 (XL) Il Problema dei rifugiati e dei richiedenti asilo che si spostano in maniera irregolare da un Paese in cui avevano già trovato protezione*, CE-ACNUR, 40a Sessione, 1989, par. (f).

574. *Ibid.*, par. (g) (traduzione ufficiosa).

575. *Conclusione n. 18 (XXXI) Rimpatri volontari*, CE-ACNUR, 31a Sessione, 1980, par. (e) (traduzione ufficiosa). Vedi anche, per maggiori dettagli sulle procedure, *Conclusione n. 101 (LV) su argomenti di sicurezza giuridica nel contesto del rimpatrio volontario dei rifugiati*, CE-ACNUR, 55a Sessione, 2004.

rifugiati e la necessità che venga effettuata in condizioni di assoluta sicurezza, preferibilmente dal luogo di residenza dei rifugiati al suo Paese di origine”.⁵⁷⁶

La libera scelta espressa dal rifugiato di essere rimpatriato è, quindi, indispensabile per la legittimità di questa procedura. Nella pratica, il relatore speciale della Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite in materia di espulsione degli stranieri ha documentato le pratiche di “espulsione mascherata”, dove procedimenti chiamati “rimpatri volontari” nascondevano delle vere e proprie espulsioni. Espulsioni mascherate possono verificarsi con l’immotivata confisca o annullamento di un legale permesso di soggiorno per stranieri; inoltre, può essere fondata su misure di “incentivo” per un rimpatrio che è “presumibilmente volontario”, ma che in realtà non consente allo straniero una libera scelta (vedi la definizione di espulsione nella sezione I); infine, può derivare dal comportamento ostile dello Stato verso uno straniero.⁵⁷⁷ Queste pratiche non costituiscono dei rimpatri volontari e sono, in effetti, espulsioni, che devono rispettare le norme procedurali e sostanziali del diritto internazionale dei rifugiati e dei diritti umani. Il relatore speciale ha sottolineato che l’espulsione dissimulata è contraria al diritto internazionale. In primo luogo, viola i diritti delle persone espulse e, conseguentemente, le norme sostanziali relative all’espulsione, che collegano il diritto dello Stato di emettere il provvedimento d’espulsione con l’obbligo di rispettare i diritti umani della persona espulsa. In secondo luogo, essa viola le norme procedurali che offrono alla persona espulsa l’opportunità di difendere i propri diritti.⁵⁷⁸

576. *Conclusione n. 40 (XXXVI) Rimpatri volontari*, CE-ACNUR, 36a Sessione, 1985, par. (b) (traduzione ufficiosa).

577. *Sesto rapporto CDI*, op. cit., nota n. 467, parr. 31-34.

578. *Ibid.*, par. 41.

Capitolo 4: La detenzione amministrativa dei migranti

Per il diritto internazionale dei diritti umani, la detenzione amministrativa è legittima quando non sia arbitraria e quando viene disposto il trattenimento dello straniero migrante o richiedente asilo ai soli fini del respingimento all'ingresso del territorio o per eseguire l'espulsione, secondo ben precise norme contenute nell'ordinamento giuridico nazionale.⁵⁷⁹ Le norme internazionali stabiliscono che la detenzione non deve essere la “regola” nel controllo dell'immigrazione, ma una misura da adottare come ultima istanza,⁵⁸⁰ imposta unicamente se altre misure meno restrittive, come l'obbligo di segnalazione o restrizioni sulla residenza, non siano compatibili con il singolo caso. Tuttavia, va notato che la normativa convenzionale europea è meno esigente e consente la detenzione breve ai fini del controllo dell'immigrazione senza valutare misure alternative.⁵⁸¹

In questo capitolo esamineremo l'ambito di applicazione degli standard internazionali sui diritti umani in riferimento alla detenzione disposta per controllare i flussi migratori, che viene sempre più utilizzata dai governi come lo strumento per esaminare gli ingressi nel territorio nazionale e per eseguire l'espulsione. Inoltre, vengono trattate le situazioni in cui il diritto internazionale considera che gli individui siano privati della loro libertà; vengono considerate le motivazioni della detenzione rispetto ai principi di necessità, proporzionalità e di protezione da comportamenti arbitrari; il rispetto delle garanzie procedurali, riguardanti in particolare la revisione giudiziaria della detenzione e la riparazione per la privazione ingiustificata della libertà. Infine, vengono esaminate le norme riguardanti le modalità del trattamento e le condizioni detentive, con speciale riguardo al sovraffollamento e all'inidoneità dei luoghi di custodia, che costituiscono una caratteristica in aumento nei sistemi di controllo dell'immigrazione in molti Paesi.

579. Art. 9 PIDCP, art. 5 CEDU, art. 6 CADUP, art. 7 CADU, artt. I e XXV DADDU, art. 14 CARDU.

580. Gruppo di Lavoro delle Nazioni Unite sulla Detenzione Arbitraria (GLDA), *Rapporto annuale 2008*, UN Doc. A/HRC/10/21, 16 febbraio 2009, par. 67 e 82; *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, principio XI.1. Vedi anche, *Conclusione n. 7*, ACNUR, op. cit., nota n. 179, par. e: “un ordine di espulsione dovrebbe comprendere la custodia e la detenzione esclusivamente se assolutamente necessario per ragioni di sicurezza nazionale o ordine pubblico e tale custodia o detenzione non dovrebbe essere prolungata indebitamente” (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Conclusione n. 44 (XXXVII) Detenzione di rifugiati e richiedenti asilo*, CE-ACNUR, 37a Sessione, 1986, par. B; *Osservazioni conclusive sulle Bahamas*, CEDR, UN Doc. CERD/C/64/CO/1, 28 aprile 2004, par. 17; *Yvon Neptune c. Haiti*, C.IADU, Serie C n. 180, Sentenza del 6 maggio 2008, par. 90; *Álvarez e Iñiguez c. Ecuador*, C.IADU, Serie C n. 170, Sentenza del 21 novembre 2007, par. 53; *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, op. cit., nota n. 502, par. 116, 166-171.

581. *Saadi c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 13229/03, Sentenza del 29 gennaio 2008, par. 70-74.

I. La natura giuridica della “detenzione”⁵⁸²

Non sarà sempre inequivocabile determinare quando un soggetto subisce una restrizione alla libertà di movimento oppure quando venga di fatto privato della libertà personale, tutelata da diversi trattati internazionali: il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 9), la CEDU (art. 5), la *Carta africana sui diritti umani e dei popoli* (art. 6), la *Convenzione americana sui diritti umani* (art.7), e la *Carta Araba dei diritti umani* (art. 14).

Nel diritto internazionale dei diritti umani la privazione della libertà non viene definita facendo riferimento alla definizione prevista nella legge nazionale, ma viene considerata in base alle modalità reali di restrizione della libertà imposta alla persona interessata.⁵⁸³ Dal momento che la qualificazione nel diritto nazionale non è determinante, per stabilire se un individuo si trovi privato della sua libertà, secondo il diritto internazionale dei diritti umani, non conta la denominazione della struttura ricettiva classificata come un centro “di accoglienza”, “di trattenimento” o “di residenza”, anche se nominalmente non sembrano concretizzare una vera e propria detenzione, ma la privazione della libertà personale si determina facendo riferimento alle restrizioni alla libertà di circolazione considerate cumulativamente.⁵⁸⁴ Il fermo nelle zone internazionali di transito di un aeroporto o in altri punti di ingresso nel territorio nazionale è stato considerato equivalente di fatto a una privazione della libertà a causa delle restrizioni subite.⁵⁸⁵

Nel valutare se queste restrizioni alla libertà possano essere considerate privazioni della libertà, secondo il diritto internazionale dei diritti umani, bisogna tener conto di un insieme di criteri come il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata.⁵⁸⁶ Tra la limitazione della libertà di circolazione e la privazione della libertà non esiste una chiara linea di demarcazione; vi è solo una differenza di grado o di intensità, non di natura o di contenuto.⁵⁸⁷

582. Il termine “detenzione” sarà usato in questa Guida come un sostituto per l’espressione “privazione della libertà”. In questa traduzione italiana, il termine “detenzione amministrativa” è utilizzato anche come sinonimo di “trattenimento amministrativo” o “obbligatorio”.

583. *Amuur c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 45, par. 42; *Nolan e K. c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 444, par. 93-96; *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 30471/08, Sentenza del 22 settembre 2009, par. 125-127; *Ashingdane c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 8225/78, Sentenza del 28 marzo 1985, par. 42.

584. *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 583, par. 127, ove si è ritenuta che la detenzione in un centro di accoglienza, anche se non classificata come detenzione nel diritto interno, costituiva di fatto in una privazione della libertà.

585. *Amuur c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 45; *Standard CPT*, Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti e Pene Inumane e Degradanti (CPT), CoE Doc. CPT/Inf/E (2002) 1 - Rec. 2010, Strasburgo, dicembre 2010 (“Standard CPT”), pagg. 53-54.

586. *Engel e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Sentenza dell’8 giugno 1986, par. 59; *Guzzardi c. Italia*, C.edu, Plenaria, Ricorso n.7367/76, Sentenza del 6 novembre 1980, par. 92.

587. *Guzzardi c. Italia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 586, par. 93.

Una serie di restrizioni, che di per sé non ne varcherebbero la soglia, quando vengono considerate cumulativamente possono costituire una privazione della libertà. Per esempio, la Corte Europea dei Diritti Umani ha rilevato la privazione di libertà nella fattispecie presentata nel caso *Guzzardi c. Italia*,⁵⁸⁸ in cui il ricorrente è stato confinato in una piccola isola con imposizione del coprifuoco, dell'obbligo di notifica, e con restrizioni alle libertà di circolazione e di comunicazione.⁵⁸⁹

Brevi restrizioni della libertà per far fronte alle necessità pratiche di identificare lo straniero che fa ingresso nel Paese, o per l'instaurazione della domanda d'ammissione sul territorio a titolo di asilo, non saranno considerate detenzione se di durata breve e puntuale, mentre verrebbero a costituire una privazione della libertà o detenzione se si protrassero eccessivamente.⁵⁹⁰ Per esempio, nella sentenza *Amuur c. Francia*, la Corte Europea dei Diritti Umani (C.edu) ha stabilito che il fermo nella zona internazionale di transito di un aeroporto, che comportava una restrizione alla libertà di circolazione ed una costante sorveglianza della polizia durata venti giorni, equivaleva a una restrizione della libertà. Per arrivare a questa conclusione, la Corte ha inoltre constatato che i ricorrenti non avevano ricevuto assistenza legale o sociale da parte delle autorità pubbliche, né avevano avuto accesso ad un controllo giudiziario sulle restrizioni imposte.⁵⁹¹ La semplice possibilità per il migrante detenuto di abbandonare il luogo di detenzione, allontanandosi dal Paese, non può escludere che la detenzione sia una privazione della libertà, come è stato affermato dalla Corte nel caso *Amuur c. Francia*,⁵⁹² in cui veniva anche sottolineato che la possibilità di allontanarsi rivestirebbe in molte situazioni un carattere teorico, se nessun altro Paese fosse pronto o disponibile ad accogliere l'individuo o a fornire protezione al richiedente asilo. Tale impostazione viene adottata anche nelle *Nuove linee guida ACNUR sulla detenzione dei richiedenti asilo*.⁵⁹³

Alcune restrizioni meno gravi, che non costituiscono privazione di libertà, dovrebbero essere considerate in relazione al diritto alla libertà di circolazione, tutelato dalla seguente normativa internazionale: art. 12 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, art. 2 del Protocollo 4 CEDU, art. 22 della *Convenzione americana sui diritti umani*, art. 12 della *Carta africana sui diritti umani e dei popoli*, e art. 26 della

588. *Ibid.*, par. 93.

589. Vedi, a contrario, *Engel e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 586, par. 61, dove si è riscontrato che non vi fosse privazione della libertà in misure di "arresto lieve" e "arresto aggravato" per motivi di disciplina militare che comportavano restrizioni della circolazione quando l'interessato era fuori servizio, ma nelle quali i ricorrenti non erano rinchiusi in prigione e continuavano a espletare le proprie mansioni lavorative, rimanendo "più o meno all'interno di una quadro ordinario della loro vita militare" (traduzione ufficiosa). Le *Linee guida riviste sui criteri e gli standard applicabili relative alla detenzione dei richiedenti asilo*, ACNUR, 26 Febbraio 1999 ("Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione") riconoscono anch'esse che l'impatto cumulativo di restrizioni alla libertà di circolazione può arrivare a costituire una detenzione.

590. *Amuur c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 45, par. 43.

591. *Ibid.*, par. 43.

592. *Ibid.*, par. 48.

593. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, *op. cit.*, nota n. 589, Linea Guida 1.

Carta araba dei diritti umani. Per esempio, nel caso *Celipli c. Svezia*,⁵⁹⁴ il Comitato sui Diritti Umani ha ritenuto che l'obbligo di residenza nel territorio comunale di uno straniero soggetto a un'ordinanza di espulsione, con l'obbligo di notificare la sua presenza tre volte a settimana, non costituisca privazione della libertà ma, fosse da considerare come una violazione dell'art. 12 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*. Altre restrizioni in materia di residenza riguardanti la separazione di familiari possono sollevare questioni di rispetto del diritto alla vita familiare.⁵⁹⁵

II. La legittima applicazione di una misura detentiva

1. Le differenti vie di legittimazione alla detenzione in materia di immigrazione

Il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona, secondo il diritto internazionale dei diritti umani, esige che la privazione della libertà, per essere giustificata, deve essere conforme alla legge, e non deve essere arbitraria.⁵⁹⁶ La privazione della libertà può essere considerata "arbitraria" sia perché non sussistono i necessari presupposti o condizioni per la legittima applicazione di una misura coercitiva sia per il mancato rispetto delle norme procedurali. In questa sezione esamineremo la prima dimensione di "arbitrarietà" di privazione della libertà.

Alcuni strumenti internazionali (*Patto internazionale sui diritti civili e politici*, *Convenzione americana sui diritti umani*, la *Carta africana sui diritti umani e dei popoli*, e la *Carta araba dei diritti umani*) vietano genericamente la detenzione arbitraria, non prevedendo espressamente le circostanze in cui è consentita la privazione della libertà; mentre la CEDU (art. 5.1.f) prevede la legittimità dell'adozione della misura coercitiva, con riferimento alla detenzione degli immigrati, in due situazioni specifiche: per impedire l'ingresso non autorizzato nel Paese e in attesa di espulsione o di estradizione.

Diversamente dalle convenzioni sopra menzionate, lo schema dell'art. 5 CEDU prevede che la detenzione sarà sempre considerata arbitraria se non può essere giustificata da uno dei motivi previsti dalla norma. Di conseguenza, se il trattamento avviene per una delle ipotesi elencate dall'art.5 CEDU, ad esempio, per impedire al clandestino di entrare nel territorio, non sarà considerato arbitrario, senza bisogno di ulteriori giustificazioni relative alle circostanze del singolo caso.

594. *Celepli c. Svezia*, CDU, Comunicazione n. 456/1991, Decisione del 26 luglio 1994.

595. *Agraw c. Svizzera*, C.edu, Ricorso n. 3295/06, Sentenza del 29 luglio 2010.

596. Il principio stretto di legalità e la libertà da ogni privazione arbitraria della libertà sono requisiti del diritto alla sicurezza della persona così come del diritto alla libertà. Vedi, *Zamir c. Francia*, Comm.EDU, Plenaria, Ricorso n.9174/80, Decisione sull'ammissibilità, 13 luglio 1982, ove si è ritenuto che "è implicito in tale diritto [alla sicurezza della persona] che un individuo dovrebbe essere in grado di prevedere con un livello ragionevole di certezza le circostanze in cui sarebbe ritenuto passibile di arresto o detenzione. E' inoltre implicito nel diritto alla sicurezza della persona che vi debba essere un controllo giudiziario adeguato dell'arresto e della detenzione" (traduzione ufficiosa).

Quindi, risulta che la protezione offerta dalla CEDU è potenzialmente più ristretta rispetto a quella offerta da altri strumenti internazionali (*Patto internazionale sui diritti civili e politici*, ad esempio) come verrà esaminato più avanti.

Con l'art. 31 della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* e le relative linee guida e standard normativi è stata anche disciplinata la presunzione contraria alla detenzione dei richiedenti asilo e dei rifugiati, che sarà esaminata più avanti, stabilendo il principio che le restrizioni ai rifugiati devono essere applicate solo con provvedimento motivato in caso di necessità della fattispecie.

2. Il provvedimento detentivo deve rispettare il principio di legalità interna nel diritto sostanziale e procedurale

Una salvaguardia indispensabile per contrastare le detenzioni arbitrarie è costituita dal fatto che ogni forma di detenzione deve essere adeguatamente prescritta dalla legge, permettendo così all'individuo di essere in grado di prevedere, il più possibile, le conseguenze legali di ogni suo comportamento: l'esigenza di certezza del diritto, considerata un principio generale del diritto internazionale dei diritti umani, è particolarmente importante nei casi riguardanti la libertà individuale.⁵⁹⁷ Questo principio di riserva legislativa ha due aspetti essenziali:

- che la detenzione deve essere stabilita conformemente all'ordinamento giuridico nazionale sostanziale e procedurale;
- che la legge nazionale abbia le caratteristiche idonee per tutelare l'individuo dalla privazione arbitraria della libertà.⁵⁹⁸

Il provvedimento detentivo deve possedere una base giuridica rispetto alla legge nazionale, che prevede chiaramente i casi di privazione della libertà personale. La Corte Europea dei Diritti Umani, nella sentenza *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*,⁵⁹⁹ ha stabilito che non costituisce una base legale sufficiente per emanare il provvedimento limitativo della libertà personale in attesa dell'espulsione una legge nazionale che preveda la residenza in un luogo assegnato nei riguardi dello straniero non in possesso di documenti di viaggio validi.

Inoltre, le leggi che impongono il trattenimento devono possedere le caratteristiche di:

597. Medvedyev c. Francia, C.edu, *op. cit.*, nota n. 51, par. 80.

598. Conka c. Belgio, C.edu, *op. cit.*, nota n. 536, par. 39; Amuur c. Francia, *op. cit.*, nota n. 45, par. 51. Vedi anche, Servellón-García et al. c. Honduras, C.IADU, Serie C n. 152, Sentenza del 21 settembre 2006, par. 88-89; Yvon Neptune c. Haiti, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 580, par. 98. Vedi anche, Gruppo di Lavoro ONU sulla Detenzione Arbitraria (GLDA), *Rapporto annuale 1998*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 dicembre 1998, par. 69, Garanzia n. 2; GLDA, *Rapporto annuale 1999*, UN Doc. E/CN.4/2000/4, 28 dicembre 1999, Appendice II, Deliberazione n. 5 "Situazioni riguardanti migranti e richiedenti asilo", Principio 6; GLDA, *Rapporto annuale 2008*, *op. cit.*, nota n. 580, par. 67 e 82.

599. Abdolkhani e Karimnia c. Turchia, C.edu, *op. cit.*, nota n. 583, par.133.

- accessibilità e precisione;⁶⁰⁰
- prevedibilità delle conseguenze da parte delle persone interessate;
- prevedibilità della durata massima della privazione della libertà personale e procedure chiare per l'applicazione della misura detentiva, per la sua revisione o estensione;⁶⁰¹
- prevedibilità della registrazione dei casi di arresto e detenzione individuale.⁶⁰²

Una normativa che consente un'ampia discrezionalità amministrativa nell'autorizzare o rinnovare la messa in custodia della persona rischia di essere considerata una base legale insufficientemente precisa per privare legittimamente un individuo della libertà personale.⁶⁰³

La Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani ha sottolineato che "l'attività con cui uno straniero viene privato della libertà personale deve essere definita con precisione nei suoi passaggi procedurali e motivazionali, e lo Stato ha sempre l'onere di giustificare una detenzione. Inoltre, le pubbliche autorità hanno un potere discrezionale molto ristretto e limitato, e le garanzie di revisione della detenzione devono essere disponibili almeno ad intervalli ragionevoli."⁶⁰⁴

L'esigenza di una normativa accessibile, dettagliata e prevedibile che disciplina la materia della privazione della libertà personale ha dei risvolti particolari nel caso dei migranti, i quali si trovano ad affrontare un sistema legale estraneo in una lingua straniera. Alle autorità pubbliche viene richiesto di adottare misure adeguate per garantire al detenuto le informazioni sufficienti, in una lingua conosciuta, riguardanti il tipo e la motivazione del provvedimento restrittivo della libertà, ed il procedimento di impugnazione o revisione della decisione di detenzione. Affinché il diritto a essere informati sia effettivo e l'informazione sia accessibile, deve essere prevista una forma di comunicazione adatta alla persona, tenendo in considerazione il suo livello di istruzione, e un'assistenza legale potrebbe essere necessaria per una migliore comprensione delle ragioni di fatto e di diritto, che hanno condotto alla detenzione, e dei ricorsi disponibili.⁶⁰⁵

600. *Amuur c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 45, para 51

601. *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 583; *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 117.

602. *Tehrani e al. c. Turchia*, C.edu, Ricorsi n. 32940/o8, 41626/o8, 43616/o8, Sentenza del 13 aprile 2010.

603. *Rafael Ferrer-Mazorra et al. c. USA*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 380, parr. 222 e 226.

604. Comm.IADU, *Rapporto su terrorismo e diritti umani*, *op. cit.*, nota n. 502, par. 379 (traduzione ufficiosa).

605. *Nasrulloev c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 656/o6, Sentenza del 11 ottobre 2007, par. 77; *Chahal c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43, par. 118; *Saadi c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 581, par. 74; *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 583, parr.131-135; *Amuur c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 45; *Soldatenko c. Ucraina*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 358. Vedi anche, *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, parr. 116, 180; GLDA, *Rapporto annuale 1998*, *op. cit.*, nota n. 598, par. 69, Garanzie 1 e 5; GLDA, *Rapporto annuale 1999*, *op. cit.*, nota n. 598, Principi 1 e 8; GLDA, *Rapporto annuale 2008*, *op. cit.*, nota n. 580, parr. 67 e 82.

3. La detenzione non deve essere arbitraria, inutile o sproporzionata

Per evitare ogni pericolo di arbitrarietà, la Corte Europea dei Diritti Umani ha dichiarato che la regolarità di una detenzione implica la sua conformità al diritto interno e alle seguenti caratteristiche:

- esecuzione del provvedimento in buona fede senza sotterfugi da parte delle autorità;
- stretta connessione con lo scopo di prevenire l'ingresso senza autorizzazione o di espulsione;
- il luogo e le condizioni di detenzione devono essere appropriate, tenendo conto del fatto che la misura si applica non a responsabili di condotte passibili sotto il diritto penale, ma a stranieri che, spesso temendo per la loro vita, fuggono dal loro Paese;
- la durata della detenzione non deve essere superiore a quella ragionevolmente necessaria per lo scopo perseguito.⁶⁰⁶

Nell'applicazione dell'art. 5.1(f) CEDU, la Corte ha rilevato che, quando i criteri sopra menzionati sono stati rispettati e viene dimostrato che la misura sia necessaria per prevenire l'ingresso irregolare o in vista dell'espulsione, non sarà necessario dimostrare ulteriormente che l'adozione della misura detentiva rispetti i principi di ragionevolezza, necessità e proporzionalità, come nell'applicazione delle misure cautelari per prevenire la commissione di reati o di fuga.⁶⁰⁷ Pertanto, nella sentenza *Saadi c. Regno Unito*, la Corte ha ritenuto che la detenzione in condizioni adeguate in tempi brevi, per giungere a una pronuncia sulla domanda d'asilo in una procedura accelerata, era ammissibile considerato l'ingente afflusso di richiedenti asilo nello Stato convenuto.⁶⁰⁸ L'impostazione interpretativa della Corte dell'art. 5.1(f) risulta in contrasto con i presupposti e le condizioni richieste per l'applicabilità della misura detentiva ai sensi dell'art. 5.1 (b), (d) e (e) in cui si esige una valutazione individuale dei criteri di proporzionalità e di necessità della misura detentiva, che deve essere disposta solo quando ogni altra misura risulti inadeguata.⁶⁰⁹

Esistono differenze con il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 9) e il diritto internazionale dei rifugiati per quanto concerne i richiedenti asilo, secondo cui, al fine di stabilire che la detenzione non sia arbitraria, lo Stato ha l'obbligo

606. *Saadi c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 581, par.74.

607. *Chahal c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43, par.112; *Saadi c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 581, par. 72. Ciò è in contrasto con le giustificazioni per la detenzione contenute nell'art. 5.1(b), (d) e (e), in base alle quali vi deve essere una valutazione della necessità e proporzionalità della detenzione con riguardo alle circostanze del caso individuale, e la detenzione deve essere usata solo come *ultima ratio*: *Saadi c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 581, par. 70.

608. *Saadi c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 581, parr.75-80

609. *Ibid.*, par. 70.

di dimostrare che l'applicazione di misure meno afflittive non corrispondono alle specifiche esigenze richieste, e conseguentemente la detenzione risulta una misura ragionevole, necessaria e proporzionata alle fattispecie.⁶¹⁰

Il Comitato sui Diritti Umani ha riconosciuto la violazione dell'art.9.1 del Patto nel caso *C. c. Australia*⁶¹¹ per la mancata valutazione da parte dello Stato dell'applicazione di una misura meno afflittiva, come, ad esempio, "l'obbligo di notifica all'autorità, la fornitura di garanzie o altre condizioni che tengano conto delle condizioni personali di difficoltà della [persona interessata]. In tali circostanze, qualunque sia la motivazione originaria di adozione della misura detentiva, la sussistenza di tale misura per due anni, senza una motivazione personale e senza aver avuto la possibilità di far riesaminare il provvedimento dinanzi a un'autorità giudiziaria sulla sostanza, era arbitraria e costituiva una violazione dell'art. 9.1".

Sia il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* sia la CEDU concordano nel ritenere che la durata della detenzione deve essere ridotta al minimo, e che più essa viene prolungata più incorre il rischio di divenire arbitraria.⁶¹² L'eccessiva o incerta durata della detenzione può sollevare questioni relative ai trattamenti crudeli, inumani o degradanti, ed il Comitato contro la Tortura ha ripetutamente ammonito contro l'uso della detenzione prolungata o indeterminata in materia di immigrazione a causa dell'eccessiva durata.⁶¹³ La detenzione prolungata dei minori richiede un esame particolarmente rigoroso e può condurre a violare la *Convenzione sui diritti del fanciullo* (artt. 3 e 37) e il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 24).⁶¹⁴

610. *A c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 560/1993, Decisione del 30 aprile 1997, par. 9.3: "Lo Stato deve presentare più che ragioni generiche per giustificare una detenzione: per evitare l'arbitrarietà, lo Stato deve presentare motivi per la detenzione legati al caso individuale di specie. Deve anche dimostrare che, alla luce delle particolari circostanze del ricorrente, non vi fossero misure meno invasive per raggiungere lo stesso scopo" (traduzione ufficiale) *Saed Shams e al. c. Australia*, Comunicazione n.1255/2004, 11 settembre 2007; *Samba Jalloh c. Paesi Bassi*, CDU, Comunicazione n. 794/1998, Decisione del 15 aprile 2002: l'arbitrarietà "deve essere interpretata in maniera più ampia del concetto "contro la legge" in modo da includere elementi di irragionevolezza. In quel caso non era irragionevole detenere una persona in base alla considerazione del rischio di fuga, visto che l'interessato aveva precedentemente evaso una struttura aperta. Vedi, *Yvon Neptune c. Haiti*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 580, par. 98, che contiene un riassunto della giurisprudenza della Corte Inter-Americana sulla necessità e la proporzionalità.

611. *C. c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 344 (traduzione ufficiale).

612. Vedi, GLDA, *Rapporto annuale 1998*, *op. cit.*, nota n. 598, par. 69, Garanzia n. 10; GLDA, *Rapporto annuale 1999*, *op. cit.*, nota n. 598, Principio 7; GLDA, *Rapporto annuale 2008*, *op. cit.*, nota n. 580, par. 67 e 82.

613. *Osservazioni conclusive sulla Svezia*, CCT, UN Doc. CAT/C/SWE/CO/2, 4 giugno 2008, par. 12: la detenzione deve essere per il periodo più breve possibile; *Osservazioni conclusive su Costa Rica*, CCT, UN Doc. CAT/C/CRI/CO/2, 7 luglio 2008, par. 10, ove si è espressa preoccupazione alla mancanza di una durata massima legale per la detenzione degli stranieri. Il CCT ha raccomandato: "gli Stati Parte dovrebbero porre un periodo legale massimo per la detenzione in vista di deportazione che in nessuna circostanza deve essere indeterminata" (traduzione ufficiale).

614. *Osservazioni conclusive sulla Repubblica Ceca*, CDU, UN Doc. CCPR/C/CZE/CO/2, 9 agosto 2007, par. 15: il Comitato ha espresso preoccupazione ad una legislazione che permettesse la detenzione di minori di diciotto anni per un massimo di novanta giorni, alla luce delle obbligazioni ai sensi degli artt. 10 e 24 PIDCP, ed ha raccomandato di ridurre tale periodo.

La detenzione arbitraria può verificarsi anche nell'esecuzione tardiva dell'ordinanza di rimessione in libertà del detenuto emanata dall'autorità giudiziaria. In tal proposito, la Corte Europea ha dichiarato che, sebbene “un certo ritardo nell'attuazione della decisione di rilasciare un detenuto è comprensibile e spesso inevitabile alla luce di considerazioni di natura pratica riguardanti il funzionamento dei tribunali e l'osservanza di particolari formalità, [...] le autorità nazionali devono cercare di contenerlo al minimo [...]. [L]'espletamento delle formalità connesse con la rimessione in libertà non può giustificare un ritardo superiore a poche ore.”⁶¹⁵ Nella sentenza *Eminbeyli c. Russia*⁶¹⁶ è stata dichiarata la violazione dell'art. 5.1(f) con riferimento ai tre giorni impiegati per comunicare la decisione di rimessione in libertà e per rilasciare il ricorrente.

La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani compie anch'essa una valutazione per determinare il fine legittimo della detenzione ed applica i criteri di adeguatezza, necessità e proporzionalità allo stesso fine legittimo.⁶¹⁷ Nella sentenza *Vélez Loor c. Panama*, la Corte ha stabilito che la detenzione automatica, conseguente alla presenza irregolare di un soggetto, è arbitraria, in quanto ogni provvedimento che incide sulla libertà personale deve essere emanato considerando le circostanze individuali del singolo caso.⁶¹⁸ La detenzione cautelare può costituire un mezzo legittimo per dare esecuzione al provvedimento espulsivo,⁶¹⁹ tuttavia, “l'intento di imporre una misura sanzionatoria al migrante che faccia rientro nel Paese in maniera irregolare, dopo un precedente ordine di espulsione, non costituisce un obiettivo legittimo ai sensi della Convenzione [Americana]”.⁶²⁰ Infine, la Corte ha stabilito che “è essenziale avere a disposizione un catalogo di misure alternative [alla detenzione] che siano efficaci per raggiungere le finalità perseguite. Quindi, saranno considerate arbitrarie politiche migratorie incentrate sulla misura di trattenimento obbligatorio dei migranti irregolari, quando le autorità competenti non esaminano, caso per caso ed individualmente, la possibilità di adottare misure meno afflittive per raggiungere la finalità [dell'allontanamento]”.⁶²¹

La Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani ha evidenziato quattro casi in cui la detenzione dei migranti o richiedenti asilo rischia di essere arbitraria:

- quando i motivi che hanno determinate l'adozione del provvedimento privato della libertà non sono definiti con sufficiente precisione;
- quando le procedure richiedono al detenuto di giustificare il rilascio;

615. *Eminbeyli c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 42443/02, Sentenza del 26 febbraio 2009, par. 49.

616. *Ibid.*, par.49.

617. *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 166.

618. *Ibid.*, par. 118.

619. *Ibid.*, par. 169.

620. *Ibid.*, par. 169 (traduzione ufficiosa).

621. *Ibid.*, par. 171 (traduzione ufficiosa).

- quando esiste un livello di discrezionalità da parte dei pubblici ufficiali che supera i limiti ragionevoli;
- quando non è prevista una revisione della detenzione a intervalli di tempo ragionevoli.⁶²²

4. Il trattenimento dei richiedenti asilo e dei rifugiati: considerazioni particolari

Secondo il diritto internazionale dei rifugiati si consente il trattenimento dei richiedenti asilo, vincolandolo all'applicazione dell'art. 31 della *Convenzione relativa allo status dei rifugiati* che vieta agli Stati di imporre sanzioni penali a coloro che fanno ingresso nel territorio dello Stato senza autorizzazione, quando essi provengono direttamente da un Paese in cui vengono perseguitati, "per quanto si presentino, senza indugio, alle autorità e giustifichino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari." Più specificamente, occorre ricordare che l'art. 31.2 vieta le restrizioni alla libertà di movimento dei rifugiati, se non quelle necessarie, e richiede che queste restrizioni siano applicate solo in attesa che lo status del rifugiato nel Paese di accoglienza venga regolarizzato o che ottenga ammissione in un altro Stato.

Sulla base di queste disposizioni, le *Linee guida ACNUR sugli standard e i criteri applicabili alla detenzione dei richiedenti asilo*,⁶²³ e le Conclusioni adottate dal Comitato Esecutivo sulla protezione internazionale dei rifugiati,⁶²⁴ stabiliscono una presunzione contro le misure restrittive e la necessità di giustificare le detenzioni individuali come necessarie per finalità determinate.⁶²⁵ Quindi, la detenzione non deve mai essere utilizzata in modo automatico, ma dovrebbe essere applicata come *extrema ratio*, quando risulta provato che ogni altra misura meno restrittiva sia inadeguata nelle particolari circostanze del caso di specie, e non dovrebbe mai essere utilizzata come misura punitiva. Tuttavia, quando la detenzione viene imposta, deve essere considerata una misura eccezionale e deve durare per il più breve lasso di tempo possibile.⁶²⁶

Le conclusioni del Comitato Esecutivo (riprese dalle Linee guida, vedi la linea guida n.3) stabiliscono che il trattenimento può essere utilizzato in caso di necessità per i seguenti motivi previsti dalla legge:

- per verificare l'identità;
- al fine di esaminare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo o il riconoscimento dello status di rifugiato;

622. Rafael Ferrer-Mazorra et al. c. USA, C.IADU, op. cit., nota n. 380, par. 221.

623. Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione, op. cit., nota n. 589, Linee guida n. 2, 3.

624. Conclusione n. 44, ACNUR, op. cit., nota n. 580.

625. Ibid.

626. Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione, op. cit., nota n. 589, par. 3.

- per la procedibilità dei casi in cui i rifugiati o richiedenti asilo hanno distrutto il loro documento di viaggio e/o di identità oppure hanno utilizzato documenti falsi al fine di ingannare le autorità dello Stato in cui intendono richiedere asilo; o
- per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale dello Stato”.⁶²⁷

Altri casi di trattenimento, come, per esempio, quelli motivati da istanze punitive o disciplinari o per scoraggiare futuri richiedenti asilo o per dissuadere i richiedenti asilo dal perseguire i propri diritti, che vietano le restrizioni alla libertà personale dei richiedenti asilo per altre finalità non espressamente previste dalle norme sul diritto dei rifugiati, non sono previsti dalle Linee guida.⁶²⁸

5. La detenzione in casi d'ingresso o in vista di espulsione: aspetti particolari

a) La detenzione per impedire l'ingresso irregolare

La Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito che l'art. 5.1(f) CEDU consente alle autorità un potere discrezionale relativamente ampio per emanare provvedimenti detentivi finalizzati a prevenire ingressi irregolari. Nel caso *Saadi c. Regno Unito*, i giudici hanno ritenuto che l'art. 5.1(f) non può essere interpretato consentendo la detenzione solo nei confronti delle persone che tentano di sottrarsi ai controlli all'ingresso, ma che debba ritenersi legittima anche la detenzione disposta verso tutti gli stranieri non autorizzati ad entrare nel territorio nazionale, in ragione del fatto che ogni ingresso va ritenuto irregolare finché uno Stato non abbia rilasciato un'apposita autorizzazione.⁶²⁹ Tuttavia, lo Stato ha l'onere di dimostrare che la detenzione di coloro che tentano di fare ingresso nel Paese sia ragionevolmente giustificata. A tal fine, fattori come il numero di richiedenti asilo e le difficoltà amministrative per l'espletamento delle procedure possono contribuire alla ragionevolezza della detenzione. Nel caso *Saadi c. Regno Unito*, questi fattori, e il fatto che la detenzione fosse stata disposta in buona fede dalle autorità britanniche competenti al fine di elaborare rapidamente le richieste dei richiedenti asilo attraverso procedure accelerate, hanno contribuito a far ritenere ragionevole una detenzione di sette giorni in condizioni appropriate.⁶³⁰

Ciononostante, le leggi e le procedure devono garantire che la detenzione disposta per impedire l'ingresso non autorizzato nel territorio non pregiudichi l'accesso

627. *Conclusione n.44*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 580. Riconfermata nella *Conclusione n. 85*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 182. Vedi anche, *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, *op. cit.*, nota n. 589, Linea guida n. 3.

628. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, *op. cit.*, nota n. 589, Linea guida n. 3.

629. *Saadi c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 581, parr. 64-66.

630. *Ibid.*, parr. 76-80.

effettivo alle procedure per la rivendicazione dello status di rifugiato, come viene riconosciuto dal diritto internazionale dei rifugiati.⁶³¹

Il Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti Umani compie un esame più individualizzato dei requisiti di necessità e proporzionalità della detenzione per impedire l'ingresso sul territorio nazionale. Benché ammetta, in linea di principio, la detenzione per impedire l'ingresso illegale,⁶³² richiede di dimostrarne la necessità sulla base delle circostanze del singolo caso.⁶³³ Nel caso *A c. Australia*,⁶³⁴ il Comitato ha sottolineato che la disposizione della detenzione deve essere ragionevolmente giustificata e non deve durare oltre il periodo in cui tale giustificazione sussiste. Il Comitato ha considerato che la detenzione in casi di ingresso può essere giustificata per la verifica dell'identità dell'interessato, ma che tale misura detentiva può divenire arbitraria se la sua durata è prolungata indebitamente.⁶³⁵

b) La detenzione in attesa di espulsione

Secondo la CEDU, a differenza del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, l'applicazione della specifica disposizione dell'art. 5.1(f) restringe il controllo applicato alle detenzioni in attesa di espulsione. In tali casi, è sufficiente che lo Stato dimostri che la detenzione è stata ordinata in vista della deportazione, non essendo necessario dimostrare la conformità della sostanza della decisione al diritto interno né altre motivazioni come la subordinazione a esigenze cautelari riguardanti il pericolo di fuga o il rischio di commissione di un reato.⁶³⁶ Invece, secondo la giurisprudenza del Comitato sui Diritti Umani, che applica il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, debbono essere considerate le circostanze della fattispecie in ogni caso individuale per determinare la non arbitrarietà della detenzione.⁶³⁷

Affinché la detenzione sia considerata legittima, lo Stato deve dimostrare che l'espulsione sia stata eseguita con la dovuta diligenza.⁶³⁸ Lunghi periodi di deten-

631. *Amuur c. Francia*, C.edu, op. cit., nota n. 45, par. 43.

632. *A c. Australia*, CDU, op. cit., nota n. 610, par. 9.3.

633. *Madafferi e Madafferi c. Australia*, CDU, op. cit., nota n. 433, par. 9.2: "anche se la detenzione di persone in ingresso non autorizzate non è di per sé arbitraria, il rinvio in custodia potrebbe essere considerato arbitrario se non fosse necessario prese in considerazione tutte le circostanze del caso: l'elemento della proporzionalità diviene rilevante" (traduzione ufficiosa).

634. *A c. Australia*, CDU, op. cit., nota n. 610, par. 9.3-9.4.

635. *Bakhtiyari c. Australia*, CDU, Comunicazione n.1069/2002, Decisione del 6 novembre 2003, par. 9.2 – 9.3.

636. *Conka c. Belgio*, C.edu op. cit., nota n. 536, par. 38: "L'art. 5.1(f) non richiede che la detenzione di una persona contro cui provvedimenti siano presi in vista della sua deportazione debba essere ragionevolmente considerata come necessaria, per esempio per prevenire la reiterazione di un reato o la fuga [...] tutto ciò che è richiesto ai sensi del comma (f) è che "il provvedimento sia stato preso in vista della deportazione". (traduzione ufficiosa). *Soldatenko c. Ucraina*, C.edu, op. cit., nota n. 358, par.109.

637. *Samba Jalloh c. Paesi Bassi*, CDU, op. cit., nota n. 610, par. 8; *Danyal Shafiq c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 1324/2004, Decisione del 13 novembre 2006, par. 7.2-7.3.

638. *Chahal c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 43, par.113: "ogni privazione della libertà ai sensi dell'art. 5.1(f) sarà giustificata solo fino a che i procedimenti di deportazione siano in progresso. Se tali procedimenti non sono perseguiti con la diligenza dovuta, la detenzione cesserà di essere permessibile." (traduzione ufficiosa)

zione possono essere giustificati dalla complessità del caso o da attività dilatorie del ricorrente.⁶³⁹

Le ipotesi in cui la detenzione non sarà ritenuta legittima sono sintetizzabili come segue:

1. il procedimento espulsivo è stato sospeso per un periodo significativo⁶⁴⁰;
2. l'espulsione non viene più perseguita attivamente o viene ritardata per un lasso di tempo eccessivo⁶⁴¹;
3. le autorità non possono eseguire la deportazione della persona nel Paese di origine perché il trasferimento sarebbe in violazione del principio di *non-refoulement* (cfr. capitolo secondo);⁶⁴²
4. altri impedimenti giuridici o pratici ostacolano l'esecuzione dell'espulsione, come il fatto che il soggetto è apolide o nessuno Stato è disposto ad accoglierlo.⁶⁴³

Deriva da queste ipotesi che, quando la Corte Europea dei Diritti Umani o altro meccanismo internazionale ha ordinato delle misure cautelari (vedi allegato n. 2) per evitare l'espulsione e consentire la trattazione completa del caso da parte della Corte, la sospensione del procedimento di espulsione è dovuta e la detenzione non può più essere giustificata.⁶⁴⁴

Un ulteriore requisito imposto dal diritto internazionale dei diritti dell'uomo impone che la detenzione sia ordinata per una finalità sincera di facilitare l'espulsione. La Corte Europea dei Diritti Umani ha statuito che, quando il vero scopo della detenzione riguarda il trasferimento della persona per sottoporla a un procedimento penale in un altro Stato, si considera la detenzione come una "estradizione mascherata" e, quindi, arbitraria e in violazione dell'art. 5.1(f) e del diritto alla sicurezza della persona protetto dall'art. 5.1.⁶⁴⁵

639. *Kolompar c. Belgio*, C.edu, Ricorso n. 11613/85, Sentenza del 24 settembre 1992, parr. 40-43.

640. *Ryabikin c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 349, par. 131, nel contesto di un procedimento di estradizione che era rimasto sospeso per più di un anno.

641. *Quinn c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 18580/91, Sentenza del 22 marzo 1995; *A. e al. c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 3455/05, Sentenza del 19 febbraio 2009, par. 164. Vedi anche, GLDA, *Rapporto annuale 2008*, *op. cit.*, nota n. 580, parr. 67 e 82.

642. *Mikolenko c. Estonia*, C.edu, Ricorso n. 10664.05, Sentenza dell'8 ottobre 2009, par. 65. Vedi anche, GLDA, *Rapporto annuale 2008*, *op. cit.*, nota n. 580, parr. 67 e 82.

643. *A. e al. c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 641, par. 167.

644. *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 583, par. 134.

645. *Bozano c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 9990/82, Sentenza del 18 dicembre 1986, par. 60.

6. La detenzione di alcuni gruppi di persone: considerazioni particolari

Lo stato detentivo di persone considerate vulnerabili a causa della loro età, stato di salute o esperienze passate può, considerate le circostanze della fattispecie, equivalere ad essere soggetto ad un trattamento crudele, inumano o degradante. Questo principio può essere particolarmente significativo in relazione alla detenzione di richiedenti asilo, che avrebbero potuto subire la tortura, maltrattamenti o altre esperienze traumatiche, talvolta con eventuali implicazioni sulla salute fisica e mentale. In relazione a tutti i detenuti, particolari preoccupazioni sorgono in relazione ai sopravvissuti alla tortura e alla tratta, ai bambini e agli anziani, o alle persone affette da gravi malattie o disabilità. Per esempio, nelle sentenza *Farbtuhs c. Lettonia*,⁶⁴⁶ la Corte Europea ha stabilito la violazione dell'art. 3 CEDU, considerando la condizione detentiva di un uomo disabile di settantanove anni.

La linea guida n. 7 delle *Nuove linee guida ACNUR sulla detenzione dei richiedenti asilo* raccomanda di prendere in considerazione in maniera particolarmente attiva delle misure alternative alla detenzione per coloro che possono derivare dalla detenzione un danno particolarmente grave alla salute psichica, compresi anziani non accompagnati, persone sopravvissute a tortura o altri traumi, e soggetti con disabilità mentale o fisica. Secondo le Linee guida ACNUR tali persone potranno essere trattenute solamente in base ad un certificato medico che dichiara la mancanza di effetti nocivi sulla loro salute e benessere. Quindi, nei casi in cui tali persone siano detenute, al fine di garantire il rispetto della libertà da trattamenti crudeli, inumani e degradanti, particolare attenzione dovrà essere rivolta alle condizioni di detenzione, alla fornitura di assistenza sanitaria, ecc. (condizioni che verranno esaminate più avanti nella sezione III.2).

Nel caso *C. c. Australia*,⁶⁴⁷ il Comitato sui Diritti Umani ha riscontrato una violazione dell'art. 9.1 del Patto sulla base del fatto che, “considerate le particolari condizioni del soggetto [una malattia psichiatrica], lo Stato Parte non ha saputo dimostrare la mancanza di mezzi meno invasivi per conseguire gli obiettivi riguardanti il rispetto delle politiche di immigrazione dello Stato Parte”.

a) La detenzione dei bambini: giustificazione

La detenzione dei bambini solleva considerazioni particolari in base alla *Convenzione sui diritti del fanciullo*, così come nel diritto internazionale dei rifugiati e, più generalmente, nel diritto internazionale dei diritti umani.

L'art. 37 (b) della *Convenzione sui diritti del fanciullo* prevede che la detenzione di un fanciullo deve essere effettuata come *extrema ratio* ed avere la durata più breve possibile. L'art. 37 deve essere letto alla luce di altre disposizioni della Convenzione

646. *Farbtuhs c. Lettonia*, C.edu, Ricorso n. 4672/02, Sentenza del 2 dicembre 2004.

647. *C. c. Australia*, CDU, op. cit., nota n. 344 (traduzione ufficiale).

che influenzano il processo decisionale riguardante i bambini immigrati. L'art. 3.1 della *Convenzione sui diritti del fanciullo*, rilevante in tutti i casi in cui si discute della detenzione dei bambini migranti, prevede che l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente in tutte le decisioni relative ai bambini. Una disposizione che può influenzare la decisione riguardante la detenzione di un bambino è l'art. 22.1 della Convenzione, secondo cui gli Stati Parte devono adottare tutte le misure adeguate per garantire che un bambino rifugiato o richiedente asilo possa beneficiare della protezione e dell'assistenza umanitaria necessarie. Per i bambini migranti che accompagnano i propri genitori o altri adulti, rischiando la detenzione, è rilevante l'art. 2.2 della *Convenzione sui diritti del fanciullo*, secondo cui: "gli Stati Parti adottano tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, dalle opinioni professate o dalle convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali, o dei suoi familiari". Una disposizione simile è prevista dall'art. 24 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e dell'art. 19 della *Convenzione americana sui diritti umani*. Di potenziale rilevanza è anche l'art. 39 della *Convenzione sui diritti del fanciullo*, che impone agli Stati di adottare ogni adeguato provvedimento per agevolare il recupero fisico e psicologico ed il reinserimento sociale di ogni fanciullo vittima di ogni forma di negligenza, di sfruttamento o di maltrattamenti, di torture o di ogni altra forma di pene o di trattamenti crudeli, inumani o degradanti, o di un conflitto armato.

Il Comitato sui Diritti del Fanciullo nel Commentario Generale n. 6 (2005)⁶⁴⁸ ha fornito indicazioni sull'applicazione dell'art.37 (b) della *Convenzione sui diritti del fanciullo* per i bambini migranti, dichiarando che, "come regola generale, i bambini non accompagnati o separati non devono essere detenuti. La detenzione del minore non può essere giustificata esclusivamente dal fatto che il bambino è separato o non accompagnato, o sulla base della propria condizione di migrante o di residente o della loro mancanza. Quando, per altri motivi eccezionali, la detenzione è giustificata, [...] può essere applicata solo come *extrema ratio* per il più breve periodo di tempo possibile. Pertanto, tutti gli sforzi, tra cui l'accelerazione di procedimenti rilevanti, dovrebbero essere compiuti per consentire l'immediato rilascio dei minori non accompagnati o separati e la loro collocazione in altre adeguate forme alloggiative."⁶⁴⁹

Quando i minori sono trattenuti nei centri di detenzione per immigrati, contrariamente al perseguimento del loro interesse superiore, il Comitato sui Diritti Umani ha ritenuto che tale detenzione può essere ritenuta arbitraria, in violazione dell'art.

648. CDF, *Commentario Generale n. 6*, op. cit., nota n. 136, par. 61.

649. *Ibid.*, par.61 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sull'Australia*, CDF, UN Doc. CRC/C/15/Add.268, 20 ottobre 2005: "il Comitato rimane preoccupato che bambini presenti in maniera irregolare sul territorio australiano siano ancora posti automaticamente in detenzione amministrativa, di qualsiasi forma si tratti, fino alla valutazione della loro situazione. [...] il Comitato esprime grave preoccupazione per il fatto che [...] la detenzione amministrativa non sia sempre usata come una misura di *ultima ratio* e per il periodo di tempo più breve possibile" (traduzione ufficiosa).

9.1 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, e può anche violare l'art. 24 del Patto, che garantisce i diritti dei fanciulli mediante l'adozione di misure di protezione richieste dalla loro condizione di minori, senza discriminazioni. Nel caso *Bakhtiyari c. Australia*, il Comitato ha stabilito che il trattenimento obbligatorio di un rifugiato afgano con cinque bambini per la durata due anni e otto mesi costituiva una detenzione arbitraria⁶⁵⁰ ed una violazione dell'art. 24.1 del Patto, dato che il provvedimento non è stato adottato considerando l'interesse superiore del fanciullo.⁶⁵¹ Tuttavia, la detenzione di un minore non necessariamente costituisce un violazione dell'art. 24 del Patto, potendo essere giustificata da circostanze eccezionali. Per esempio, nel caso *Samba Jalloh c. Paesi Bassi*, il Comitato ha ritenuto legittima la detenzione del minore per molteplici cause, riguardanti: “quando vi fossero dubbi sull'identità del soggetto, tentativi precedenti di eludere il provvedimento di espulsione, una situazione attuale di ragionevole prospettiva di espulsione, e quando l'indagine conoscitiva fosse ancora in corso”.⁶⁵²

Con riferimento alla detenzione di rifugiati o richiedenti asilo, le *Nuove linee guida ACNUR sulla detenzione dei richiedenti asilo*,⁶⁵³ e le *Linee Guida ACNUR sui rifugiati bambini* stabiliscono che il minore richiedente asilo non dovrebbe essere detenuto, riaffermando il principio contenuto nell'art. 37 della *Convenzione sui diritti del fanciullo* che la misura detentiva può essere applicata solo come *extrema ratio* e per il più breve periodo di tempo possibile; e nel caso specifico di minori accompagnati dai loro genitori, la loro detenzione è giustificata solo quando costituisce l'unico mezzo per mantenere l'unità familiare.⁶⁵⁴

Allo stesso modo, le *Linee guida del Consiglio d'Europa sulla protezione dei diritti umani nei casi di procedure d'asilo accelerate* affermano che “i bambini, compresi i minori non accompagnati, di regola, non dovrebbero essere posti in detenzione. Nei casi eccezionali di adozione della misura detentiva, ai bambini dovrebbe essere fornita assistenza e un controllo speciale”.⁶⁵⁵

Le linee guida ACNUR e gli standard internazionali nel caso di minori detenuti prevedono che la detenzione debba aver luogo in strutture ricettive e condizioni detentive idonee alla loro età (vedi, più avanti, alle sezioni III.1.a e III.3.d).

b) La detenzione degli apolidi

Problematiche particolari emergono nei casi di detenzione degli apolidi (si veda nel primo capitolo) a causa delle peculiari difficoltà di rimandarli nel loro “Paese di

650. *Bakhtiyari c. Australia*, CDU, op. cit., nota n. 635, par. 9.3.

651. *Ibid.*, par.9.6.

652. *Samba Jalloh c. Paesi Bassi*, CDU, op. cit., nota n. 610, par. 8.2 (traduzione ufficiosa).

653. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, op. cit., nota n. 589, Linea Guida 6.

654. *Linee guida ACNUR su bambini non accompagnati*, op. cit., nota n. 213, parr. 7.6-7.8.

655. *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, principio XI.2 (traduzione ufficiosa).

origine” o di trovare luoghi alternativi di reinsediamento. In conseguenza di ciò, gli apolidi vengono trattenuti in detenzione per periodi insolitamente lunghi, apparentemente in attesa di espulsione.

Il principio generale, descritto sopra, relativo alla necessità di giustificare la detenzione con l'esecuzione effettiva dell'espulsione è di particolare rilevanza per l'apolide. Quindi, la detenzione non sarà legittima se non vi sia un progresso attivo e realistico verso il trasferimento in un altro Stato. Le *Linee guida ACNUR sulla detenzione* evidenziano:

*“L'impossibilità per gli apolidi che hanno lasciato il loro Paese di residenza abituale di farvi ritorno è stata una delle ragioni della detenzione arbitraria e indebitamente prolungata di queste persone in Paesi terzi. Allo stesso modo, individui che lo Stato di cittadinanza rifiuta di accogliere, basandosi sul fatto che la cittadinanza è stata ritirata o perduta nel periodo trascorso fuori dal Paese, o che non sono riconosciuti come cittadini mancando la prova della nazionalità, che nella fattispecie è difficile da acquisire, sono anch'essi stati soggetti a trattenimenti prolungati e di durata indeterminata in base al solo fatto che la questione del luogo dove inviare tali persone resta irrisolta.”*⁶⁵⁶

La linea guida n. 9 ACNUR afferma che: “[...] la condizione di apolide, e, quindi, la mancanza di un Paese verso cui rivolgere la richiesta di un documento di viaggio, non dovrebbe condurre a un trattenimento indeterminato. L'apolidia non può essere un ostacolo alla rimessione in libertà. Le autorità responsabili della detenzione dovrebbero compiere tutti gli sforzi necessari per risolvere tali casi in maniera tempestiva, anche cercando di identificare la nazionalità degli individui e lo Stato di appartenenza per riconsegnarli o attraverso la negoziazione con il Paese di residenza abituale al fine di provvedere alla loro riammissione.”

7. La detenzione dei migranti per finalità diverse dal controllo dell'immigrazione

Sebbene l'attenzione principale di questo capitolo sia rivolta alla detenzione amministrativa per il controllo dell'immigrazione, si deve notare che i migranti, come qualunque altra persona, possono essere detenuti legittimamente o illegittimamente per altri motivi. Mentre la maggioranza dei trattati sui diritti umani non specifica espressamente i motivi di legittimità della detenzione, secondo la CEDU, oltre alla detenzione amministrativa per motivi d'immigrazione, viene ammessa la detenzione nei seguenti casi:

- detenzione in esecuzione di una condanna penale;

⁶⁵⁶. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, op. cit., nota n. 589, Introduzione, par. 6 (traduzione ufficiosa).

- detenzione per il mancato rispetto di un'ordinanza del tribunale o per garantire l'adempimento di un obbligo prescritto dalla legge ;
- detenzione cautelare della persona arrestata sulla base di gravi indizi di colpevolezza o al fine di prevenire la commissione di un reato;
- detenzione di minori per finalità educativo-correttive;
- detenzione strettamente necessaria per la prevenzione della propagazione di malattie contagiose;
- detenzione di alienati, alcolizzati, tossicodipendenti o vagabondi, se ritenuto necessario per la loro tutela o per quella della collettività.

Tutti questi provvedimenti coercitivi sono soggetti a garanzie per evitare abusi da parte delle pubbliche autorità, in maniera simile a come previsto per la detenzione amministrativa. Inoltre, va rilevato che l'emanazione di tali provvedimenti è soggetta al principio di non discriminazione, anche in base alla nazionalità: non deve essere imposta la detenzione allo straniero in via esclusiva o in modo sproporzionato, a meno che la differenza di trattamento possa essere oggettivamente e ragionevolmente giustificata dalle circostanze.⁶⁵⁷

a) La detenzione amministrativa per esigenze di tutela della sicurezza nazionale

La detenzione amministrativa per ragioni di sicurezza nazionale, anche se distinta da quella per finalità di controllo dell'immigrazione, potrebbe, in ogni modo, colpire in modo sproporzionato gli stranieri. Sebbene, secondo il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, la detenzione amministrativa senza processo sia consentita in casi eccezionali, nella misura in cui ne viene dimostrata la non arbitrarietà e la conformità ai principi di necessità, proporzionalità, non discriminazione e secondo i motivi e la procedura previsti dalla legge,⁶⁵⁸ nella pratica tale detenzione è improbabile che venga ritenuta ammissibile senza una deroga espressa dell'art. 9 del Patto per dichiarato stato di emergenza.⁶⁵⁹

657. A. e al. c. Regno Unito, C.edu, op. cit., nota n. 641.

658. *Commentario Generale n. 8, Il diritto alla libertà ed alla sicurezza della persona*, CDU, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 30 giugno 1982, par. 4. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sulla Giordania*, CDU, UN Doc. CCPR/C/79/Add.35, 10 agosto 1994, par. 226-244; *Osservazioni Conclusive sul Marocco*, CDU, UN Doc. CCPR/C/79/Add.44, 23 novembre 1994, par. 21; e, *Osservazioni Conclusive sullo Zambia*, CDU, UN Doc. CCPR/C/79/Add.62, 3 aprile 1996, par. 14. Vedi, più generalmente, International Commission of Jurists, *Memorandum on International Legal Framework on Administrative Detention and Counter-Terrorism*, Marzo 2006.

659. Il Comitato ha sottolineato anche che la totalità delle garanzie contenute nell'art. 9 PIDCP si applica anche quando vi sia una "minaccia chiara e grave alla società che non può essere contenuta in ogni altro modo" che non sia attraverso l'uso della detenzione preventiva (traduzione ufficiosa). Vedi, *Cámpora Schweizer c. Uruguay*, CDU, Comunicazione n. 66/1980, Decisione del 12 ottobre 1982, par. 18.1.

Il Gruppo di Lavoro sulla Detenzione Arbitraria delle Nazioni Unite ha stabilito che la pratica di detenzione preventiva risulta generalmente incompatibile con il diritto internazionale dei diritti umani, dichiarando, nel 2009, la sua inammissibilità nei riguardi di persone sospettate di terrorismo e di comportamenti connessi,⁶⁶⁰ e, nel 1993, ha rilevato la sua arbitrarietà nel caso in cui sono state violate le procedure di un processo equo. In ultimo, il Gruppo di Lavoro ha rilevato che la detenzione amministrativa è “di per sé arbitraria” essendo, *de jure* o *de facto*, di natura indefinita.⁶⁶¹

Il sistema convenzionale europeo di tutela dei diritti umani impone severe limitazioni all'uso della detenzione amministrativa. Secondo la CEDU, la detenzione amministrativa senza finalità processuali non risulta consentita ai sensi dell'art. 5 CEDU e, pertanto, può essere legittimamente imposta dallo Stato in deroga all'art. 5 soltanto in caso di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione (vedi art. 15 CEDU) o quando viene dimostrata la prevalente esigenza “rigorosamente richiesta dalle situazione” di emergenza e con l'applicazione dei principi di necessità, proporzionalità e di non discriminazione.⁶⁶² I provvedimenti di detenzione amministrativa per ragioni di sicurezza, imposti esclusivamente alle persone soggette al controllo dell'immigrazione, quando tali rischi di sicurezza possono provenire anche da altri soggetti, sono stati considerati ingiustificatamente discriminatori tra cittadini e stranieri e, pertanto, la misura risulta sproporzionata e non costituisce una valida deroga all'art. 5 CEDU.⁶⁶³ Le problematiche relative al controllo giurisdizionale dei provvedimenti detentivi per esigenze di sicurezza in materia di immigrazione o puramente amministrativa verranno esaminate più avanti alla sezione IV.3.b.

b) La privazione della libertà da parte di soggetti privati

In via generale, il diritto internazionale impone agli Stati di adottare provvedimenti atti a garantire che il comportamento di soggetti privati non pregiudichi il godimento dei diritti umani. Il diritto alla libertà, previsto dalla normativa internazionale sui diritti umani, vieta il trattenimento arbitrario anche da parte di soggetti privati o attori non statali, imponendo agli Stati di adottare misure idonee a prevenire ed a

660. GLDA, *Rapporto annuale 2008*, op. cit., nota n. 580, par. 54. Il Gruppo di Lavoro ha dichiarato che: “(a) Le attività di terrorismo intraprese da individui devono essere considerate dei reati punibili penalmente, che devono essere repressi attraverso l'applicazioni delle norme procedurali ordinarie penali e criminali secondo i differenti sistemi giuridici; (b) il ricorso alla detenzione amministrativa contro persone sospettate di tale attività penalmente rilevante è inammissibile; (c) la detenzione di persone che sono sospettate di attività terroriste deve essere accompagnato da capi di imputazione concreti [...]” (traduzione ufficiosa).

661. GLDA, *Rapporto annuale 1992*, UN Doc. E/CN.4/1993/24, 12 gennaio 1993, Deliberazione n. 4, Conclusioni al n. III.B. Vedi anche, GLDA, *Rapporto sulla visita alla Repubblica Popolare Cinese*, UN Doc. E/CN.4/1998/44/Add.2, 22 dicembre 1997, par. 80-99 e 109.

662. *Lawless c. Irlanda* (n. 3), C.edu, Ricorso n. 332/57, Sentenza del 1 luglio 1961, par. 13 e 14; *Irlanda c. Regno Unito*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 5310/71, 18 gennaio 1978, par. 194-196 e 212-213; *A. e al. c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 641, par. 172.

663. *A. e al. c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 641, par. 190. Alla luce di questi riscontri la Grande Camera non ha ritenuto necessario considerare se le misure avessero violato l'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 5.

punire tali forme di detenzione, che assumono un'importanza rilevante in materia d'immigrazione nei casi di tratta o di sfruttamento lavorativo.

Tali limitazioni della libertà concernenti la sfera privata comportano spesso la reclusione nei luoghi di lavoro o nel domicilio domestico con la confisca dei passaporti o dei documenti di viaggio, e con altre importanti restrizioni alla libertà personale equivalenti alla detenzione. Queste situazioni sono anche suscettibili di sollevare problematiche relative al divieto di schiavitù, servitù o lavoro forzato (vedi, in seguito, nel sesto capitolo). Come è stato notato in precedenza nella sezione I, tali situazioni, anche quando non riguardano la detenzione in ambienti privati, possono sollevare problemi relativi alla libertà di circolazione.

Conformemente al rispetto del diritto alla libertà, lo Stato ha l'obbligo di prevedere un quadro giuridico adeguato che criminalizzi la detenzione non autorizzata da parte di soggetti privati; di adottare tutti i provvedimenti opportuni per il rispetto efficace della legge penale; di instaurare investigazioni tempestive, approfondite ed indipendenti in seguito ad accuse fondate di detenzione da parte di privati; e di fornire altre forme di risarcimento adeguate alle vittime. Quando le pubbliche autorità vengono a conoscenza del fatto che un individuo subisce una violazione del diritto alla libertà, devono adottare tutte le misure ragionevoli per prevenire o porre fine alla violazione.⁶⁶⁴

Una situazione differente si verifica quando dei soggetti non pubblici, compresi i privati, esercitano delle funzioni pubbliche sostituendosi agli organi dello Stato: per esempio, la gestione privata di un centro di detenzione-trattenimento per migranti o richiedenti asilo. In questa situazione, lo Stato risulta direttamente responsabile a livello internazionale degli atti od omissioni compiute da privati o da soggetti non pubblici in violazione del diritto internazionale, e comprese le violazioni del diritto internazionale dei diritti umani.⁶⁶⁵ Le obbligazioni sul trattamento dei detenuti e sulle condizioni di detenzione derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani e dai suoi standard si applicano indipendentemente dal fatto che le strutture di detenzione siano gestite da autorità statali o da società private per conto dello Stato, secondo il principio che lo Stato non può assolversi dalle responsabilità derivanti

664. CDU, *Commentario Generale* n. 31, op. cit., nota n. 46, parr. 8, 15, e 18; art. 2 CPSF; *Storck c. Germania*, C.edu, Ricorso n. 61603/00, Sentenza del 16 giugno 2005; *Kurt c. Turchia*, C.edu, Caso n. 15/1997/799/1002, Sentenza del 25 maggio 1998, par. 124; Commissione di Venezia, *Opinione 363/2005*, op. cit., nota n. 352, par. 53: "L'art. 5 deve essere considerato come contenente l'obbligo per le autorità dello Stato territoriale di prendere misure efficaci per salvaguardare contro il rischio di sparizione e di condurre un'investigazione tempestiva ed efficace nella denuncia sostanziale che una persona sia stata soggetta a custodia e non sia stata più vista a partire dal quel momento" (traduzione ufficiosa).

665. Art. 5, *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti contrari al diritto internazionale*, adottati dalla Commissione di Diritto Internazionale alla sua 53a sessione nel 2001, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Seconda Parte (Progetto di articoli CDI sulla responsabilità degli Stati). Vedi anche, *Commentario al Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti contrari al diritto internazionale*, adottati dalla Commissione di Diritto Internazionale alla sua 53a sessione nel 2001, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Seconda Parte, on Art. 5, pagg. 42-43 (Commentario CDI sulla responsabilità degli Stati).

dal mancato rispetto delle sue obbligazioni di diritti umani mediante la delega di responsabilità ad un ente privato.⁶⁶⁶

III. Il trattamento dei detenuti

Anche quando il provvedimento di detenzione dei migranti sia giustificato dalle norme discusse in precedenza, il diritto internazionale dei diritti umani impone ulteriori vincoli riguardanti: il luogo e il regime di detenzione, la condizione detentiva, i servizi sociali e sanitari disponibili; inoltre, impone l'obbligo di proteggere i detenuti dalla violenza in stato di detenzione.

La norma più rilevante riguardante il trattenimento dei detenuti è il divieto di trattamenti crudeli, inumani o degradanti (vedi: art. 16 *Convenzione contro la tortura e altre pene e trattamenti crudeli, inumani e degradanti*; art. 7 *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, art. 3 CEDU, art. 5 *Convenzione americana sui diritti umani*, art. 5 *Carta africana sui diritti umani e dei popoli*; art. 8 *Carta araba dei diritti umani*). La *Convenzione contro la tortura* stabilisce che gli Stati sono obbligati ad adottare misure efficaci per prevenire il verificarsi di atti di tortura⁶⁶⁷ e di trattamenti crudeli, inumani o degradanti⁶⁶⁸, comprendendo un sistema di revisione periodica delle condizioni di custodia e del trattamento delle persone sottoposte a ogni forma detentiva, con l'obiettivo di prevenire la tortura ed i maltrattamenti.⁶⁶⁹

Un'applicazione specifica della tutela prevista dall'art. 7 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, riguardante il divieto di tortura e di trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti, è contenuta nell'art. 10.1 del Patto con una disposizione specifica per il diritto dell'individuo privato alla propria libertà di essere trattato con umanità e con rispetto della propria dignità. Il Comitato sui Diritti Umani si è pronunciato in molti casi riscontrando la violazione dell'art. 10 e non dell'art. 7 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, il che suggerisce che l'art. 10 si estenda a trattamenti meno gravi di quelli contemplati dall'art. 7.⁶⁷⁰ Inoltre, analoghe disposizioni specifiche, riguardanti il trattamento dell'individuo privato della propria libertà, sono contenute nelle seguenti convenzioni: art. 5.2 *Convenzione americana sui diritti umani*, l'art. 5 *Carta africana sui diritti umani e dei popoli*, e l'art. 20 *Carta araba dei diritti umani*. Nel contesto normativo internazionale, altri strumenti tutelano i diritti umani di alcune categorie di migranti detenuti (vedi la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne*, la *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*, e l'art. 37 della *Convenzione sui diritti del fanciullo*).

666. *Costello-Roberts c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 386, par.27; *Ximenes-Lopes c. Brasile*, C.IADU, op. cit., nota n. 548.

667. Art. 2.1 CCT.

668. Art. 16.1 CCT.

669. Art. 11 in combinato disposto con l'art. 16.1 CCT.

670. Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights Commentary*, seconda edizione riveduta, N.P. Engel Publisher, 2005 (Nowak, ICCPR Commentary), pagg.245-250.

Norme dettagliate sulle condizioni di detenzione sono contenute nelle seguenti guide per il regime penitenziario: *Standard minimi delle Nazioni Unite sul trattamento dei detenuti*;⁶⁷¹ il *Gruppo di principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualsiasi forma di detenzione o prigionia*;⁶⁷² le *Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei giovani privati della propria libertà*;⁶⁷³ e le *Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute o sottoposte a misure non custodiali a seguito di condanna penale*, così come, a livello europeo, gli standard del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti Inumani o Degradanti (d'ora in avanti riferito come "CPT"). Tali norme forniscono raccomandazioni esaustive sulle condizioni e le strutture che devono essere fornite in tutte le forme di detenzione, comprendendo la detenzione amministrativa degli immigrati. Con riferimento ai richiedenti asilo, le *Nuove linee guida ACNUR sulla detenzione dei richiedenti asilo* prevedono che "le condizioni detentive per i richiedenti asilo dovrebbero essere umane, mostrando rispetto per la dignità della persona", sottolineando che il richiedente asilo detenuto dovrebbe avere l'opportunità di:

- poter mantenere i contatti con il mondo esterno e ricevere visite;
- svolgere attività ricreative al coperto e all'aperto;
- continuare la propria educazione;
- esercitare la propria religione;
- accedere ai bisogni essenziali: letti, doccia, servizi igienici, ecc..⁶⁷⁴

Il *Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti* e, nel sistema europeo, la *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e trattamenti o pene inumane o degradanti* hanno istituito dei comitati indipendenti di esperti – rispettivamente un Sottocomitato delle Nazioni Unite per la Prevenzione della Tortura (SPT) e un Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT) - con il compito di visitare le strutture di detenzione degli Stati Parti senza limitazioni e di formulare delle raccomandazioni.⁶⁷⁵ Il *Protocollo opzionale della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti* richiede agli Stati Parte di costituire uno o diversi

671. *Standard minimi delle Nazioni Unite sul trattamento dei detenuti*, adottati nel 1955, approvati dal Consiglio Economico e Sociale con risoluzione 663 C (XXIV) del 31 luglio 1957 e 2076 (LXII) del 13 maggio 1977.

672. Adottati dall'Assemblea Generale con risoluzione 43/173 del 9 dicembre 1988.

673. Adottate dall'Assemblea Generale con risoluzione 45/113 del 14 dicembre 1990.

674. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, op. cit., nota n. 589, Linea Guida 9.

675. Il mandato e i poteri di visita del SPT si possono trovare negli artt. 4, 11.1, 12, e 14 del *Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura ed altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti* (POCCT); e quelli del CPT negli artt. 2 e 7 della *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumane o degradanti* (CEPT).

meccanismi nazionali indipendenti per la prevenzione delle torture e trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti con poteri di accesso ai centri di detenzione.⁶⁷⁶

1. L'idoneità del luogo di detenzione

Le linee guida internazionali stabiliscono che, fatta eccezione per brevi periodi, i migranti detenuti dovrebbero essere tenuti in custodia in centri appositamente studiati per le loro esigenze e la loro condizione giuridica.⁶⁷⁷ In riferimento alla struttura normativa dell'art. 5 CEDU, il trattenimento di un detenuto in una struttura inappropriata con riferimento ai motivi di detenzione (per esempio, per prevenire l'ingresso illegale o in attesa di eseguire l'allontanamento ai sensi dell'art. 5.2.f) può anche violare il diritto alla libertà.⁶⁷⁸ Per esempio, è stata rilevata la violazione del diritto alla libertà nel caso di trattenimento di una bambina richiedente asilo con adulti, in una struttura non adatta alle sue esigenze,⁶⁷⁹ e, verosimilmente, un simile approccio verrebbe probabilmente applicato anche nel caso di utilizzo a lungo termine delle carceri o di celle di polizia per la detenzione amministrativa degli immigrati.

In generale, secondo il diritto internazionale dei diritti umani, la detenzione dei migranti in luoghi non idonei, come le stazioni di polizia e le prigioni, può costituire una violazione del divieto di tortura o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.⁶⁸⁰ Con riferimento a particolari categorie di migranti, può portare alla violazione di altri standard internazionali, tra cui, nei casi di minorenni, l'obbligo di agire nell'interesse superiore del fanciullo ai sensi della *Convenzione sui diritti del fanciullo*. Gli standard regionali e internazionali, così come le conclusioni degli organi dei trattati delle Nazioni Unite e l'ACNUR, segnalano costantemente che i richiedenti asilo e altri migranti non dovrebbero essere tenuti in custodia nei luoghi di polizia o in carcere.

La durata del trattenimento in una struttura di detenzione è spesso rilevante per stabilire se il trattenimento equivale a maltrattamento. Per esempio, mentre la detenzione di un migrante al suo arrivo in un aeroporto è considerata accettabile per poche ore, potrebbe essere considerato maltrattamento un trattenimento prolungato senza adeguati servizi igienici e strutture per mangiare e dormire.⁶⁸¹ Infatti, il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura ha sottolineato che, sebbene

676. Vedi, artt. 3, 17-22, POCCT.

677. *Standard CPT*, op. cit., nota n. 585, pag. 54, Estratti dal 7o Rapporto Generale [CPT/Inf (97) 10], par. 29; *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, Principio XI.7: "i richiedenti asilo detenuti dovrebbero normalmente essere alloggiati, nel più breve lasso di tempo possibile, in strutture designate specificamente per tale scopo, che offrano condizioni materiali ed un regime amministrativo appropriati alla loro situazione di fatto e di diritto e che dispongano di personale che sia specificamente qualificato. Alle famiglie detenute si dovrebbe fornire un alloggio separato che garantisca una privacy adeguata." (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, op. cit., nota n. 502, par. 209.

678. *Aerts c. Belgio*, C.edu, Ricorso n. 25357/94, Sentenza del 30 luglio 1998, par. 46.

679. *Mayeka e Mitunga c. Belgio*, C.edu, Ricorso n. 13178/03, Sentenza del 12 ottobre 2006.

680. Ai sensi degli artt. 7 e 10.1 PIDCP; art. 3 CEDU; art. 5 CADU; art. 5 CADUP.

681. *Standard CPT*, op. cit., nota n. 585, pag. 54.

possa risultare necessario per l'immigrato trascorrere un po' di tempo in custodia nelle strutture ordinarie di polizia, dato che il trattenimento per lunghi periodi risulta inadeguato, l'immigrato deve essere mantenuto in custodia per il minor tempo possibile.⁶⁸² La Corte Europea dei Diritti Umani, nella sentenza *Charahili c. Turchia*, ha stabilito la violazione dell'art. 3 CEDU nella prolungata detenzione del ricorrente in condizioni precarie nello scantinato di una stazione di polizia.⁶⁸³ Il Comitato sui Diritti Umani delle Nazioni Unite ha espresso preoccupazione per i casi di custodia prolungata nelle strutture di polizia per eseguire l'espulsione.⁶⁸⁴

Gli standard internazionali sono concordi nel rifiutare l'applicazione di provvedimenti detentivi in carcere nei confronti dei richiedenti asilo o di altri migranti, esigendo che altre strutture dovrebbero essere disponibili o, come minimo, che, in ogni caso, i richiedenti asilo e i migranti vengano tenuti separati dalle persone condannate a scontare una pena detentiva o che sono trattenute in custodia cautelare in attesa di giudizio.⁶⁸⁵

a) Luoghi di detenzione per bambini e famiglie

Nei casi eccezionali in cui i bambini vengono detenuti, gli standard internazionali richiedono che le strutture e le condizioni di custodia siano adatte alla loro età, come previsto dall'art. 37.c della *Convenzione sui diritti del fanciullo*, secondo cui "ogni fanciullo privato di libertà deve essere trattato con umanità e con il rispetto dovuto alla dignità della persona umana ed in maniera da tener conto delle esigenze delle persone della sua età. In particolare, ogni fanciullo privato di libertà deve essere separato dagli adulti, a meno che si ritenga preferibile di non farlo, nell'interesse preminente del fanciullo, ed avrà diritto di rimanere in contatto con la sua famiglia per mezzo di corrispondenza o di visite, tranne che in circostanze eccezionali". Disposizioni particolari per i casi eccezionali di detenzione di fanciulli sono contemplate nelle *Regole delle Nazioni unite per la protezione dei giovani privati della loro libertà*.⁶⁸⁶

682. *Ibid.*, pag. 54.

683. *Charahili c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 46605/07, Sentenza del 13 aprile 2010.

684. *Osservazioni Conclusive sull'Austria*, CDU, *op. cit.*, nota n. 187, par. 17. Il Comitato ha espresso preoccupazione che i richiedenti asilo in attesa di deportazione fossero frequentemente detenuti per parecchi mesi in strutture detentive della polizia ed ha raccomandato allo Stato Parte di "rivedere la propria politica di detenzione i rispetto ai richiedenti asilo [...] e prevedere misure immediate ed efficaci per assicurare che tutti i richiedenti asilo in detenzione nelle more del procedimento di deportazione siano trattenuti in centri specificamente designati per tale scopo [...]". (traduzione ufficiosa).

685. *Osservazioni Conclusive sull'Irlanda*, CDU, *op. cit.*, nota n. 486, par. 21; *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 207-208. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sulla Svezia*, CDU, UN Doc. CCPR/C/SWE/CO/6, 2 aprile 2009, par. 17; *Osservazioni Conclusive sulla Nuova Zelanda*, CCT, UN Doc. CAT/C/NZL/CO/5, 14 maggio 2009, par. 6: "Il Comitato nota con preoccupazione che i richiedenti asilo ed i migranti senza documenti continuano ad essere detenuti in strutture a basso livello di protezione o di correzione" (traduzione ufficiosa); Conclusione n.44, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 580, par. 10.

686. *Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei giovani privati della loro libertà*, adottate il 14 dicembre 1990 con risoluzione dell'Assemblea Generale n. 45/113.

Anche i tribunali internazionali hanno dichiarato che la detenzione dei bambini in strutture inidonee, in certi casi, conduce a violare il diritto alla libertà da trattamenti crudeli, inumani e degradanti. Per esempio, nella sentenza *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*,⁶⁸⁷ la Corte Europea ha stabilito che la detenzione di una bambina di cinque anni, richiedente asilo non accompagnata, in un centro detentivo per adulti, senza aver avuto cura di predisporre delle modalità adeguate per la sua assistenza, ha violato l'art. 3 CEDU, dato che le condizioni detentive non erano adatte alla sua situazione di estrema vulnerabilità; inoltre è stata dichiarata la violazione dei diritti della madre derivanti dall'art. 3, a causa dello stato di ansia e di incertezza che ha sofferto in relazione alla detenzione della figlia. Anche la Corte Inter-Americana ha giudicato sull'art.19 della Convenzione Americana, esigendo il rispetto di standard superiori di assistenza e responsabilità da parte dello Stato quando vi siano minori trattenuti in detenzione.⁶⁸⁸

2. Le condizioni di detenzione

Le strutture ricettive in cui sono trattenuti i migranti devono assicurare condizioni sanitarie, di pulizia e di sicurezza sufficienti per essere compatibili con la libertà dalla tortura ed altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti (maltrattamenti) e con il diritto ad essere trattati con umanità e con il rispetto della dignità umana della persona (art. 10 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, art. 5.2 della *Convenzione americana sui diritti umani*, art. 5 della Carta Africana e art. 20 della Carta Araba). Nel contesto di un crescente utilizzo della detenzione amministrativa per un numero sempre maggiore di migranti, trattenuti spesso in strutture sovraffollate,⁶⁸⁹ i tribunali internazionali e gli organismi predisposti alla sorveglianza della tutela dei diritti umani hanno dichiarato la violazione del diritto alla libertà da trattamenti crudeli, inumani o degradanti quando hanno regolarmente constatato povere condizioni di detenzione o detenzione in strutture ricettive sovraffollate. Sebbene la detenzione per sua natura imponga un certo livello di difficoltà, il principio generale da applicare consiste nella compatibilità delle condizioni di detenzione con la dignità umana senza sottoporre i soggetti a un livello di sofferenza superiore a quello inerente alla detenzione.⁶⁹⁰ Inoltre, le pressioni economiche o le difficoltà causate da un aumentato afflusso di migranti non possono giustificare la mancata applicazione del divieto di tortura o altri maltrattamenti, considerato il carattere assoluto ed inderogabile del divieto.⁶⁹¹

687. *Mayeka e Mitunga c. Belgio*, C.edu, op. cit., nota n. 679.

688. *"Istituto giovanile di rieducazione" c. Paraguay*, C.IADU, Serie C n. 112, Sentenza del 2 settembre 2004, par. 143, 160-162.

689. *Standard CPT*, op. cit., nota n. 585, *Garanzie per migranti irregolari privati della loro libertà*, Estratto dal 190 Rapporto Generale [CPT/Inf (2009) 27], pag. 61, par. 85-89.

690. *S.D. c. Grecia*, C.edu, Ricorso n. 53541/07, Sentenza dell'11 giugno 2007, par. 45; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, par.221. Vedi anche, *"Istituto giovanile di rieducazione" c. Paraguay*, C.IADU, op. cit., nota n. 688, par. 151-155.

691. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 323, par. 223-224.

a) L'effetto cumulativo di condizioni di detenzione precarie

L'effetto cumulativo di una serie di precarie condizioni detentive può condurre alla violazione del divieto di maltrattamenti.⁶⁹² Inoltre, più il periodo di permanenza nella struttura ricettiva è prolungato, più aumenta la probabilità che la precarietà delle condizioni di detenzione varchi la soglia del maltrattamento. L'esame eseguito è obiettivo e il riscontro avviene indipendentemente dall'esistenza di intenti umilianti o degradanti delle autorità.⁶⁹³ Il rispetto del divieto di trattamenti crudeli, inumani o degradanti richiede alle autorità statali di assicurare che gli stranieri privati della libertà siano trattenuti in condizioni umane. Non si può attribuire al detenuto l'onere di chiedere che siano garantite delle modalità umane di trattenimento.⁶⁹⁴ Per stabilire se le modalità di trattenimento raggiungano un certo livello di gravità tale da essere considerate crudeli, inumane o degradanti, occorre valutare il contesto individuale, facendo riferimento all'età, al sesso e allo stato di salute della persona coinvolta. Bisogna ricordare che le persone detenute per motivi di immigrazione non sono né accusate né condannate per la commissione di un reato e che tale condizione deve riflettersi nelle condizioni di detenzione e nell'idoneità del luogo di detenzione.⁶⁹⁵

In un caso riguardante la detenzione di richiedenti asilo durata due mesi in una struttura prefabbricata con pessime condizioni igieniche, limitato accesso all'aria aperta e nessun accesso ai collegamenti telefonici, la Corte Europea ha riscontrato la violazione dell'art. 3 CEDU, considerando in particolare che i ricorrenti presentavano problemi psicologici e di salute a seguito delle torture subite nel loro Paese di origine.⁶⁹⁶ La Corte Inter-Americana ha ugualmente stabilito che “le cattive condizioni materiali e sanitarie esistenti nei centri ricettivi, nonché la mancanza di adeguata illuminazione e ventilazione, costituiscono di per sé violazioni dell'art. 5 della Convenzione Americana, considerando la loro intensità, la durata del trattenimento e le caratteristiche personali del soggetto, in quanto possono causare delle difficoltà che superano l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione, coinvolgendo un senso di umiliazione e un sentimento d'inferiorità.”⁶⁹⁷

Inadeguate modalità di trattenimento degli stranieri ospitati nei punti di ingresso nel territorio nazionale può anche condurre a violare i diritti umani. Per esempio, nella

692. *Dougoz c. Grecia*, C.edu, Ricorso n. 40907/98, Sentenza del 6 marzo 2001; *Z.N.S. c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 21896/08, Sentenza del 19 gennaio 2010; *Charahili c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 683; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 323, parr. 230-233.

693. *Riad e Idiab c. Belgio*, C.edu, Ricorsi n. 29787/03 e 29810/03, Sentenza del 24 gennaio 2008, par.107.

694. *Ibid.*, par.103.

695. Vedi, *Standard CPT*, *op. cit.*, nota n. 585, *Garanzie per migranti irregolari privati della loro libertà*, Estratto dal 190 Rapporto Generale [CPT/Inf (2009) 27], pag. 61, parr. 85-89; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 323, parr. 231-233.

696. *S.D. c. Grecia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 690, parr. 52-53.

697. *Montero-Aranguren et al (Centro detentivo di Catia) c. Venezuela*, C.IADU, Serie C n. 150, Sentenza del 5 luglio 2006, par. 97; *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, parr. 215-216 (sull'accesso all'acqua in detenzione) (traduzione ufficiale).

sentenza *Riad e Idiab c. Belgio*, la Corte Europea ha constatato la violazione dell'art. 3 CEDU, essendo il ricorrente stato trattenuto per oltre dieci giorni in una zona di transito aeroportuale senza alcuna assistenza legale o sociale, e senza che fossero assicurati adeguati mezzi di sussistenza, di riparo e di riposo, servizi sanitari essenziali e strumenti di comunicazione con l'esterno. Inoltre, i ricorrenti non erano stati informati che solo dopo qualche tempo dell'esistenza di un centro di accoglienza in aeroporto. La Corte, constatata l'incapacità di garantire i bisogni essenziali alle persone private della loro libertà, ha dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU.⁶⁹⁸

La Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli ha dichiarato che l'applicazione dell'art. 5 della *Carta africana sui diritti umani e dei popoli*, riguardante i trattamenti o le pene crudeli, inumane o degradanti, si estende "alla protezione più vasta possibile contro gli abusi sia fisici che mentali, [...] riferiti a qualsiasi attività: dalla negazione di stabilire un contatto e di informare la propria famiglia sul luogo di detenzione alle condizioni di sovraffollamento, ai pestaggi e altre forme di tortura fisica, come la privazione della luce, della distribuzione di cibo insufficiente e della mancanza di accesso ai farmaci e alle cure mediche".⁶⁹⁹

b) Sovraffollamento

In situazioni di grave sovraffollamento, i tribunali internazionali hanno regolarmente constatato la violazione del diritto alla libertà da trattamenti crudeli, inumani o degradanti. La Corte Europea dei Diritti Umani ha riscontrato che uno spazio personale ridotto a meno di tre metri quadrati è una forte indicazione che le condizioni di detenzione costituiscano un trattamento degradante in violazione dell'art. 3 CEDU.⁷⁰⁰ Quando il sovraffollamento è meno grave, questi può nondimeno costituire una violazione del diritto alla libertà da trattamenti crudeli, inumani o degradanti, se considerato in relazione con le altre condizioni di detenzione: scarsa ventilazione e sistema di riscaldamento, accesso all'aria e alla luce naturale eccessivamente ristretto, la scarsità di cibo e di igiene, e la mancanza di un livello minimo di riservatezza.⁷⁰¹ La Corte Inter-Americana ha anche stabilito che il notevole sovraffollamento costituisce di per sé "un trattamento crudele, inumano e degradante, contrario alla dignità inerente alla persona umana e, quindi, una violazione dell'art. 5.2 della Convenzione Americana."⁷⁰²

698. *Riad e Idiab c. Belgio*, C.edu, op. cit., nota n. 693, parr.103-106.

699. *IHRDA e al. c. Angola*, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 380, par. 52 (traduzione ufficiosa); *Media Rights Agenda c. Nigeria*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 224/1998, 28a Sessione Ordinaria, 23 ottobre-6 novembre 2000, par. 71; *Amnesty International e al. c. Sudan*, Comm.ADUP, Comunicazioni n. 48/1990, 50/1991, 52/1991 e 89/1993, par. 54.

700. *Kantjyrev c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 37213/02, Sentenza del 21 giugno 2007, parr. 50-51; *Labzov c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 62208/00, Sentenza del 16 giugno 2005, par. 44; *Orchowski c. Polonia*, C.edu, Ricorso n. 17885/04, Sentenza del 22 ottobre 2009, para 122.

701. *Orchowski c. Polonia*, C.edu, op. cit., nota n. 700, para 122-123; *Peers c. Grecia*, C.edu, op. cit., nota n. 392, parr. 70-72; *Belevitskiy c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 72967/01, Sentenza del 1 marzo 2007, parr. 73-79.

702. *Montero-Aranguren et al (Centro detentivo di Catia) c. Venezuela*, C.IADU, op. cit., nota n. 697, par. 91 (traduzione ufficiosa).

Il relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti ha stabilito che “uno dei più frequenti ostacoli al rispetto della dignità umana e al divieto di tortura e altre forme di maltrattamento nei luoghi di detenzione è il sovraffollamento, [e ciò] è particolarmente riscontrabile nei casi di custodia cautelare e di detenzione di minori, richiedenti asilo e rifugiati.”⁷⁰³

c) Accesso alle cure sanitarie

Un’adeguata assistenza sanitaria o il mancato accesso ai farmaci essenziali per i detenuti può, di per sé o in combinazione con altri fattori, violare il diritto alla libertà da trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Sebbene non sia previsto alcun obbligo generale di rilasciare i detenuti per motivi di salute, esiste l’obbligo di proteggere il loro benessere fisico e mentale durante il trattenimento, fornendo assistenza medica e farmaci adeguati alla loro condizione di salute.⁷⁰⁴ Per esempio, la mancata osservanza di una speciale assistenza medica e della fornitura di farmaci necessari ai detenuti malati di AIDS, o affetti da grave epilessia, con conseguente aggravamento della loro condizione di salute, può minare alla dignità del detenuto, causando un livello di angoscia e di disagio superiore a quello accettabile in situazioni di detenzione, e quindi in violazione dell’art. 3 CEDU.⁷⁰⁵ Tale violazione può verificarsi anche in assenza di deterioramento accertato dello stato di salute del detenuto.⁷⁰⁶ La Corte Inter-Americana ha ritenuto che la mancanza di un’adeguata assistenza medica in detenzione potrebbe costituire una violazione dell’art. 5 della *Convenzione americana dei diritti umani*, “considerate le circostanze specifiche della persona, il tipo di malattia o di disturbo, il tempo trascorso senza la necessaria assistenza medica e i suoi effetti cumulativi.”⁷⁰⁷

Gli standard del CPT affermano il principio secondo cui le cure mediche disponibili in stato di custodia dovrebbero essere di un livello equivalente a quelle a disposizione del pubblico in generale.⁷⁰⁸ La linea guida n. 10(v) delle *Nuove linee guida*

703. Theo Van Boven, Relatore Speciale ONU sulla tortura, *Rapporto annuale alla Commissione sui Diritti Umani*, UN Doc. E/CN.4/2004/56, 23 dicembre 2003, par. 49 (traduzione ufficiosa).

704. *Hurtado c. Svizzera*, C.edu, Ricorso n. 17549/90, Sentenza del 28 gennaio 1994; *Mouisel c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 67263/01, Sentenza del 14 novembre 2002, par. 40; *Keenan c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 27229/95, Sentenza del 3 aprile 2001, par. 111; *Aleksanyan c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 46468/06, Sentenza del 22 dicembre 2008, par. 137.

705. *Kaprykowski c. Polonia*, C.edu, Ricorso n. 23052/05, Sentenza del 3 febbraio 2009; *Kotsaftis c. Grecia*, C.edu, Ricorso n. 39780/06, Sentenza del 12 giugno 2008. Vedi anche, *Mouisel c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 704, par. 40-42.

706. *Kotsaftis c. Grecia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 705.

707. *Montero-Aranguren et al (Centro detentivo di Catia) c. Venezuela*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 697, par. 103. Vedi anche, *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 220, 225, 227.

708. *Standard CPT*, *op. cit.*, nota n. 585, Estratto dal Terzo Rapporto Generale [CPT/Inf (93) 12], pag. 27, par. 31. Benché la Corte Europea dei Diritti Umani abbia talvolta accettato un livello di assistenza sanitaria minore per i prigionieri rispetto a quello disponibile alla comunità in generale, ciò è stato disposto solamente per i detenuti che stiano scontando una condanna penale, e la Corte ha espressamente marcato una distinzione, per quanto riguarda questa materia, tra detenuti condannati penalmente e altri detenuti: *Aleksanyan c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 704, par. 139.

ACNUR sulla detenzione dei richiedenti asilo prevede che i richiedenti asilo detenuti dovrebbero avere la possibilità di ricevere adeguate cure mediche ed, eventualmente, la consulenza psicologica. Altri standard internazionali hanno definito una normativa dettagliata in materia di appropriate cure mediche in stato di detenzione: gli *Standard minimi per il trattamento dei prigionieri* (regole da 22 a 25), il *Gruppo di principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualsiasi forma detentiva o di prigionia* (principi da 22 a 26), le *Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei giovani privati della loro libertà* (sezione H), e le *Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne prigioniere e delle donne condannate a pene non custodiali* (le regole di Bangkok).

Durante il trattamento medico le misure di sicurezza vanno applicate con modalità compatibili al rispetto della dignità umana del detenuto. L'uso di manette o l'imposizione di altre restrizioni durante il trattamento medico possono sollevare problemi dal punto di vista dei diritti umani.⁷⁰⁹

Occorre anche ricordare che, come sarà esaminato dettagliatamente nel quinto capitolo, nel diritto internazionale è contenuto il diritto alla salute per tutti gli individui, indipendentemente dalla loro nazionalità o residenza e condizione migratoria, che include il diritto a ricevere l'assistenza sanitaria primaria e di emergenza, anche nel contesto della detenzione.⁷¹⁰

3. Le condizioni di detenzione di gruppi particolari di persone

a) Detenuti con malattie mentali

I detenuti malati di mente o sofferenti a causa delle traumatiche esperienze subite richiedono particolare attenzione quando vengono trattenuti nei centri di detenzione per immigrati. Si sollevano alcuni interrogativi sull'opportunità che la persona sia trattenuta in custodia oppure se siano preferibili alternative più appropriate della limitazione della libertà personale (si veda nella sezione II.6); e, quando viene stabilita la detenzione, sul bisogno di trovare forme appropriate di custodia, di condizioni di detenzione e di fornitura di cure mediche adeguate.

Quando lo stato di salute mentale del detenuto è compromesso o aggravato dalle condizioni detentive, con la consapevolezza da parte delle autorità di tale situazione, il proseguimento del trattenimento in custodia può costituire un trattamento crudele, inumano o degradante. Per esempio, nel caso *C c. Australia*, il Comitato sui Diritti Umani ha riscontrato la violazione dell'art. 7 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* come conseguenza della detenzione prolungata di una persona con

709. *Henaf c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 65436/01, Sentenza del 27 novembre 2003, parr. 49-60.

710. CDESC, *Commentario Generale n. 14, op. cit.*, nota n. 37, par. 34: "In particolare, gli Stati hanno l'obbligo di rispettare il diritto alla salute, *inter alia*, evitando di negare o limitare un accesso uguale a tutte le persone, e compresi detenuti condannati o meno, minoranze, richiedenti asilo ed immigrati illegali, a servizi sanitari di prevenzione, di cura e palliativi" (traduzione ufficiosa).

grave malattia psichiatrica divenuta irreversibile al momento del rilascio, e con la conoscenza da parte delle autorità che l'aggravamento dello stato di malattia fosse riconducibile alla detenzione subita dal ricorrente.⁷¹¹

Anche quando la detenzione di una persona malata di mente risulti giustificata, occorre considerare il luogo appropriato di custodia, valutando se la persona debba essere trattenuta in una struttura psichiatrica specializzata oppure accolta in un reparto psichiatrico della struttura ricettiva.⁷¹²

Indipendentemente dal luogo di detenzione, la sola inadeguata assistenza sanitaria specialistica o combinata con inappropriate condizioni di detenzione possono costituire o condurre a trattamenti crudeli, inumani o degradanti.⁷¹³ Nella valutazione si dovrà tener conto anche della vulnerabilità di queste persone e della loro incapacità, in alcuni casi, di lamentarsi adeguatamente dell'incidenza di tali circostanze sullo stato di salute.⁷¹⁴

b) Persone con disabilità

Nel caso di detenzione di persone disabili sia il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 10) sia la CEDU (art. 3) richiedono che siano adottate delle misure per garantire che le condizioni di custodia siano adeguate al loro livello di disabilità.⁷¹⁵ Secondo l'art. 14 della *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*, gli Stati Parti devono "assicurare che, se le persone con disabilità sono private della libertà, restino, su una base di eguaglianza con gli altri, titolari delle garanzie in conformità alla legislazione internazionale sui diritti umani e siano trattate in conformità agli scopi e ai principi della presente convenzione, ivi compreso quello di ricevere un accomodamento ragionevole." L'art. 2 della Convenzione definisce l'accomodamento ragionevole indicando "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati, che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali."

711. *C. c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 344, par. 8.4.

712. *Raccomandazione R(1998)7 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri riguardo agli aspetti etici ed organizzativi dell'assistenza sanitaria in prigione*, adottata dal Comitato dei Ministri l'8 aprile 1998 alla 627a riunione dei Rappresentanti dei Ministri: i detenuti che soffrano di gravi disturbi mentali dovrebbero essere tenuti e curati in una struttura ospedaliera che sia adeguatamente equipaggiata e disponga di personale specificamente formato.

713. *Musial c. Polonia*, C.edu, Ricorso n.28300/06, Sentenza del 20 gennaio 2009, par. 96; *Madafferi e Madafferi c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 433, dove il ricorrente era stato rimandato in un centro di detenzione per immigrati contro l'avviso dei dottore e degli psichiatri. In questo caso, il Comitato ha ritenuto che la decisione sulla detenzione non fosse basata su una valutazione adeguata delle circostanze del caso e che fosse quindi in violazione dell'art. 10.1 PIDCP.

714. *Ibid.*, par.87.

715. *Price c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n.33394/96, Sentenza del 10 luglio 2001, par. 25-30; *Farbthius c. Lettonia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 646, par. 56; *Hamilton c. Giamaica*, CDU, Comunicazione n. 616/1995, Decisione del 23 luglio 1999.

c) Sopravvissuti alla tortura

Dato che tra i richiedenti asilo sono compresi coloro che sono stati vittime di tortura, le norme internazionali richiedono che le autorità esaminino i detenuti sin dall'inizio della loro custodia per identificare le vittime di tortura o di altri traumi, la cui situazione può richiedere una sistemazione non detentiva (vedi, sopra, la sezione II.6), o che, se già trattenuti in custodia, possano richiedere di essere trasferiti in un altro tipo di detenzione, o di ricevere particolari servizi o trattamenti sanitari.⁷¹⁶ Tale esame preliminare contribuirà a garantire il rispetto da parte delle autorità degli obblighi internazionali dei diritti umani di fornire a queste persone adeguate condizioni detentive o di accomodamento, e i servizi sanitari per agevolare il riadattamento fisico e psicologico.

d) Bambini

In tutti i casi eccezionali in cui sono detenuti i bambini con le loro famiglie o i bambini non accompagnati (vedi, la sezione II.6.a., sopra, in relazione all'idoneità della detenzione), le condizioni di custodia devono essere appropriate, e, in tutte le decisioni che li riguardano, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.⁷¹⁷ Nel *Commentario Generale sul trattamento dei bambini separati o non accompagnati fuori dal loro Paese di origine*, il Comitato sui Diritti del Fanciullo⁷¹⁸ afferma che, “nei casi eccezionali di detenzione, le condizioni di custodia devono essere stabilite in base all'interesse superiore del fanciullo [...]. Una sistemazione speciale deve essere fatta per abitazioni che siano adatte ai bambini e che li separino dagli adulti, a meno che si ritenga preferibile non farlo nell'interesse superiore del fanciullo. [...] Le strutture ricettive non devono essere situate in zone isolate dove non sono disponibili né risorse della comunità culturalmente idonee né l'accesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato. I minori dovrebbero avere l'opportunità di mantenere contatti regolari e di ricevere visite da amici, parenti, religiosi, assistenti sociali e legali, e dai loro tutori. Inoltre, essi dovrebbero avere l'opportunità di ricevere tutti i servizi essenziali, nonché un eventuale adeguato trattamento medico e consulenza psicologica. [...] Al fine di garantire in maniera efficace l'adempimento dei diritti riconosciuti dall'art. 37 (d) della Convenzione, ai fanciulli, separati dai genitori o non accompagnati, che sono stati privati della libertà, deve

716. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, op. cit., nota n. 589, Linea guida n. 10(i); *Raccomandazione R(1998)7*, CMCE, op. cit., nota n. 712, par. 12: “i richiedenti asilo dovrebbero essere controllati dall'inizio della loro detenzione per identificare fra di loro vittime della tortura e persone che abbiano subito un trauma, affinché si possa provvedere a fornir loro un trattamento e delle condizioni appropriate” (traduzione ufficiale). Vedi anche, *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, Linea guida n. XI.3 “nei casi in cui altre persone vulnerabili siano detenute occorre fornir loro un'assistenza ed un supporto adeguati” (traduzione ufficiale).

717. Art. 3(a) CDF.

718. CDF, *Commentario Generale* n. 6, op. cit., nota n. 136, par. 63.

essere assicurato un accesso rapido ad un'assistenza giuridica e ad ogni altra assistenza adeguata, nonché l'assegnazione di un rappresentante legale.”⁷¹⁹

i) L'educazione nelle strutture ricettive

I bambini sottoposti a misura coercitiva per finalità legate alle politiche migratorie continuano a godere del diritto all'istruzione in condizioni di eguaglianza con i bambini liberi, e senza discriminazioni per motivi di razza, nazionalità e religione.⁷²⁰ In base alle *Linee guida ACNUR sui criteri e gli standard relativi alla detenzione dei richiedenti asilo* e al *Commentario Generale n. 6* del Comitato sui Diritti del Fanciullo, il minore trattenuto ha diritto all'istruzione, che deve essere impartita in locali esterni ai luoghi custodiali, e di disporre di appositi spazi dove poter svolgere attività ricreativa e ludica.⁷²¹

Inoltre, le *Regole delle Nazioni Unite sulla protezione dei giovani privati di libertà* aggiungono che l'istruzione debba essere fornita “possibilmente nelle scuole ordinare e, in ogni caso, da insegnanti qualificati con programmi integrati al sistema educativo del Paese, in modo da consentire al minore di proseguire il percorso educativo senza difficoltà appena riacquistato lo stato di libertà. [...] L'amministrazione delle strutture ricettive deve prestare particolare attenzione all'educazione dei minori di origine straniera e con particolari esigenze culturali e etniche, [...] prevedendo un'istruzione speciale per il giovane analfabeta o con difficoltà cognitive o di apprendimento.”⁷²² Infine, le *Regole delle Nazioni Unite* specificano che “dovrebbe essere consentita e incoraggiata la prosecuzione della formazione educativa ai giovani che hanno completato la scuola dell'obbligo, mediante l'accesso ad adeguati programmi educativi.”⁷²³

e) Le donne detenute

Le donne trattenute nelle strutture per immigrati si trovano spesso ad affrontare particolari difficoltà, riguardanti i seguenti casi: violenza o molestie basate sull'identità di genere, includendo violenze sessuali e abusi, compiute da autorità pubbliche o detenuti (vedi, in seguito, la sezione 4); assenza di assistenza ai

719. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive su Cipro*, CDESC, UN Doc. E/C.12/CYP/CO/5, 12 giugno 2009, par. 22 (traduzione ufficiosa), che esprimono preoccupazione per le condizioni inadeguate in cui bambini erano tenuti in detenzioni per scopo d'immigrazione; *Osservazioni Conclusive sull'Australia*, CDF, *op. cit.*, nota n. 649, parr. 62(b) e 64(c).

720. Art. 2 Protocollo 1 CEDU; art. 28 CDF; art. 5(e)(v) CIEDR; art. 13 PIDESC; *Commentario Generale n. 13, Il diritto all'educazione*, CDESC, UN Doc. E/C.12/1999/10, 8 dicembre 1999, par. 34: “conferma che il divieto di discriminazione si estende a tutte le persone in età scolare nel territorio dello Stato Parte, e compresi gli stranieri, senza riguardo alla loro condizione giuridica” (traduzione ufficiosa).

721. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, *op. cit.*, nota n. 589, Linea guida n. 6; and CDF, *Commentario Generale n. 6*, *op. cit.*, nota n. 136, par. 63.

722. *Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei giovani privati della loro libertà*, art. 38 (traduzione ufficiosa).

723. *Ibid.*, art. 39 (traduzione ufficiosa).

bambini; assistenza sanitaria inadeguata e insufficiente, assenza di beni e servizi richiesti dalle donne; e altre forme discriminatorie di genere.

Il rispetto degli standard e del diritto internazionale impone agli Stati di adottare misure adeguate per affrontare questi problemi specifici per le donne detenute, evidenziando la necessità di fornire alloggi separati e garantendo che i controlli e le perquisizioni personali siano eseguiti unicamente da personale femminile.⁷²⁴ Infatti, il Comitato sui Diritti Umani ha sottolineato che, ai sensi degli artt. 3, 7 e 10 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, un fattore importante riguarderà “la separazione dei luoghi di custodia tra uomini e donne e se i controlli siano effettuati da personale femminile”⁷²⁵, specificando che “le persone sottoposte a perquisizione corporale da pubblici ufficiali o da personale sanitario, che agisce su richiesta dello Stato, dovrebbero essere esaminate solo da persone dello stesso sesso.”⁷²⁶

L'applicazione degli standard e del diritto internazionale riguardanti il divieto di maltrattamenti, di discriminazione, e il diritto alla salute richiedono che ai migranti detenuti sia assicurato un accesso appropriato ed adeguato all'assistenza sanitaria, ai beni e ai servizi (vedi la precedente sezione 2.c); e, con riguardo alle donne detenute, l'accesso alle strutture sanitarie e igieniche necessarie ai bisogni specifici della donna, includendo le strutture ostetrico-ginecologico per la gravidanza, beni e servizi. Ad esempio, il Comitato per la Prevenzione della Tortura ritiene che ammanettare o imprigionare una donna incinta durante il parto o la visita medica costituisce un trattamento inumano e degradante,⁷²⁷ e la Corte Europea dei Diritti Umani ha affermato l'esistenza di un trattamento inumano e degradante nei confronti di una donna ammanettata durante una visita ginecologica in presenza di personale maschile.⁷²⁸

Questi requisiti giuridici internazionali vengono applicati a tutte le donne detenute, comprendendo le donne migranti private della libertà, la cui situazione è stata affrontata esplicitamente da alcuni organismi internazionali. Ad esempio, il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne ha previsto che “gli Stati Parte dovrebbero garantire che le donne lavoratrici migranti che si trovano in stato di detenzione non subiscano discriminazioni e violenze basate sul sesso, e che le madri in stato di gravidanza o di allattamento così come le donne in cattiva salute abbiano accesso a servizi appropriati.”⁷²⁹ Le linee guida ACNUR sottolineano che

724. Artt. 8 e 53, *Standard minimi per il trattamento dei detenuti*; Principi n. XIX, XX, XXI, *Principi e prassi sulla protezione delle persone private della libertà nel continente americano*; art. 19, *Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute e sulle misure non custodiali per donne condannate penalmente* (le regole di Bangkok).

725. CDU, *Commentario Generale* n. 28, *op. cit.*, nota n. 22, par. 15 (art. 3) (traduzione ufficiosa).

726. *Commentario Generale* n. 16, *Il diritto al rispetto della privacy, della famiglia, del domicilio e della corrispondenza, e alla protezione dell'onore e della reputazione*, CDU, UN Doc. UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 8 aprile 1988, par. 8.

727. *Standard CPT*, *op. cit.*, nota n. 585, Estratto dal 100 Rapporto Generale [CPT/Inf (2000) 13], pag. 81, par. 27.

728. *Filiz Uyan c. Turchia*, C.edu, Ricorso n.7496/03, Sentenza dell'8 gennaio 2009.

729. CEDCD, *Raccomandazione Generale* n. 26, *op. cit.*, nota n. 8, par. 26(j) (traduzione ufficiosa).

nei casi di detenzione di donne richiedenti asilo, esse devono essere separate dagli uomini a meno che siano parenti stretti; inoltre, viene raccomandato l'impiego di personale femminile nelle strutture ricettive per le donne e la necessità di strutture sanitarie aggiuntive, includendo i consultori ostetrico-ginecologici.⁷³⁰

4. La protezione dai maltrattamenti, compresa la violenza in stato di detenzione

Le aggressioni fisiche o sessuali, e anche un uso eccessivo o inappropriato delle tecniche di restrizione fisica, possono violare alcuni diritti umani: il diritto alla vita; il divieto della tortura e di trattamenti crudeli, inumani e degradanti; e il diritto all'integrità fisica. Nei casi in cui una persona viene illegalmente uccisa o sottoposta a trattamenti crudeli, inumani o degradanti durante la detenzione, esiste una presunzione di responsabilità degli agenti statali con relativo onere per lo Stato di fornire la prova convincente e soddisfacente della sua estraneità ai fatti lesivi.⁷³¹

Inoltre, quando le autorità statali sono o dovrebbero essere a conoscenza che gli individui sottoposti a custodia si trovano a fronteggiare una minaccia reale o immediata alla loro vita e integrità fisica, e alla libertà da trattamenti crudeli, inumani e degradanti da parte di privati, esiste un obbligo positivo dello Stato di prevenire o porre fine a tali situazioni.⁷³² Tale obbligo costituisce una parte dell'obbligazione positiva generica dello Stato di esercitare la dovuta diligenza e di intraprendere misure ragionevoli per prevenire, proteggere da, e investigare le violazioni di questi diritti compiute da privati.⁷³³ Gli obblighi di protezione sono accentuati con riguardo agli individui sottoposti a misure di privazione della libertà, ritenuti particolarmente bisognosi di protezione da parte dello Stato.⁷³⁴

Per esempio, misure di sicurezze adeguate e preventive devono essere adottate dallo Stato quando vi sia una situazione potenziale chiara di violenza etnica o di genere in stato di detenzione. Nella sentenza *Rodic c. Bosnia-Erzegovina*, la C.edu ha dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU sotto l'aspetto della mancata adozione di misure idonee a prevenire aggressioni e minacce di natura etnica nei confronti dei due ricorrenti serbi rinchiusi in un istituto penitenziario affollato, con una

730. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, op. cit., nota n. 589, Linea guida n. 8 (traduzione ufficiosa).

731. *Angelova c. Bulgaria*, C.edu, Ricorso n. 38361/97, Sentenza del 13 giugno 2002, par. 110-111; *Salman c. Turchia*, C.edu, GC, Ricorso n. 21986/93, Sentenza del 27 giugno 2000, par. 100; *Demiray c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 27308/95, Sentenza del 21 novembre 2000.

732. Vedi, *Osman c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 23452/94, Sentenza del 28 ottobre 1998; *Angelova c. Bulgaria*, C.edu, op. cit., nota n. 731; *Massacro di Pueblo Bello c. Colombia*, C.IADU, Serie C n. 140, Sentenza del 31 gennaio 2006, par. 123. Sull'obbligo di proteggere contro la violenza tra detenuti in prigione: *Edwards c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 46477/99, Sentenza del 14 marzo 2002.

733. CDU, *Commentario Generale* n. 31, op. cit., nota n. 46, par. 8; *Osman c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 732; CCT, *Commentario Generale* n. 2, op. cit., nota n. 31, par. 18; CEDCD, *Raccomandazione Generale* n. 19, op. cit., nota n. 136, par. 9; *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, C.IADU, Serie C n. 1, Sentenza del 29 luglio 1988, par.172; *Massacro di Pueblo Bello c. Colombia*, C.IADU, op. cit., nota n. 732, par. 120.

734. *Salman c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 731.

popolazione carceraria in prevalenza di origine bosniaca, e che erano stati soggetti a violenza da parte degli altri detenuti.⁷³⁵ Anche la Corte Inter-Americana ha dichiarato che “lo Stato ha l’obbligo di garantire il diritto alla vita e il diritto a un trattamento umano dei detenuti internati nei suoi istituti penitenziari, e di creare [al suo interno] le condizioni indispensabili per evitare, il più possibile, la lotta tra detenuti”.⁷³⁶

Oltre agli obblighi di protezione dagli atti dei funzionari pubblici e degli altri detenuti, lo Stato ha anche l’obbligo di adottare misure adeguate, nei limiti del suo potere, per proteggere le persone detenute da atti di autolesionismo o di suicidio.⁷³⁷

Le donne detenute possono correre il rischio di subire delle violenze di carattere sessuale o di genere sia da parte degli organi statali sia da privati. Gli Stati sono tenuti ad adottare dei provvedimenti per prevenire e proteggere i detenuti da ogni tipo di violenza sessuale in custodia, anche predisponendo ed applicando una fattispecie di reato da perseguire penalmente.⁷³⁸ La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani ha dichiarato che una ricerca vaginale arbitraria delle donne detenute da parte di funzionari statali è considerata violenza sessuale, equivalente alla tortura;⁷³⁹ è considerata anche violenza sessuale in violazione del diritto a un trattamento umano ex art. 5.2 della *Convenzione americana dei diritti umani* la situazione in cui delle donne siano detenute nude e sorvegliate da uomini armati.⁷⁴⁰

a) La violenza e i maltrattamenti esercitati durante l’allontanamento dal territorio nazionale

Le espulsioni forzate, durante le quali i migranti sono trattenuti in un centro di detenzione, possono comportare l’uso della forza fisica o di maltrattamenti. Finché nel corso del procedimento di espulsione l’individuo è sottoposto all’autorità o al controllo dei funzionari dello Stato, egli rimane sotto la giurisdizione dello Stato per gli scopi del diritto internazionale dei diritti umani: per esempio, durante il periodo di viaggio su un aereo che ha lasciato il territorio dello Stato (cfr. la sezione I.2 nel primo capitolo). L’uso ingiustificabile della forza o della violenza da parte dei funzionari dello Stato o da agenti privati, coinvolti nell’esecuzione del provvedimento espulsivo, o una restrizione fisica eccessiva o inadeguata, possono violare il diritto alla vita e all’integrità fisica oltre al divieto della tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti.⁷⁴¹

735. *Rodic e al. c. Bosnia-Erzegovina*, C.edu, Ricorso n. 22893/05, Sentenza del 27 maggio 2008, par. 73.

736. “Istituto giovanile di rieducazione” c. *Paraguay*, C.IADU, op. cit., nota n. 688, par. 184.

737. *Keenan c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 704, par. 92-101; *Barbato c. Uruguay*, CDU, Comunicazione n. 84/1981, Decisione del 21 ottobre 1982, par. 9.2.

738. *Aydin c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 388, par. 83-86; *C. T. e K. M. c. Svezia*, CCT, op. cit., nota n. 322, par. 7.5.

739. *Miguel Castro-Castro Prison c. Perù*, C.IADU, Serie C n. 160, Sentenza del 25 novembre 2006, par. 306-313.

740. *Ibid.*

741. *Vedi, Raninen c. Finlandia*, C.edu, op. cit., nota n. 383, par. 56; *Öcalan c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 46221/99, Sentenza del 12 marzo 2003, par. 182-184. In entrambi i casi si è ritenuto che l’ammannettamento dei

Dato che le persone in attesa dell'espulsione forzata sono private della libertà, si applica maggiormente la responsabilità dello Stato di rispettare e proteggere i diritti delle persone detenute. Gli standard del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura sulla deportazione di cittadini stranieri per via aerea⁷⁴² hanno evidenziato l'elevato rischio di trattamenti inumani e degradanti in tali deportazioni e fornito linee guida per garantire che l'uso della forza durante l'espulsione non sia superiore a quello ragionevolmente necessario, e che i rischi riguardanti, in particolare, le misure restrittive siano adeguatamente valutati e presi in considerazione.⁷⁴³

IV. Le garanzie procedurali

1. I motivi di privazione della libertà

Una persona detenuta per qualsiasi motivo, anche per esigenze di controllo dell'immigrazione, ha il diritto di essere informata al più presto dei motivi riguardanti l'adozione della misura privativa della libertà, secondo quanto previsto dalla CEDU (art. 5.2), dal *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 9.2), dalla *Convenzione americana sui diritti umani* (artt. 7- 8), e dalla *Carta araba dei diritti umani* (art. 14.3). Da notare che l'art. 5.2 della CEDU si riferisce espressamente solo alla persona "arrestata", tuttavia la Corte Europea ha stabilito che quest'obbligo di informazione si applica egualmente a tutte persone soggette ad una privazione della libertà attraverso la detenzione, compresi gli immigrati detenuti, ed è parte integrante della protezione offerta dal diritto alla libertà.⁷⁴⁴ La Corte Inter-Americana ha dichiarato che le informazioni sulle motivazioni del provvedimento di privazione della libertà devono essere fornite "quando ha luogo la detenzione, [...] essendo un sistema per evitare una privazione della libertà illegale o arbitraria, fin dal primo momento di privazione della libertà, ed essendo una garanzia dell'individuo per esercitare il diritto di difesa."⁷⁴⁵

Il diritto della persona di essere informata delle ragioni della detenzione viene anche affermato dagli standard internazionali e dalle linee guida relative alla detenzione

prigionieri durante il trasporto non violava l'art. 3 CEDU perché non comportava un uso della forza ed un'esposizione al pubblico oltre a quella ragionevolmente necessaria, e compreso per lo scopo di evitare la fuga.

742. *Standard CPT*, op. cit., nota n. 585, *Deportazioni di stranieri per via aerea*, Estratto dal 130 Rapporto Generale [CPT/Inf (2003) 35], pag. 66.

743. Sull'uso di mezzi di restrizione, vedi anche, *Standard minimi sul trattamento dei detenuti*, principi n. 33 e 34; *Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei giovani privati della loro libertà*, par. 63-64.

744. *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 583, par. 136-137. *Shamayev e al. c. Georgia e Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 414, par. 413-414. La Corte ha ritenuto che, visto che gli artt. 5.4. e 5.2 sono strettamente legati, l'art. 5.4 prevede che la conoscenza delle ragioni per la privazione della libertà sia essenziale per contestare il provvedimento di detenzione, e che l'art. 5.4 non fa alcuna distinzione tra privazione della libertà per il fine di un arresto o per altri motivi, il diritto ad ottenere le motivazioni per la detenzione si applica a tutti i casi di detenzione.

745. *Yvon Neptune c. Haiti*, C.IADU, op. cit., nota n. 580, par. 105 (traduzione ufficiosa); *Humberto Sánchez c. Honduras*, C.IADU, Serie C n. 99, Sentenza del 7 giugno 2003, par. 82.; *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, op. cit., nota n. 502, par. 116, 180.

dei migranti e richiedenti asilo. Il *Gruppo di principi per la protezione di tutte le persone private della loro libertà* prevede nel principio n. 11.2 che “una persona detenuta e il suo avvocato, se nominato, devono ricevere una comunicazione tempestiva e completa di ogni ordinanza di custodia detentiva, con le relative motivazioni.” Il principio n. 13 prevede che, all’inizio della detenzione, o subito dopo, una persona privata della libertà personale dovrebbe ricevere informazioni e spiegazioni sui propri diritti e su come esercitarli.⁷⁴⁶

Le *Linee guida ACNUR sulla detenzione dei richiedenti asilo* e le *Linee guida del Consiglio d'Europa sulla protezione dei diritti umani nelle procedure di asilo accelerate* prevedono che, se detenuti, i richiedenti asilo abbiano diritto di ricevere una comunicazione immediata e completa, in un linguaggio semplice ed accessibile, delle ragioni di fatto e di diritto della privazione della libertà, compresa l'ordinanza di custodia detentiva, e dei loro diritti e rimedi disponibili.⁷⁴⁷

L'informazione sulle ragioni della detenzione deve essere data in un linguaggio semplice, non tecnico, affinché sia facilmente comprensibile, includendo il profilo legale e fattuale della detenzione – compreso l'ordine custodiale di detenzione – e le informazioni riguardanti i rimedi a disposizione del detenuto. Le informazioni fornite devono essere sufficientemente complete e precise per consentire al detenuto di ricorrere a un tribunale per il controllo sulla legalità della misura coercitiva.⁷⁴⁸ Nel rispetto del principio che l'informazione sia data in un linguaggio comprensibile può essere opportuno, nel caso di migranti, che venga tradotta nell'idioma effettivamente conosciuto dal soggetto interessato all'informativa.⁷⁴⁹

L'indicazione delle ragioni della detenzione deve essere fornita tempestivamente. Anche se il rispetto del requisito di tempestività dipende dalle singole circostanze del caso concreto, l'informazione va, in ogni caso, comunicata entro alcune ore dall'inizio della custodia.⁷⁵⁰ È stata riscontrata una violazione di tale diritto quando l'informazione è stata comunicata dopo settantasei ore.⁷⁵¹ Tuttavia, risulta non

746. Vedi anche, GLDA, *Rapporto annuale 1998*, op. cit., nota n. 598, par. 69, Garanzie n. 1 e 5; GLDA, *Rapporto annuale 1999*, op. cit., nota n. 598, Principi 1 e 8.

747. Vedi, *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, op. cit., nota n. 589; *Venti linee guida sul rimpatrio forzato*, CMCE, op. cit., nota n. 480, Linea guida n. 6; e, *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, Principio XI.5.

748. *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 583, parr. 136-137; *Shamayev e al. c. Georgia e Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 414, parr. 413-414. Vedi, *Yvon Neptune c. Haiti*, C.IADU, op. cit., nota n. 580, parr. 106-107; *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, op. cit., nota n. 502, par. 116.

749. *Corpo di principi per la protezione di tutte le persone private della loro libertà*, principio n. 14: una persona che non parli in maniera sufficientemente adeguata la lingua usata dalle autorità ha il diritto di ricevere tale informazione in una lingua a lui comprensibile (traduzione ufficiale).

750. *Shamayev e al. c. Georgia e Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 414, parr. 413-416; *Fox, Campbell e Hartely c. Regno Unito*, C.edu, Ricorsi n. 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentenza del 30 agosto 1990, par. 42; *Kerr c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 40451/98, Decisione sull'ammissibilità, 7 dicembre 1999.

751. *Saadi c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 581, parr. 81-85.

essenziale che l'informativa venga fornita nel momento stesso in cui qualcuno viene trattenuto in detenzione.⁷⁵²

Quanto al contenuto dell'informativa, una "semplice indicazione della base giuridica" per la detenzione non è sufficiente; in aggiunta, devono essere indicate le circostanze fattuali che giustificano la detenzione.⁷⁵³ Lo Stato non viene esonerato dalla responsabilità di informare l'individuo dei motivi della detenzione quando il detenuto è riuscito a dedurre le ragioni della detenzione da varie fonti e circostanze, per cui permane l'obbligo dello Stato di fornire l'informativa.⁷⁵⁴

Per i richiedenti asilo sottoposti a procedure accelerate, e nei cui confronti è in corso un procedimento di espulsione, si applica, senza riserve, il diritto di conoscere le ragioni della detenzione. A livello regionale europeo, questo diritto viene affermato dalle *Linee guida del Consiglio d'Europa sulla protezione dei diritti umani nell'ambito delle procedure di asilo accelerate* (linea guida XI.5), in cui si afferma che "i richiedenti asilo detenuti devono essere prontamente informati, in un linguaggio a loro comprensibile, delle ragioni di fatto e di diritto riguardanti la loro detenzione, e dei rimedi disponibili."

2. Tutele in stato di detenzione

a) Il diritto all'assistenza di un avvocato

I migranti in stato di detenzione hanno il diritto di poter beneficiare al più presto dell'assistenza di un avvocato, e di essere tempestivamente informati di tale diritto.⁷⁵⁵ Gli standard internazionali e le linee guida stabiliscono che i detenuti devono avere accesso all'avvocato e alla confidenzialità dei colloqui a intervalli regolari. Qualora il detenuto non disponga di mezzi sufficienti, deve essere concesso il patrocinio a spese dello Stato.⁷⁵⁶ L'assistenza di un interprete durante le consultazioni con l'avvocato e la traduzione dei principali documenti legali deve essere

752. Shamayev e al. c. Georgia and Russia, C.edu, op. cit., nota n. 414, par. 413-416.

753. Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito, C.edu, op. cit., nota n. 750, par. 41; Vélez Loor c. Panama, C.IADU, op. cit., nota n. 502, par. 116.

754. Shamayev e al. c. Georgia e Russia, C.edu, op. cit., nota n. 414, par. 425.

755. Osservazioni conclusive sull'Australia, CDU, Rapporto del Comitato sui Diritti Umani all'Assemblea Generale, 55a Sessione, Vol.I, UN Doc. A/55/40 (2000), par. 526, dove il Comitato ha espresso preoccupazione "per la politica dello Stato Parte, nel contesto della detenzione obbligatoria, di non informare i detenuti del loro diritto all'assistenza legale e di non permettere l'accesso ai detenuti a organizzazioni non governative sui diritti umani allo scopo di informarli di questo diritto" (traduzione ufficiosa). Vedi anche, art. 17.2(d), CPSF; GLDA, Rapporto annuale 1998, op. cit., nota n. 598, par. 69, Garanzie n. 6 e 7; GLDA, Rapporto annuale 1999, op. cit., nota n. 598, Principio 2; Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo, CMCE, op. cit., nota n. 117, Linea guida n. XI.5 e 6.

756. Vélez Loor c. Panama, C.IADU, op. cit., nota n. 502, par. 132-133, 146. La C.IADU ha ritenuto che la fornitura di assistenza legale sia un'obbligazione inerente all'art. 7.6 (diritto all'habeas corpus, cioè a contestare la legalità della detenzione) e all'art. 8 (procedimento equo), e che nei casi che riguardano la detenzione il gratuito patrocinio sia un "interesse imperativo della giustizia" (par. 146, traduzione ufficiosa).

prevista, quando necessaria. Le strutture per la consultazione con gli avvocati devono rispettare la confidenzialità dei colloqui tra il cliente e il suo difensore.⁷⁵⁷

Sebbene l'art.5 CEDU non preveda espressamente il diritto dei detenuti ad avere accesso a un avvocato, la Corte Europea ha dichiarato la possibile violazione dell'art. 5.4 CEDU nel comportamento dello Stato che ha fornito un accesso all'avvocato nullo o inadeguato, impedendo al detenuto di ricorrere a un tribunale per il controllo sulla legalità della misura coercitiva.⁷⁵⁸ L'interferenza con la confidenzialità dei colloqui in detenzione tra l'avvocato e il cliente è stata considerata una violazione del diritto di contestare la liceità della detenzione ai sensi dell'art. 5.4.⁷⁵⁹

b) Il diritto di accesso alle cure mediche

Entrati in stato di detenzione, vi è anche un diritto di avere rapidamente accesso a un medico di propria scelta, che possa valutare sia le condizioni di salute fisica sia le questioni di salute mentale che possono incidere sul tipo e luogo di detenzione, e sulla necessità di un trattamento medico o di sostegno psicologico durante la detenzione.⁷⁶⁰ Gli standard sull'adeguatezza dei servizi sanitari sono stati discussi in precedenza in materia di condizioni detentive.

c) Il diritto di informare i familiari e altre persone dello stato di detenzione

Una garanzia essenziale contro la detenzione arbitraria è la possibilità, protetta costantemente dalle norme internazionali, di comunicare ai familiari, amici e persone con un interesse legittimo a tale comunicazione le informazioni relative al fatto stesso ed al luogo di detenzione attuale e ogni successivo trasferimento.⁷⁶¹ L'art. 18.1 della *Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate* prevede espressamente che tutte le persone aventi un

757. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, op. cit., nota n. 589, Linea guida 5(ii): "Quando possibile dovrebbero ricevere il gratuito patrocinio; [...]"; *Corpo di principi per la protezione di tutte le persone private della loro libertà*, principio n. 18.

758. *Öcalan c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 741, par. 72, ribadito dalla Sentenza della Grande Camera, op. cit., nota n. 47, par. 70.

759. *Istratii c. Moldavia*, C.edu, Ricorsi n. 8721/05, 8705/05 e 8742/05, Sentenza del 27 marzo 2007, parr. 87-101.

760. *Algür c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 32574/96, Sentenza del 22 ottobre 2002, par. 44; *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, op. cit., nota n. 502, parr. 220, 225, 227 (il diritto all'assistenza sanitaria è derivato dal diritto all'integrità fisica, mentale e morale, alla dignità umana e a non essere soggetto alla tortura o trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti ai sensi degli artt. 5.1 e 5.2 CADU); art. 14.4 CArDU; *Secondo rapporto generale sulle attività del CPT nel periodo dal 1 gennaio al 31 dicembre 1991*, CPT, CoE Doc. Ref.: CPT/Inf (92) 3, 13 Aprile 1992, par. 36; *Corpo di principi per la protezione di tutte le persone private della loro libertà*, principio n. 24: "Un esame medico appropriato deve essere offerto a un detenuto, condannato o meno, il prima possibile dopo la sua ammissione nella struttura di detenzione o prigione, ed in seguito l'assistenza e la cura medica deve essere fornita quando sia necessario. Tale assistenza e cura devono essere forniti gratuitamente." (traduzione ufficiale). Vedi anche, *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, Linea guida n. XI.5.

761. Art. 17.2(d) CPSF; art. 10.2, *Dichiarazione ONU sulla protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata*; principio n. 16, *Corpo di principi per la protezione di tutte le persone private della loro libertà*; CPT, *Secondo rapporto generale*, op. cit., nota n. 760, par. 36; GLDA, *Rapporto annuale 1998*, op. cit., nota n. 598, par. 69, Garanzia n. 6; GLDA, *Rapporto annuale 1999*, op. cit., nota n. 598, Principio 2.

legittimo interesse (compresi i familiari della persona privata della libertà, i loro rappresentanti o i loro difensori) abbiano accesso almeno alle seguenti informazioni: l'autorità che ha ordinato la privazione della libertà; la data, ora e luogo in cui la persona è stata privata della libertà e accolta in detenzione; l'autorità responsabile della supervisione della privazione di libertà; il luogo ove si trovi la persona, e, in caso di trasferimento, il luogo di destinazione e l'autorità responsabile dello spostamento; la data, ora e luogo del rilascio; gli elementi relativi allo stato di salute; e, in caso di decesso durante la detenzione, le circostanze e le cause del decesso e la destinazione del cadavere.

Tale diritto è di applicazione generale e si applica, quindi, anche alla detenzione di migranti e richiedenti asilo. Le *Linee guida del Consiglio d'Europa sulla protezione dei diritti umani riguardanti le procedure accelerate di asilo* richiamano l'importanza di questo diritto nel contesto della detenzione per immigrati.⁷⁶²

d) Il diritto di accesso all'agenzia ACNUR

Le persone richiedenti asilo, private della libertà, hanno il diritto “di prendere contatto e di essere contattati dall'ufficio locale ACNUR, dagli organismi nazionali per i rifugiati disponibili e altre agenzie e da un avvocato. Inoltre, dovrebbero essere disponibili gli strumenti per contattare questi enti e conseguentemente avere dei colloqui privati.”⁷⁶³ Il *Gruppo di principi delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone private della loro libertà* afferma che i detenuti devono essere tempestivamente informati di questo diritto,⁷⁶⁴ che deve essere applicato anche alle procedure accelerate di asilo, come viene affermato dalle *Linee guida del Consiglio di Europa sulle procedure accelerate di asilo*.⁷⁶⁵

e) Il diritto di accesso consolare

L'art. 36 della *Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari* del 1963 prevede il diritto degli stranieri trattenuti in custodia detentiva di accedere ai servizi consolari, proteggendo:

- il diritto di avere la libertà di comunicare e di accedere ai servizi consolari;⁷⁶⁶
- il diritto del detenuto, se ne fa domanda, a che siano comunicati agli uffici consolari i fatti riguardanti la sua detenzione o arresto;

762. *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, Principio XI.5.

763. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, op. cit., nota n. 589, Linea guida 5(v) (traduzione ufficiosa). Vedi, GLDA, *Rapporto annuale 1998*, op. cit., nota n. 598, Garanzia 14; GLDA, *Rapporto annuale 1999* op. cit., nota n. 598, Principio 10, che include anche il Comitato Internazionale della Croce Rossa e ONG specializzate.

764. *Corpo di principi per la protezione di tutte le persone private della loro libertà*, principio n. 16.2.

765. *Linee guida europee sulle procedure accelerate d'asilo*, CMCE, op. cit., nota n. 117, Principio XIV.

766. Vedi questo diritto anche in GLDA, *Rapporto annuale 1998*, op. cit., nota n. 598, par. 69, Garanzia 6; GLDA, *Rapporto annuale 1999*, op. cit., nota n. 598, Principio 2.

- il diritto di avere le proprie comunicazioni col servizio consolare trasmesse senza ritardo;
- il diritto di essere informato dei suoi diritti di comunicazione con gli uffici consolari, senza ritardo;⁷⁶⁷
- il diritto di rifiutare l'intervento o l'assistenza da parte dei funzionari consolari.⁷⁶⁸

La Corte Internazionale di Giustizia ha affermato che, nonostante il fatto che la Convenzione tratti di obbligazioni tra Stati, il diritto di accesso consolare è un diritto individuale.⁷⁶⁹ La Corte ha stabilito che “il dovere delle amministrazioni detentive di fornire [...] informazioni all'individuo [sul diritto di contattare e comunicare con le autorità consolari] sorge quando ci si rende conto che la persona è di cittadinanza straniera, o appena ci sono motivi per ritenere che la persona sia probabilmente straniera.”⁷⁷⁰ Inoltre, è stato recentemente ribadito che “spetta alle autorità dello Stato che hanno proceduto all'arresto di informare di propria iniziativa la persona arrestata del suo diritto di chiedere che ne venga data comunicazione al suo consolato; il fatto che la persona non abbia fatto una tale richiesta non solo non fa venir meno l'inosservanza dell'obbligo di informazione a cui è tenuto lo Stato che ha proceduto all'arresto, ma potrebbe anche essere spiegato, in alcuni casi, proprio dal fatto che la persona non sia stata informata dei suoi diritti al riguardo [...]. Inoltre, il fatto che le autorità consolari dello Stato della persona arrestata abbiano appreso dell'arresto attraverso altri canali non rimuove le violazioni compiute riguardanti l'obbligo di informare l'interessato dei suoi diritti “senza ritardo”. ”⁷⁷¹ Tuttavia, la Corte ha ritenuto che l'obbligo di fornire informazioni senza ritardo “non può essere interpretato nel senso che l'informativa debba necessariamente precedere qualsiasi interrogatorio, nel senso che l'inizio di un interrogatorio precedente l'informativa sia in violazione dell'art. 36”.⁷⁷²

Il diritto di accesso consolare nel diritto internazionale dei diritti umani si riflette negli artt. 16.7 e 23 nella *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei loro familiari*, e si applica indipendentemente dallo status regolare o irregolare del migrante. Inoltre, tale diritto viene anche previsto dall'art. 17.2 (d) della *Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate*. Infine, viene affermato nelle seguenti fonti

767. Art. 36.1(b), *Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari* (CVRC) (contiene tutti gli ultimi tre diritti).

768. Art. 36.1(c) CVRC.

769. *LeGrand (Germania c. Stati Uniti D'America)*, CIG, Sentenza, 27 giugno 2001, ICJ Reports 2001, pag. 466, pag. 494, par. 77.

770. *Avena ed altri cittadini messicani (Messico c. Stati Uniti d'America)*, CIG, Sentenza, 31 marzo 2004, ICJ Reports 2004, pag. 12, pag. 43, par. 63, e pag. 49, par. 88 (traduzione ufficiale).

771. *Diallo (Guinea c. Repubblica Democratica del Congo)*, CIG, Sentenza, 30 novembre 2010, par. 95 (traduzione ufficiale).

772. *Avena ed altri cittadini messicani*, CIG, *op. cit.*, nota n. 770, pag. 43, par. 63, e pag. 49, par. 87 (traduzione ufficiale).

giuridiche non convenzionali: gli *Standard minimi per il trattamento dei detenuti* (art. 38),⁷⁷³ il *Gruppo di principi di protezione delle persone sottoposte a ogni forma di detenzione o prigionia* (art. 16.2),⁷⁷⁴ e la *Dichiarazione sui diritti umani degli individui non cittadini del Paese in cui vivono* (art. 10).⁷⁷⁵

Nel sistema inter-americano, la Corte ha direttamente interpretato le disposizioni dell'art. 36 della *Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari*, riconoscendo la natura individuale del diritto di accesso consolare, come aveva fatto la Corte Internazionale di Giustizia,⁷⁷⁶ e ha constatato che è “imperativo che lo Stato informi il detenuto dei suoi diritti, se è uno straniero, così come lo informa degli altri diritti riconosciuti a ogni persona privata di libertà”.⁷⁷⁷ Tuttavia, diversamente dalla Corte Internazionale di Giustizia, la Corte Inter-Americana ha affermato che “la comunicazione deve essere eseguita nel momento in cui [lo straniero] viene privato della sua libertà, o almeno prima che renda dichiarazioni alle autorità”.⁷⁷⁸ Inoltre, la Corte ha stabilito che il diritto di accesso consolare “deve essere riconosciuto e annoverato tra le garanzie minime indispensabili per fornire ai cittadini stranieri la possibilità di preparare adeguatamente la propria difesa e di ricevere un processo equo”.⁷⁷⁹ Infine, la violazione di questo diritto è stata interpretata nel senso di comportare una violazione dell'art. 7.4 (*habeas corpus*) e l'art. 8 (diritto a un processo equo) della *Convenzione americana sui diritti umani*⁷⁸⁰ e dei corrispondenti articoli XVIII and XXVI della *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo*.⁷⁸¹

A livello europeo, non esiste un diritto legalmente vincolante per l'accesso consolare, ma il diritto è contenuto nell'art. 44 delle *Regole penitenziarie europee*⁷⁸² e negli standard del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura.⁷⁸³

3. Il controllo giudiziario della detenzione

Il diritto di contestare giudizialmente la legittimità della detenzione, tutelato dalle convenzioni internazionali (art. 9.4 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*,

773. *Standard minimi per il trattamento dei detenuti*.

774. *Corpo di principi per la protezione di tutte le persone private della loro libertà*.

775. *Dichiarazione sui diritti umani degli individui che non sono cittadini del Paese in cui vivono*, adottata dalla risoluzione dell'Assemblea Generale 40/144 del 13 dicembre 1985, A/RES/40/144.

776. *Il diritto all'informazione sull'assistenza consolare nel quadro delle garanzie per un processo equo*, C.IADU, Opinione Consultiva OC-16/99, 1 ottobre 1999, par. 84.

777. *Ibid.*, par. 96 (traduzione ufficiale).

778. *Ibid.*, par. 106 (traduzione ufficiale).

779. *Ibid.*, par. 122.

780. *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, parr. 151-160.

781. *Moreno Ramos c. Stati Uniti*, Comm.IADU, Caso 12.430, Rapporto n. 1/05, Merito, 28 gennaio 2005, par. 59; *Martínez Villareal c. Stati Uniti*, Comm.IADU, Caso 11.753, Rapporto n. 52/02, Merito, 10 ottobre 2002, parr. 63-77.

782. *Raccomandazione R(87)3 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle regole penitenziarie europee*, adottata dal Consiglio dei Ministri il 12 febbraio 1987 alla 404ª riunione dei Rappresentanti dei Ministri.

783. *Standard CPT*, *op. cit.*, nota n. 585, Estratto dal 190 Rapporto Generale [CPT/Inf (2009) 27], pag. 61, par. 83.

art. 5.4 CEDU, art. 7.6 *Convenzione americana sui diritti umani*, art. 16 *Carta araba sui diritti umani*)⁷⁸⁴, costituisce una protezione fondamentale contro la detenzione arbitraria e anche contro la tortura o maltrattamenti durante la detenzione.⁷⁸⁵ Tale diritto è di fondamentale importanza per i migranti detenuti, in particolare nei casi in cui non sono stati rivelati al detenuto o al suo avvocato i motivi chiari e individualizzati della detenzione. I sistemi di detenzione obbligatoria dei migranti o di categorie di migranti sono necessariamente incompatibili con le norme internazionali dei diritti umani, dal momento che il diritto al controllo giurisdizionale della detenzione deve essere reale ed effettivo piuttosto che meramente formale.⁷⁸⁶

Il diritto al controllo giurisdizionale della detenzione si applica alle persone private della libertà personale, legalmente o illegalmente, indipendentemente dalla forma di detenzione, e comporta che l'interessato debba avere un accesso effettivo a un organo giudiziario indipendente o al tribunale per contestare la legalità della restrizione della libertà personale, e che l'interessato od un suo rappresentante abbia l'opportunità di essere ascoltato dal giudice.⁷⁸⁷ Quando una persona è detenuta, il diritto di ricorrere a un giudice richiede che vi sia un rapido accesso alla giustizia e verifiche periodiche sulla persistente legittimità della detenzione.⁷⁸⁸ Particolari problemi d'interesse pubblico, come la sicurezza nazionale, non sono motivi per limitare il diritto al controllo giurisdizionale sulla privazione di libertà, salvo deroghe.⁷⁸⁹ La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani ha dichiarato che "l'ordinanza di *habeas corpus* e di "amparo" costituiscono delle garanzie giurisdizionali essenziali per la tutela di numerosi diritti, la cui deroga è vietata dall'art. 27.2, e che svolgono la funzione di preservare la legalità in una società democratica."⁷⁹⁰

784. Vedi anche, art. 37(d) CDF: "i fanciulli privati di libertà [hanno] diritto ad avere rapidamente accesso a un'assistenza giuridica o a ogni altra assistenza adeguata, nonché il diritto di contestare la legalità della loro privazione di libertà dinanzi un Tribunale o altra autorità competente, indipendente e imparziale, e [a che] una decisione sollecita sia adottata in materia" (traduzione UNICEF – Italia); e l'art. 17.2(f) CPSF. Vedi, GLDA, *Rapporto annuale 1998*, op. cit., nota n. 598, Garanzie 3 e 4; GLDA, *Rapporto annuale 1999*, op. cit., nota n. 598, Principio 3; GLDA, *Rapporto annuale 2003*, UN Doc. E/CN.4/2004/3, 15 dicembre 2003, par. 86; GLDA, *Rapporto annuale 2008*, op. cit., nota n. 580, par. 67 e 82. La Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli ha derivato il diritto alla revisione giudiziaria della detenzione dal diritto all'accesso ad una corte o ad un processo equo (art. 7 CADUP): *IHRDA e al. c. Angola*, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 380, par. 58-60; *RADDH c. Zambia*, Comm.ADUP, op. cit., nota n. 502, par. 30.

785. *Yvon Neptune c. Haiti*, C.IADU, op. cit., nota n. 580, par. 115; *Neira Alegria et al. c. Perù*, C.IADU, Serie C n. 20, Sentenza del 19 gennaio 1995, par. 82; *La Cantuta c. Perù*, C.IADU, Serie C n. 162, Sentenza del 29 novembre 2006, par. 111; *Le Sorelle Serrano Cruz c. El Salvador*, C.IADU, Serie C n. 120, Sentenza del 1 marzo 2005, par. 79. Vedi anche, *Habeas corpus in situazioni d'emergenza*, C.IADU, op. cit., nota n. 523, par. 35.

786. Art. 9.4 PIDCP. Nowak afferma che: "La detenzione obbligatoria sembra essere incompatibile con il diritto all'*habeas corpus*" [a contestare giudiziariamente la legittimità della detenzione, n.d.t.] (traduzione ufficiosa), riferendosi ai casi australiani: Nowak, *CCPR Commentary*, op. cit., nota n. 670, pag. 236.

787. *Al-Nashif c. Bulgaria*, C.edu, op. cit., nota n. 453, par. 92; *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, C.edu, Plenaria, Ricorsi n. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Sentenza del 18 giugno 1971, par. 73; *Winterwerp c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 6301/73, Sentenza del 24 ottobre 1979; *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, op. cit., nota n. 502, par. 124.

788. Vedi, *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, op. cit., nota n. 502, par. 107-109.

789. *Al-Nashif c. Bulgaria*, C.edu, op. cit., nota n. 453, par. 94.

790. *Habeas corpus in situazioni di emergenza*, C.IADU, op. cit., nota n. 523, par. 42.

Il diritto al controllo della legalità della detenzione, istituito per dare protezione contro l'arbitrarietà, deve essere condotto con riferimento non solo in rispetto alla conformità al diritto interno, ma anche ai principi generali dei diritti umani, compresa la libertà dalla detenzione arbitraria.⁷⁹¹ Come la Corte di Strasburgo ha riconosciuto nel caso *Kurt c. Turchia*, “ciò che è in pericolo sono sia la tutela della libertà fisica della persona sia la sua sicurezza personale in un contesto che, in assenza di garanzie, potrebbe tradursi in un sovvertimento dello Stato di diritto, ponendo il detenuto al di là della possibilità di avvalersi delle forme essenziali di protezione legale.”⁷⁹² La revisione giudiziaria sullo *status libertatis* deve essere uno strumento accessibile, pratico ed effettivo per annullare il provvedimento di detenzione. Il principio di accessibilità implica che lo Stato deve garantire al detenuto una realistica possibilità di utilizzare questo rimedio sia in pratica sia in teoria,⁷⁹³ avvalendosi eventualmente di informazioni e del diritto all'assistenza legale e di un interprete.

Va notato che questi standard internazionali dei diritti umani si riferiscono solamente a rimedi disponibili durante la detenzione e non prendono in considerazione la necessità di rimedi per riesaminarne la legittimità dopo il rilascio.⁷⁹⁴ In quest'ultimo caso, sarà rilevante avvalersi del diritto a un ricorso effettivo.

Il diritto al controllo giurisdizionale della detenzione protetto dal diritto internazionale dei diritti umani si riflette anche nel diritto internazionale dei rifugiati. Le linee guida ACNUR richiedono sia l'automatica revisione della detenzione sia regolari verifiche periodiche, e il diritto di contestare la detenzione.⁷⁹⁵

a) I requisiti di un controllo giurisdizionale effettivo della detenzione

Per rispettare il diritto internazionale dei diritti umani, un ricorso giurisdizionale deve soddisfare una serie di requisiti, sintetizzabili come segue:

- **La revisione deve essere chiaramente prescritta dalla legge.** Sia la legge sostanziale che consente il trattenimento che le norme di procedura per la sua revisione devono essere sufficientemente chiare, in teoria e in pratica,

791. A. e al. c. *Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 641, par. 202.

792. *Kurt c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 664, par.123.

793. *Nasrulloev c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 605, par. 86. Il bisogno di accessibilità è sottolineato nelle Linee Guida del Consiglio d'Europa nel contesto delle procedure d'asilo accelerate, che affermano nel principio XI.6 che “i richiedenti asilo detenuti devono avere un accesso tempestivo ad un ricorso efficace contro la decisione di porli in detenzione, e compreso all'assistenza legale.” (traduzione ufficiale). Vedi anche, *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, op. cit., nota n. 502, par. 129.

794. *Slivenko c. Lettonia*, C.edu, op. cit., nota n. 427, parr. 158-159.

795. *Linee guida riviste ACNUR sulla detenzione*, op. cit., nota n. 589, Linea guida n. 5: “(iii) di sottomettere la decisione ad una revisione automatica da parte di un meccanismo giudiziario o amministrativo indipendente dalle autorità detentive. Ciò dovrebbe essere seguito da una revisione periodica e regolare della necessità di continuare la detenzione, alla cui udienza il richiedente asilo o un suo rappresentante avranno il diritto di assistere; (iv) di contestare la necessità della privazione della libertà all'udienza di revisione, o personalmente o tramite un proprio rappresentante, e di confutare ogni riscontro avanzato. Tale diritto dovrebbe estendersi a tutti gli aspetti del caso e non semplicemente alla discrezionalità esecutiva di detenere qualcuno” (traduzione ufficiale).

per permettere al giudice di esercitare un controllo giurisdizionale effettivo sulla legittimità della detenzione, in base al diritto nazionale, e per garantire che il procedimento di revisione sia accessibile.⁷⁹⁶ Inoltre, per stabilire l'ammissibilità della detenzione, la legge deve prevedere un procedimento giuridico specifico per verificarne la legalità, separato dal procedimento espulsivo. In mancanza di una procedura separata, non ci saranno i mezzi processuali per porre rimedio a una detenzione inizialmente legittima che, *ex post*, diventa illegittima: per esempio, quando viene successivamente sospeso un provvedimento espulsivo.⁷⁹⁷

- **La revisione deve essere effettuata da un organo giudiziario indipendente e imparziale.** Il diritto a un giudizio di fronte a un organo giudiziario indipendente e imparziale riflette i requisiti del diritto ad un equo processo, trovando espressione nelle garanzie specifiche relative al controllo giurisdizionale della detenzione.⁷⁹⁸
- **La revisione deve essere sufficientemente ampia ed essere dotata di poteri sufficienti per essere effettiva.** L'ambito di revisione giurisdizionale richiesto varierà secondo le circostanze del caso e del tipo di privazione della libertà.⁷⁹⁹ La Corte di Strasburgo ha dichiarato che il controllo dell'organo giudiziario di revisione dovrebbe essere abbastanza ampio da riferirsi a tutte le condizioni indispensabili alla regolarità della detenzione.⁸⁰⁰ La revisione deve essere condotta da un organo dotato di poteri non meramente consultivi, che possa emanare dei provvedimenti vincolanti con cui poter disporre il rilascio.⁸⁰¹ Il Comitato sui Diritti Umani ha più volte sottolineato che il controllo giurisdizionale richiede una revisione reale, e non meramente formale, delle motivazioni e delle circostanze attinenti alla privazione dello *status libertatis*, con poteri decisori sul rilascio del detenuto. Nel caso *A c. Australia*,⁸⁰² il Comitato ha rilevato che non costituisce una revisione effettiva della detenzione l'ordinanza del giudice di rilascio dei detenuti per il solo fatto che essi non appartengono a una categoria particolare di persone, sottolineando che "il controllo giurisdizionale sulla legalità della detenzione [...] deve includere la possibilità di ordinare il rilascio [e deve essere], nei suoi effetti, reale e non puramente formale."⁸⁰³ La Corte Inter-Americana ha

796. *Z.N.S. c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 692, par. 60; *S.D. c. Grecia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 690, par. 73.

797. *Ibid.*, par. 60.

798. *Vedi, Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 502, par. 108.

799. *Bouamar c. Belgio*, C.edu, Ricorso n. 9106/80, Sentenza del 29 febbraio 1988.

800. *A. e al. c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 641, par. 202; *Chahal c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43, parr. 127-130.

801. *Chahal c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 43, par. 128.

802. *A c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 610.

803. *C. c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 344, par. 8.3 (traduzione ufficiosa), in cui è stata riscontrata una violazione dell'art. 9.4 quando "la revisione giudiziaria disponibile al ricorrente era limitata meramente ad una valutazione formale del fatto se la persona interessata fosse uno "straniero" senza un permesso

statuito che il rimedio attinente allo *status libertatis (habeas corpus)* “non viene esercitato con la mera esistenza formale dei rimedi previsti. Tali rimedi devono essere efficaci, dato che la loro finalità [...] è quella di ottenere senza ritardo una decisione “*sulla legalità dell’arresto o della detenzione,*” e, nel caso venga dimostrata l’illegalità, ottenere, senza ritardo, una “*ordinanza [per] [...] il rilascio*”⁸⁰⁴.

- **La revisione deve soddisfare gli standard del giusto processo.** Sebbene non sia sempre necessario che nella revisione siano presenti le stesse garanzie previste per le controversie civili o penali,⁸⁰⁵ l’intero procedimento deve avere un carattere giurisdizionale e dare all’individuo le garanzie appropriate al tipo di privazione della libertà in questione.⁸⁰⁶ È quindi necessario che soddisfi almeno due esigenze indispensabili: assicurare il contraddittorio e la parità tra le parti. L’assistenza legale deve essere fornita quando è necessaria per presentare in maniera effettiva un’istanza di rilascio.⁸⁰⁷ Nei casi in cui la detenzione ha una lunga durata, le garanzie procedurali dovrebbero avvicinarsi a quelle previste nei procedimenti penali.⁸⁰⁸
- **La revisione deve essere tempestiva.** Dalle singole circostanze del caso concreto dipenderà la determinazione del tempo ragionevole per la revisione giudiziaria della detenzione. Nel caso *Mansour Ahani c. Canada* il Comitato sui Diritti Umani ha riscontrato una violazione dell’art. 9.4 del

d’ingresso. Non c’era alcuna discrezionalità per la corte [...] per riconsiderare la detenzione dell’autore in termini sostanziali sulla base di questa giustificazione continuamente presentata” (traduzione ufficiale). Vedi anche, *Danyal Shafiq c. Australia*, CDU, op. cit., nota n. 637: “la revisione giudiziaria della legalità della detenzione ai sensi dell’art. 9, comma 4, la quale deve includere la possibilità di ordinare il rilascio, non si limita ad una mera compatibilità della detenzione con il diritto custodiale interno” (traduzione ufficiale); *Bakhtiyari c. Australia*, CDU, op. cit., nota n. 635: “Per quanto concerne l’argomento portato in base all’art. 9, comma 4, [...] la revisione giudiziaria messa a disposizione della Sig.ra Bakhtiyari sarebbe limitata ad una valutazione meramente formale del fatto se ella fosse una “straniera” senza permesso d’ingresso. Il Comitato ha osservato che non vi era alcuna discrezionalità lasciata alla corte nazionale per riconsiderare le motivazioni della sua detenzione in termini sostanziali. Il Comitato considera che tale incapacità di contestare la detenzione a livello giudiziario era, o era divenuta, contraria all’art. 9, comma 1, e costituisce una violazione dell’art. 9, comma 4” (traduzione ufficiale). Nella stessa direzione vedi, *Rafale Ferrer-Mazorra et al c. Stati Uniti*, Comm.IADU, op. cit., nota n. 380, par. 235.

- 804. *Suárez-Rosero c. Ecuador*, C.IADU, Serie C n. 35, Sentenza del 12 novembre 1997, par. 63 (traduzione ufficiale); *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, op. cit., nota n. 502, parr. 142-143.
- 805. *A. e al. c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 641, par. 203.
- 806. *Bouamar c. Belgio*, C.edu, op. cit., nota n. 799, par. 60. Vedi, *Vélez Loor c. Panama*, C.IADU, op. cit., nota n. 502, parr. 107-109.
- 807. *Ibid.*, parr. 60-63; *Winterwerp c. Paesi Bassi*, C.edu, op. cit., nota n. 787, par. 60: “l’essenziale è che la persona interessata abbia accesso ad un tribunale e l’opportunità di essere ascoltata in persona od attraverso un rappresentante legale”; *Lebedev c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 4493/04, Sentenza del 25 ottobre 2007, parr. 84-89.
- 808. *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, C.edu, op. cit., nota n. 787, par. 79; *A. e al. c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 641, par. 217: “in considerazione dell’impatto drammatico sui diritti fondamentali del ricorrente della sua lunga privazione della libertà, la cui durata appariva al tempo come indeterminata, l’art. 5 comma 4 deve comprendere le stesse garanzie di processo equo a livello sostanziale dell’art. 6 comma 1 nella sua dimensione penale” (traduzione ufficiale).

Patto internazionale sui diritti civili e politici nel ritardo di nove mesi e mezzo per determinare la legalità della detenzione assoggettata a un certificato di sicurezza.⁸⁰⁹ Tuttavia, nella stessa causa è stata ritenuta ammissibile una detenzione in attesa della successiva deportazione con un ritardo di centoventi giorni. Nel caso *ZNS c. Turchia*,⁸¹⁰ la Corte Europea ha ritenuto incompatibile con il requisito della rapidità richiesto dall'art. 5.4 CEDU la durata di due mesi e dieci giorni affinché la corte nazionale renda la decisione sulla revisione di un caso di detenzione non complesso. La stessa violazione è stata riscontrata nella sentenza *Eminbeyli c. Russia*,⁸¹¹ dove ci sono voluti cinque mesi per decidere un revisione della detenzione.

b) Un controllo giurisdizionale effettivo nei casi di sicurezza nazionale

Procedure speciali per la revisione giudiziale della detenzione nei casi che coinvolgono la sicurezza nazionale e l'anti-terrorismo sollevano questioni specifiche in relazione all'applicazione dell'art. 9.4 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e protezioni equivalenti, quando esse si basano sull'uso di prove "segrete" non disponibili al detenuto o ai suoi rappresentanti. Illustrano queste difficoltà le detenzioni amministrative per la lotta al terrorismo nel Regno Unito, così come le detenzioni sulla base di certificati di sicurezza nazionale in Canada. Nel caso *A c. Regno Unito*, la Corte di Strasburgo ha rilevato la mancanza di modalità procedurali eque in violazione dell'art. 5.4 nel sistema di revisione della detenzione amministrativa di persone soggette al controllo dell'immigrazione e sospettate di terrorismo, dato che la decisione sulla detenzione si basava principalmente su materiale segreto che solamente dei difensori speciali erano abilitati a visionare in rappresentanza del detenuto, mentre il giudice ha ritenuto che al detenuto dovevano essere fornite informazioni sufficienti per consentirgli di dare istruzioni al difensore speciale.

Quando il materiale pubblico consiste solo di asserzioni generiche e la decisione sulla detenzione si è basata in maniera preponderante sul materiale "segreto", si rischia di incorrere in una violazione dell'art. 5.4. CEDU. Nel caso *Mansour Ahani c. Canada*,⁸¹² il Comitato sui Diritti Umani ha stabilito che l'udienza per valutare la detenzione di uno straniero in attesa di un'espulsione, fondata sulla presentazione di documenti confidenziali, era conforme ai principi del giusto processo di cui all'art. 14 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, ritenendo che, nonostante i vincoli di sicurezza nazionale del caso, al detenuto straniero era stato garantito il suo diritto al contraddittorio con la produzione di propri atti e l'esame di testimoni per difendersi dalle accuse redatte contro di lui in forma sintetica.

809. *Ahani c. Canada*, CDU, op. cit., nota n. 473.

810. *Z.N.S. c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 692, parr. 61-62.

811. *Eminbeyli c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 615, par. 10.5.

812. *Ahani c. Canada*, CDU, op. cit., nota n. 473, par. 10.5.

4. Il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione

I *Principi fondamentali delle Nazioni Unite e le linee guida sul diritto a un rimedio e risarcimento per le vittime di gravi violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario* affermano che gli Stati hanno l'obbligo di fornire rimedi disponibili, adeguati, efficaci, rapidi e appropriati alle vittime di violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, compreso il risarcimento.⁸¹³

In conformità con questo principio generale, secondo i trattati internazionali (art. 5.5 CEDU, art. 9.5 *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, art. 14.7 *Carta araba dei diritti umani*), le persone che sono state riconosciute dai giudici nazionali e internazionali o altre autorità competenti di essere stati ingiustamente privati della libertà personale, hanno diritto alla riparazione, in particolare al risarcimento per la detenzione illecita. Il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* garantisce questo diritto in ogni caso di detenzione "illegittima", cioè di detenzione in violazione di una legge nazionale o del Patto. La CEDU prevede il diritto alla riparazione solo ricollegandolo alla violazione della Convenzione (anche se in pratica comprende i casi in cui la detenzione non aveva una giustificazione adeguata nel diritto interno).⁸¹⁴ La concessione di un risarcimento deve essere giuridicamente vincolante ed esecutiva:⁸¹⁵ non sarebbe sufficiente un risarcimento *ex gratia*.

813. Artt. 2 e 3 dei *Principi fondamentali delle Nazioni Unite sul diritto ad un ricorso ed alla riparazione*.

814. Nowak, *CCPR Commentary*, op. cit., nota n. 670, pagg.180-182.

815. *Brogan e al. c. Regno Unito*, C.edu, Plenaria, Ricorsi n. 1209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentenza del 29 novembre 1988, par. 67.

Capitolo 5: I diritti economici, sociali e culturali in materia d'immigrazione

I diritti economici, sociali e culturali rappresentano una parte essenziale del *corpus* del diritto internazionale dei diritti umani, essendo riconosciuti nella *Dichiarazione universale dei diritti umani* e garantiti dal *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, nonché da altri trattati sui diritti umani delle Nazioni Unite (CEDR, CEDCD, CDF, CDPD), e da diverse convenzioni di livello regionale, tra cui ricordiamo, non in via esaustiva, la *Carta sociale europea (riveduta)*, la *Convenzione americana sui diritti umani*, il *Protocollo addizionale alla Convenzione americana sui diritti umani nell'area dei diritti economici, sociali e culturali*, la Carta Africana e la Carta Araba. Tali diritti comprendono una serie di tutele: il diritto al lavoro, i diritti del lavoratore sul posto di lavoro, e i diritti sindacali (tematiche esaminate nel sesto capitolo); il diritto alla salute, all'educazione, alla sicurezza sociale, e ad un livello di vita adeguato, che comprende l'alloggio, l'alimentazione, l'acqua ed i servizi igienici; nonché il diritto a svolgere attività culturali. Alcuni di questi diritti, o dei loro aspetti, sono anche tutelati da strumenti internazionali sui diritti civili e politici, quali ad esempio il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e la CEDU.

Sia i diritti civili e politici sia i diritti economici, sociali e culturali sono universalmente riconosciuti ai cittadini e agli stranieri, includendo tutte le categorie di migranti. L'applicazione del principio della non discriminazione impone il godimento dei diritti economici, sociali e culturali senza alcuna distinzione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione. Particolari tutele in relazione ai diritti economici, sociali e culturali sono rivolte ai bambini nella *Convenzione sui diritti del fanciullo* e alle donne nella *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne*. Tali diritti forniscono un quadro generale entro cui considerare le questioni relative all'attribuzione ai migranti dei servizi sociali nello Stato ospitante, e l'obbligo dello Stato di provvedere ai bisogni fondamentali dei migranti che non sono in grado di lavorare a causa della loro condizione di soggiorno o per altri motivi.

I. Principi generali

1. Obblighi di rispetto, protezione e adempimento

Secondo il diritto internazionale dei diritti umani, e conformemente a quanto avviene per tutti i diritti umani, i diritti economici, sociali e culturali prevedono per gli Stati l'osservanza giuridicamente vincolante degli obblighi di rispetto, protezione e adempimento. Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha adottato e

sviluppato questi tre livelli di classificazione degli obblighi dello Stato di tutelare i diritti convenzionali.⁸¹⁶

L'obbligo di rispetto richiede allo Stato di non intervenire indebitamente nel godimento di un diritto particolare. L'adempimento di questi obblighi si applica a diverse situazioni: ad esempio, lo sfratto coattivo organizzato o sanzionato dallo Stato, minacce dirette alla salute da parte di attori statali, interruzione dei livelli esistenti di trattamento medico erogato dallo Stato, cessazione arbitraria del rapporto di impiego nella sfera pubblica.⁸¹⁷

L'obbligo di protezione impone allo Stato di impedire a terzi di interferire indebitamente nel godimento da parte del titolare di un determinato diritto. Tali obblighi sorgono, per esempio, nei casi riguardanti: sfratti forzosi condotti privatamente, condizioni di lavoro nel mercato del lavoro privato, il mancato rispetto delle norme di igiene e di istruzione nella sfera privata, la discriminazione nei contratti diretti a fornire servizi di base (sanità, acqua, alloggi o educazione) e la cessazione o modifica abusiva di norme contrattuali.

L'obbligo di adempimento richiede allo Stato di agevolare, fornire o promuovere l'accesso ai diritti economici, sociali e culturali secondo le circostanze. Inoltre, impone allo Stato l'obbligo di garantire un livello essenziale minimo di ogni diritto a tutti gli individui che non sono in grado di godere di tale diritto senza assistenza dello Stato, per ragioni al di là del loro controllo.

2. Obblighi a effetto immediato e a realizzazione progressiva

Secondo il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* sono ad effetto immediato gli obblighi di rispetto e, nella maggior parte dei casi, di protezione dei diritti convenzionali. Allo stesso modo, sono ad effetto immediato il principio di non discriminazione e la garanzia del godimento del “livello minimo essenziale” dei diritti previsti.⁸¹⁸

Inoltre, gli Stati Parte hanno l'obbligo immediato, non condizionato o limitato da altri fattori, di “operare” al fine di assicurare la realizzazione dei diritti riconosciuti nel Patto “**con il massimo delle risorse di cui dispongono**” (art. 2.1 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*). Lo Stato deve adottare delle misure il

816. Si veda, in generale, ICJ, *Courts and Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, op. cit., nota n. 29, pagg. 42-53. Si veda anche una descrizione completa in *SERAC e CESR c. Nigeria*, CommADUP, op. cit., nota n. 29, par. 44-48; e, CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 24*, op. cit., nota n. 29, par. 13-17. Vedi anche, art. 6, *Linee guida di Maastricht*, op. cit. nota n. 29.

817. Si veda, una ripresa del concetto di giustiziabilità nel dovere di rispetto in *SERAC e CESR c. Nigeria*, CommADUP, op. cit., nota n. 29, par. 45, 54, 61-62, 66.

818. Si veda, CDESC, *Commentario Generale n. 3*, op. cit., nota n. 145, par. 9-10. Vedi anche, *Principi di Limburgo sull'attuazione del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, adottati tra il 2 e 6 giugno 1986, riprodotti in UN doc. E/CN.4/1987/17 (Principi di Limburgo); e, *Rapporto dell'Alto Commissario ONU per i Diritti Umani*, incentrato sul concetto di “realizzazione progressiva” dei diritti economici, sociali e culturali, sessione sostanziale del 2007 dell'ECOSOC (ONU), UN Doc. E/2007/82, 25 giugno 2007.

più possibile chiare, concrete e mirate al raggiungimento degli obblighi riconosciuti nel Patto entro un tempo ragionevolmente breve, successivo all'entrata in vigore del Patto stesso per lo Stato.⁸¹⁹ Tuttavia, per l'adempimento di alcuni aspetti dei diritti convenzionali, vige il principio della "realizzazione progressiva" (art. 2.1 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*), riconoscendo che la loro piena attuazione non può essere raggiunta immediatamente a causa delle risorse limitate, e ciò dovrebbe essere preso in considerazione nel valutare l'adempimento di questi obblighi assunti dallo Stato.

3. Il divieto di misure regressive

Con riferimento ai diritti contenuti nel *Patto internazionale sui diritti economici, sociali o culturali*, l'art. 2.1 vieta agli Stati di adottare misure regressive.⁸²⁰ Tale divieto "significa che qualsiasi misura adottata dallo Stato, che sopprima, restringa o limiti il contenuto dei diritti già garantiti dalla legge, costituisce *prima facie* una violazione. Ciò comporta un confronto tra la normativa legislativa o regolamentare o la pratica esistenti in passato e quelle attuali al fine di valutare il loro carattere regressivo."⁸²¹ L'adozione di misure regressive costituisce una violazione delle obbligazioni dello Stato riguardanti i diritti economici, sociali e culturali, a meno che non venga dimostrato che tali provvedimenti:

- siano stati presi nel perseguimento di un obiettivo urgente;
- siano assolutamente necessari; e che
- non fossero disponibili misure alternative o meno restrittive.⁸²²

4. Il divieto di discriminazione applicato agli stranieri

Indipendentemente dal fatto che un obbligo particolare sia a effetto immediato o venga realizzato progressivamente, esso non deve essere attuato in modo da escludere o discriminare ingiustificatamente uno straniero. L'art. 2 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali o culturali* protegge dalle discriminazioni sui diritti previsti nel Patto. Inoltre, nonostante non sia stata espressamente prevista nel Patto, il Comitato ha chiarito che il divieto include anche la discriminazione nei

819. CDESC, *Commentario Generale* n. 3, op. cit., nota n. 145, par. 2.

820. Si veda, *ibid.*, par. 9.

821. ICJ, *Courts and Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, op. cit., nota n. 29, pag. 6 (traduzione ufficiosa).

822. Si veda, CDESC, *Commentario Generale* n. 3, op. cit., nota n. 145, para 9. Si veda, *Free Legal Assistance Group e al. c. Zaire*, CommADUP, Comunicazioni n. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, 19ª Sessione Ordinaria, marzo 1996, par. 48 e decisione; *Acevedo Buendía et al. ("Impiegati dimessi o pensionati dell'ufficio di controllo") c. Perù*, C.IADU, Serie C n. 198, Sentenza del 1 luglio 2009, par. 103; *Miranda Cortez et al. c. El Salvador*, Comm.IADU, Caso n.12.249, Rapporto n. 27/09, Merito, 20 marzo 2009, par. 105 (decidendo sul divieto di misure regressive ai sensi dell'art. 26 CADU); e, *Associazione nazionale di ex-impiegati del Peruvian Social Security Institute et al. c. Perù*, Comm.IADU, Caso n. 12.670, Rapporto n. 38/09, Merito, 27 marzo 2009, par. 140.

confronti degli stranieri sulla base della nazionalità, interpretando in questa maniera il richiamo a “qualsiasi altra condizione” previsto dall’art. 2.2 del Patto. Inoltre, ha dichiarato che “il motivo della nazionalità non dovrebbe bloccare l’accesso al godimento dei diritti del Patto [...]. I diritti del Patto si applicano a tutti gli individui, compresi gli stranieri, i rifugiati, i richiedenti asilo, gli apolidi, i lavoratori migranti e le vittime della tratta internazionale, indipendentemente dalla condizione legale e documentale”.⁸²³ L’unica eccezione che permette di porre restrizioni nel godimento dei diritti economici, sociali e culturali degli stranieri è consentita solamente ai Paesi in via di sviluppo *ex art.* 2.3 del Patto.⁸²⁴

La *Convenzione sui diritti del fanciullo* include anch’essa la protezione contro la discriminazione riguardante i diritti economici, sociali e culturali nei confronti dei bambini tutelati dalla Convenzione, anche sulla base dell’origine nazionale dei bambini o dei genitori del bambino. Il Comitato sui Diritti del Fanciullo ha dichiarato che “il godimento dei diritti previsti nella Convenzione non viene limitato ai bambini cittadini di uno Stato Parte e, quindi, se non diversamente indicato dalla Convenzione, deve essere assicurato a tutti i bambini – comprendendo i bambini richiedenti asilo, rifugiati e migranti – indipendentemente dalla loro nazionalità, dal tipo di status di migrante o apolidia.”⁸²⁵

La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani ha stabilito che i principi di uguaglianza e il divieto di discriminazione, anche sulla base della nazionalità, sono norme imperative di diritto internazionale (*jus cogens*) e, quindi, impongono a tutti gli Stati obblighi vincolanti di rispetto e di adempimento.⁸²⁶ Inoltre, la Corte ha chiarito che “l’obbligo di rispettare e di garantire il principio del diritto a un’eguale tutela e alla non discriminazione è indipendente dal tipo di *status* di migrante di una persona nel territorio dello Stato. In altre parole, gli Stati hanno l’obbligo di garantire questo principio fondamentale ai propri cittadini e a ogni straniero che si trova sul territorio nazionale, senza alcuna discriminazione basata sulla residenza regolare o irregolare, nazionalità, razza, sesso o qualsiasi altra causa.”⁸²⁷

La Commissione Africana ha dichiarato che l’adozione di provvedimenti che privano gli stranieri di diritti che non sono espressamente garantiti solo ai cittadini (come ad

823. CDESC, *Commentario Generale n. 20, op. cit.*, nota n. 22, par. 30. Vedi anche, art. 42, *Principi di Limburgo, op. cit.*, nota n. 818. Certi tipi di discriminazione tra cittadini e stranieri sono anche coperti dall’art. 26 PIDCP, ma il Comitato sui Diritti Umani non ha fatto finora precisione sui casi di applicazione nella sua giurisprudenza. Si veda, CDU, *Commentario Generale n. 28, op. cit.*, nota n. 22, par. 31.

824. Tuttavia, si è ritenuto che tale norma fosse limitata a contribuire alla fine della dominazione di alcuni gruppi economici stranieri durante i periodi coloniali. Il fatto che l’eccezione esista solo per i Paesi in via di sviluppo comporta che nessun altro Paese possa avanzare un’eccezione basata su tale norma. Si veda, artt. 43-44, *Principi di Limburgo, op. cit.*, nota n. 818. La sua applicazione è stata esclusa per quanto riguarda i bambini dal CDF, *Commentario Generale n. 6, op. cit.*, nota n. 136, par. 16.

825. CDF, *Commentario Generale n. 6, op. cit.*, nota n. 136, parr. 12 e 18 (traduzione ufficiosa).

826. *Opinione Consultiva sui migranti senza documenti*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 33, par. 101 e decisione al par. 4.

827. *Caso di Yean e Bosico*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 280, par. 155 (traduzione ufficiosa).

esempio il diritto di voto) costituisce una discriminazione arbitraria ai sensi dell'art. 2 della Carta Africana, dato che "tutti gli individui, sia i cittadini sia gli stranieri residenti, hanno diritto al godimento dei diritti riconosciuti dalla Carta Africana, senza alcuna distinzione."⁸²⁸

Il Comitato Europeo sui Diritti Sociali ha esaminato l'esclusione dai diritti riconosciuti dalla Carta per alcune categorie di stranieri: ad esempio, i migranti irregolari presenti sul territorio. Basandosi sulla natura della Carta come strumento vivente, ispirata dai valori di dignità, autonomia, uguaglianza e solidarietà, il Comitato ha dichiarato che l'esclusione di determinati diritti ai migranti irregolari non va applicata a diritti come il diritto alla salute ritenuto "di importanza fondamentale per l'individuo, perché [risulta] collegato con il diritto stesso alla vita, e [che toccano] la dignità propria dell'essere umano".⁸²⁹ Nonostante che il Comitato non applichi questa impostazione al diritto alla protezione sociale o a prestazioni assistenziali, ai sensi dell'art. 23 della Carta,⁸³⁰ o all'attribuzione del diritto sociale ad un'abitazione adeguata (art. 31.1 CSE(r)), nemmeno ai minori non accompagnati,⁸³¹ ha ritenuto che il diritto a un riparo immediato "è strettamente collegato al diritto alla vita ed è fondamentale per il rispetto della dignità umana di ogni persona",⁸³² pertanto è applicabile ai migranti irregolari.⁸³³ Infine, il Comitato ha anche considerato di fondamentale importanza l'obbligo "dello Stato di fornire protezione e aiuto specifico ai bambini e agli adolescenti temporaneamente o definitivamente privati del sostegno familiare".⁸³⁴

5. Rimedi per la violazione dei diritti economici, sociali e culturali

Sebbene il livello di giustiziabilità dei diritti economici, sociali e culturali⁸³⁵ è stato soggetto a dibattito, sono state autorevolmente respinte le argomentazioni che ritenevano che tali diritti non potessero essere sottoposti al vaglio giurisdizionale delle corti nazionali o che fossero unicamente degli obiettivi di politica sociale piuttosto che dei diritti a sé stanti. I diritti economici, sociali e culturali sono regolarmente

828. *IHRDA c. Angola*, CommADUP, *op. cit.*, nota n. 380, par. 80 (traduzione ufficiosa).

829. *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) c. Francia*, CEDS, Ricorso n. 14/2003, Merito, 8 settembre 2004, parr. 30-32 (traduzione ufficiosa).

830. *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) c. Irlanda*, CEDS, Ricorso n. 42/2007, Merito, 3 giugno 2008, par. 18.

831. *Defence for Children International (DCI) c. Paesi Bassi*, CEDS, Ricorso n. 47/2008, Merito, 20 ottobre 2009, parr. 44-45.

832. *Ibid.*, par. 47 (traduzione ufficiosa).

833. *Ibid.*, parr. 46-48.

834. Art. 17(1)(c) CSE(r) (traduzione ufficiosa). Si veda, *DCI c. Paesi Bassi*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 831, par. 66.

835. "Giustiziabilità" "si riferisce alla capacità di adire un ricorso davanti ad un meccanismo indipendente ed imparziale quando si sia verificata o sia probabile che si verifichi la violazione di un diritto, [e] comprende l'accesso a meccanismi che garantiscono i diritti riconosciuti": ICJ, *Courts and Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, nota n. 29, pag. 6. Il caso *Purohit e Moore c. Gambia*, CommADUP, Comunicazione n. 241/2001 (2003), 33^a Sessione Ordinaria, 15-29 maggio 2003, parr. 78-85, è un buon esempio, e non il solo, di giustiziabilità dei diritti economici, sociali e culturali.

sottoposti alla giurisdizione delle corti nazionali. Non solo, anche gli organismi internazionali giudiziari o quasi-giudiziari si pronunciano su un ampio catalogo di diritti economici, sociali e culturali, come verrà descritto più avanti nell'allegato II.

Il modo in cui i diritti economici, sociali e culturali possono essere rivendicati nei tribunali e i rimedi disponibili variano a seconda del sistema giuridico, dell'ordinamento legale nazionale e dell'attuazione a livello interno degli obblighi internazionali. L'efficacia della tutela dipenderà dal sistema giuridico di ciascun Paese e dalla misura in cui questi diritti sono stati incorporati nell'ordinamento nazionale. Tuttavia, anche nei sistemi giuridici nazionali che non prevedono direttamente dei rimedi per i diritti economici, sociali e culturali, la loro rivendicazione può essere uno strumento utile per l'interpretazione di leggi nazionali riguardanti la prestazione di sussidi o servizi sociali per i migranti, e può anche contribuire a sostenere un'eventuale denuncia di violazioni di diritti umani presso le autorità internazionali competenti.

Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha sottolineato che, “sebbene debba essere preso in considerazione l'approccio generale di ogni singolo sistema legale, non vi è nessun diritto previsto nel Patto che non possa, nella grande maggioranza dei sistemi giuridici, venir considerato come avente almeno alcune significative caratteristiche giustiziabili”.⁸³⁶ Per alcuni diritti il Comitato riconosce la possibilità di avvalersi di rimedi amministrativi che devono però essere sempre “efficaci, accessibili, anche economicamente, e tempestivi”;⁸³⁷ d'altra parte, evidenzia che ci sono alcuni obblighi “in relazione ai quali l'esistenza di una qualche forma di ricorso giurisdizionale appare indispensabile, al fine di soddisfare le esigenze del Patto”⁸³⁸, sottolineando che il controllo giurisdizionale e l'applicazione giudiziaria del diritto interno devono essere effettuati in sintonia con il Patto stesso, altrimenti “la negligenza da parte delle corti di tale responsabilità [sarebbe] incompatibile con il principio dello stato di diritto”.⁸³⁹ Anche il Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale ha evidenziato il diritto di accesso ai tribunali per gli stranieri senza subire alcuna discriminazione riguardante l'applicazione, il rifiuto o l'esclusione di diritti economici, sociali e culturali.⁸⁴⁰

Come è stato spiegato nella sezione I.4, l'obbligo di non-discriminazione è di effetto immediato.⁸⁴¹ Inoltre, il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha riconosciuto l'effetto immediato dei seguenti diritti contenuti nel Patto: il principio della parità di genere (art. 3), il diritto a un equo salario e un'uguale remunerazione per

836. *Commentario Generale n. 9, L'applicazione interna del Patto*, CDESC, UN Doc. E/C.12/1998/24, 3 dicembre 1998, par. 10 (traduzione ufficiosa).

837. *Ibid.*, par. 9 (traduzione ufficiosa).

838. *Ibid.*, par. 9 (traduzione ufficiosa).

839. *Ibid.*, parr. 14 e 15 (traduzione ufficiosa).

840. Si veda, CEDR, *Raccomandazione Generale n. 30, op. cit.*, nota n. 18, par. 29.

841. CDESC, *Commentario Generale n. 3, op. cit.*, nota n. 145, parr. 1 e 5. Si vedano, artt. 22 e 35, *Principi di Limburgo, op. cit.*, nota n. 818.

un lavoro di eguale valore senza distinzione di alcun genere (art. 7.1), la libertà di associazione e i diritti sindacali (art. 8), diritti essenziali in materia di lavoro minorile (art. 10.3), il diritto alla libertà dalla fame e di accedere a un riparo di prima necessità (art. 11), il diritto all'istruzione primaria obbligatoria e gratuita (art. 13.2(a)), il diritto dei genitori ad avere i figli educati in conformità alle proprie convinzioni religiose e morali (art. 13.3), la libertà degli individui e degli enti di fondare istituti di istruzione (art. 13.4), e la libertà della ricerca scientifica e dell'attività creativa (art. 15.3). Al tempo stesso, ha respinto chiaramente qualsiasi tipo di argomentazione che questi elementi di diritto e di obbligazioni siano *non-self-executing*.⁸⁴² La lista qui esposta è esplicativa e non tassativa.⁸⁴³ Inoltre, occorre ricordare che, anche nel caso di obblighi a realizzazione progressiva, i giudici nazionali possono verificare il rispetto dei diritti economici, sociali e culturali sulla base dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e necessità.

Riquadro n. 13. I diritti economici, sociali e culturali nei tribunali regionali

I diritti economici, sociali e culturali sono giudicati da numerosi tribunali e corti di giustizia internazionali. La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani e la Commissione Africana controllano e decidono in merito all'attuazione dei diritti economici, sociali e culturali contenuti nei loro strumenti principali.⁸⁴⁴ La Corte Europea ha un ruolo più limitato a causa della scarsa presenza di tali diritti nella Convenzione Europea, e la sua tutela si riduce ad alcuni diritti che sono anche protetti come diritti economici, sociali e culturali, come il diritto all'istruzione (art. 2 del Protocollo 1 CEDU), mentre altri diritti CEDU consentono alla Corte di pronunciarsi su alcuni aspetti dei diritti economici, sociali e culturali, inerenti al diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8 CEDU) e al diritto alla proprietà (art. 1 Protocollo 1). Inoltre, la Corte può riscontrare ulteriori violazioni di questi diritti nell'ambito del divieto generale di non discriminazione di cui all'art. 1 del Protocollo 12 CEDU (per quegli Stati Parte che hanno ratificato il Protocollo), che vieta la

842. *Ibid.*, par. 5.

843. Si veda, CDESC, *Commentario Generale n. 9*, op. cit., nota n. 836, par. 10.

844. Si veda, *SERAC e CESR c. Nigeria*, CommADUP, op. cit., nota n. 29, par. 68. In *Socio-Economic Rights Accountability Project (SERAP) c. Nigeria*, CommADUP, Comunicazione n. 300/2005, 5ª Sessione Straordinaria, 21-29 luglio 2008, par. 65, la Commissione ha dichiarato che "la Carta Africana [...] costituisce la normativa di base per ricorsi basati sui diritti economici e sociali che possono permettere di portare avanti istanze basate sulla Carta per il litigio davanti alle corti nazionali" (traduzione ufficiale).

discriminazione con riferimento a “ogni diritto disposto dalla legge”.⁸⁴⁵ Il Comitato Europeo sui Diritti Sociali può ricevere reclami collettivi, e, nonostante la portata restrittiva della *Carta sociale europea*, la sua giurisprudenza sta iniziando a pronunciarsi su un nucleo minimo comune di diritti economici, sociali e culturali per tutti i migranti, indipendentemente dal loro *status*. Infine, un recente *Protocollo opzionale al Patto internazionale sui diritti economici, sociali o culturali*, che consente di presentare dei ricorsi individuali al Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, quando entrerà in vigore, potrà stabilire un nuovo meccanismo universale internazionale per giudicare le violazioni dei diritti economici, sociali e culturali (vedi, allegato II).

a) Strumenti di esecuzione giudiziaria

Un certo numero di corte nazionali, insieme a meccanismi ed esperti internazionali, hanno sviluppato una giurisprudenza che ha chiarito il contenuto e definiti gli standard che promuovono l'esecuzione giudiziaria dei diritti economici, sociali e culturali, attraverso lo sviluppo, fra gli altri, dei seguenti principi:

- L'accertamento della discriminazione o meno da parte dello Stato, verso alcuni individui e gruppi di persone, del non rispetto, o della mancanza di protezione, dei diritti economici, sociali e culturali o dell'adozione di misure regressive in merito a tali diritti (vedi, sopra, alla sezione 3) sono soggetti al potere giurisdizionale delle corti nazionali in quanto obbligazioni di carattere immediato e/o negativo.⁸⁴⁶
- Persino con riferimento agli aspetti dei diritti che sono soggetti a realizzazione progressiva, i giudici possono verificarne giudizialmente l'osservanza dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e necessità.⁸⁴⁷

845. In particolare, il *Rapporto esplicativo del Protocollo 13 alla Convenzione per la protezione dei diritti Umani e delle libertà fondamentali*, ETS No.177, rende chiaro che il divieto di non-discriminazione si riferisce al “godimento di ogni diritto specificamente garantito ad un individuo in base al diritto nazionale: [...] il godimento di un diritto che possa essere derivato da un'obbligazione chiara dell'autorità pubblica secondo il diritto nazionale, cioè quando un'autorità pubblica è obbligata dal diritto nazionale a comportarsi in una certa maniera: [la discriminazione ingiustificata] da parte di una pubblica autorità nell'esercizio del suo potere discrezionale (per esempio nell'assegnazione di sussidi); [o] da ogni alto atto od omissione della pubblica autorità (per esempio, il comportamento di ufficiali di sicurezza nel controllo di una dimostrazione)” (traduzione ufficiosa).

846. Si veda, per esempio, la Corte di Arbitrato Belga, Caso n. 5/2004, 14 gennaio 2004 ed il Tribunale Costituzionale Portoghese, Decisione n. 39/84, 11 aprile 1984.

847. Si veda, art. 4 PIDESC, e CDESC, *Comunicazione: Una valutazione dell'obbligazione di prendere misure al “massimo delle risorse disponibili” ai sensi del Protocollo opzionale al Patto*, UN Doc. E/C.12/2007/1, 10 maggio 2007, par. 8. Vedi anche, ICJ, *Courts and Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, nota n. 29, pagg. 33-36.

- Alcuni sistemi giuridici nazionali prevedono l'applicazione giudiziale di questi diritti nell'ambito del "contenuto minimo essenziale".⁸⁴⁸ Il "contenuto minimo essenziale" si riferisce al livello minimo essenziale di ogni diritto senza il quale esso perderebbe la propria essenza.⁸⁴⁹ Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha stabilito che "uno Stato Parte è, *prima facie*, inadempiente agli obblighi previsti dal Patto nel caso in cui un numero significativo di individui venga privato dei prodotti alimentari essenziali, dell'assistenza sanitaria di base, di un alloggio o rifugio temporaneo, o delle forme essenziali di educazione",⁸⁵⁰ salvo che riesca a "dimostrare che, in via prioritaria, ogni sforzo è stato compiuto, utilizzando tutte le risorse a disposizione per adempiere a questi obblighi minimi".⁸⁵¹ Un esempio di "contenuto minimo essenziale" si trova nell'interpretazione della *Convenzione di Ginevra dei rifugiati* operata dal Comitato Esecutivo dell'ACNUR sul diritto dei richiedenti asilo di "ricevere tutta l'assistenza necessaria per il soddisfacimento dei bisogni essenziali, tra cui l'alimentazione, un rifugio ed i servizi igienici e sanitari di base", anche in situazioni di grande afflusso di persone.⁸⁵²
- In alcuni ordinamenti giuridici nazionali, i tribunali spesso sviluppano un'interpretazione estensiva dei diritti civili e politici, quali il diritto alla vita, per proteggere i diritti economici, sociali e culturali da gravi violazioni.⁸⁵³ La Corte Inter-Americana ha stabilito che il diritto alla vita comprende il "diritto a non essere ostacolato nell'accesso a determinate condizioni che possono garantire una vita dignitosa, il che comporta l'adozione di misure volte a

848. Si veda, Corte Costituzionale Federale Tedesca (*BVerfG*) e Corte Amministrativa Federale Tedesca (*BVerwG*): *BVerfGE* 1,97 (104f); *BVerwGE* 1,159 (161); *BVerwGE* 25, 23 (27); *BVerfGE* 40, 121 (133, 134); *BVerfGE* 45, 187 (229); *BVerfGE* 82, 60 (85) and *BVerfGE* 99, 246 (259). Tribunale Federale Svizzero, *V. v. Einwohnergemeinde X und Regierungsrat des Kanton Bern*, BGE/ATF 121I 367, 27 ottobre 1995. Tribunale Federale Supremo del Brasile (*Supremo Tribunal Federal*), RE 436996/SP (opinione scritta del giudice Calso de Mello), 26 ottobre 2005. Corte Suprema Argentina, *Reynoso, Nida Noemi c/INSSJP s/amparo*, 16 maggio 2006 (vota della maggioranza in accordo con l'opinione del Procuratore Generale). Si veda, per più spiegazioni su questo punto, ICJ, *Courts and Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, op. cit., nota n. 29.

849. Si veda, CDESC, *Commentario Generale* n. 14, op. cit., nota n. 37, par. 47 (sul diritto alla salute). Vedi anche, art. 9, *Linee guida di Maastricht*, op. cit., nota n. 29. Questa nozione di contenuto minimo essenziale sembra riflettersi nell'obbligo "di rispettare i diritti essenziali di tutti i lavoratori migranti", contenuto nell'art. 1 della *Convenzione sui lavoratori migranti (norme addizionali)* (C143), OIL, adottata il 24 giugno 1975. Nonostante il basso tasso di ratifiche di questa Convenzione, tale approccio renderebbe questa norma applicabile anche a Stati che non ne siano parte.

850. CDESC, *Commentario Generale* n. 3, op. cit., nota n. 145, par. 10 (traduzione ufficiosa).

851. *Ibid.*, par. 10 (traduzione ufficiosa).

852. *Conclusion* n. 22, ACNUR, op. cit., nota n. 149, par. II(B)(2)(c) (traduzione ufficiosa). Vedi anche, per le donne rifugiate, *Conclusion* n. 64 (XLI) su *donne rifugiate e protezione internazionale*, CE-ACNUR, 41^a sessione, 1990, par. (a)(ix). Il nucleo essenziale per i bambini e gli adolescenti rifugiati è più ampio in base al collegamento con il principio generale del "supremo interesse del fanciullo". Il CE-ACNUR ha identificato, all'interno del nucleo essenziale per i bambini, il diritto all'istruzione, ad un'alimentazione adeguata e al livello più elevato possibile di salute. Si veda, *Conclusion* n. 84, ACNUR, op. cit., nota n. 213, par. (a)(iii).

853. Si veda, ICJ, *Courts and Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, op. cit., nota n. 29, Capitolo 4, pagg. 65-72.

prevenire la violazione di tale diritto”,⁸⁵⁴ comportando così il dovere degli Stati di rispetto e protezione.⁸⁵⁵ Inoltre, la Corte ha riconosciuto l’obbligo degli Stati di adottare misure positive concrete per assicurare l’attuazione del diritto a un livello di vita adeguato, come parte del diritto alla vita,⁸⁵⁶ così come garantito dall’art. 11 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*.⁸⁵⁷ La Corte Europea dei Diritti Umani ha affermato che l’esecuzione forzata di uno sfratto,⁸⁵⁸ gli spostamenti abitativi forzati o la distruzione di case,⁸⁵⁹ e l’esposizione delle abitazioni a condizioni ambientali malsane⁸⁶⁰ possono comportare una violazione del diritto alla vita privata e familiare, al domicilio e al diritto di proprietà,⁸⁶¹ e persino costituire un trattamento inumano e degradante.⁸⁶²

854. *Comunità indigena Sawhoyamaya c. Paraguay*, C.IADU, Serie C n. 146, Sentenza del 29 marzo 2006, par. 153 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, “*Bambini di strada*” (*Villagran-Morales et al.*) c. *Guatemala*, C.IADU, Serie C n. 63, Sentenza del 19 novembre 1999 (Caso dei bambini di strada), parr. 144 e 191; *Comunità indigena Yakye Axa c. Paraguay*, C.IADU, Serie C n. 125, Sentenza del 17 giugno 2005, parr. 161-163.

855. *Caso dei bambini di strada*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 854, par. 144.

856. *Comunità indigena Yakye Axa c. Paraguay*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 854, par. 162.

857. Si veda, art. 11 PIDESC e art. 27(2) CDF. Vedi anche, CDF, *Commentario Generale n. 6*, *op. cit.*, nota n. 136, par. 44; *Osservazioni conclusive sul Giappone*, CEDR, Rapporto del Comitato sull’Eliminazione della Discriminazione Razziale all’Assemblea Generale, 56^a Sessione, UN Doc. A/56/18 (2001), pag. 35, par. 177; *Osservazioni conclusive sul Gambia*, CDF, Rapporto del Comitato sui Diritti del Fanciullo sulla sua 28^a Sessione, UN Doc. CRC/C/111 (2001), 28 settembre 2001, par. 450.

858. Si veda, per esempio, *Connors c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 66746/01, Sentenza del 27 maggio 2004, parr. 35-45.

859. Si veda, per esempio, *Akdivar e al. c. Turchia*, C.edu, GC, Ricorso n. 21893/93, Sentenza del 16 settembre 1996, par. 88; *Cipro c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 395, parr. 174-175; *Yöyler c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 26973/95, Sentenza del 10 maggio 2001, parr. 79-80; *Demades c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 16219/90, Sentenza del 31 ottobre 2003, parr. 31-37; *Selçuk e Asker c. Turchia*, C.edu, Ricorsi n. 23184/94 - 23185/94, Sentenza del 21 aprile 1998, parr. 86-87; *Bilgin c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 23819/94, Sentenza del 16 novembre 2000, parr. 108-109; *Ayder e al. c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 23656/94, Sentenza dell’8 gennaio 2004, parr. 119-121; *Moldovan e al. (2) c. Romania*, C.edu, Ricorsi n. 41138/98; 64320/01, Sentenza del 12 luglio 2005, parr. 105, 108-110.

860. Si veda, per esempio, *López Ostra c. Spagna*, C.edu, Ricorso n. 16798/90, Sentenza del 9 dicembre 1994, parr. 51, 56-58; *Guerra e al. c. Italia*, C.edu, GC, Ricorso n. 14967/89, Sentenza del 19 febbraio 1998, par. 60; *Taskin e al. c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 46117/99, Sentenza del 10 novembre 2004, parr. 115-126; *Moreno Gomez c. Spagna*, C.edu, Ricorso n. 4143/02, Sentenza del 16 novembre 2004, parr. 60-63; *Fadeyeva c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 55723/00, Sentenza del 9 giugno 2005, parr. 94-105, 116-134.

861. Si veda, per esempio, *Akdivar e al. c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, par. 88; *Cipro c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 395, parr. 187-189; *Yöyler c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 79-80; *Demades c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, par. 46; *Xenides-Arestis c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 46347/99, Sentenza del 22 dicembre 2005, parr. 27-32; *Selçuk e Asker c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 86-87; *Bilgin c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 108-109; *Ayder e al. c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 119-121. In *Oneryildiz c. Turchia*, C.edu, GC, Ricorso n. 48939/99, Sentenza del 30 novembre 2004, la Corte ha deciso che gli interessi proprietari del ricorrente in una baracca costruita irregolarmente su demanio pubblico era di natura sufficiente a considerarla un “possesso” ai sensi dell’art. 1 Protocollo 1 CEDU.

862. *Yöyler c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 74-76; *Selçuk e Asker c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 77-80; *Bilgin c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 100-104; *Moldovan e al. (2) c. Romania*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 111, 113-114.

Riquadro n. 14. L'indigenza, il diritto alla vita e alla libertà da trattamenti crudeli, inumani o degradanti

La Corte Inter-Americana ha riconosciuto che il diritto alla vita comprende “il diritto a non essere ostacolato nell’accesso a situazioni che possano garantire una vita dignitosa, il che comporta l’adozione di misure per prevenire la violazione di tale diritto”,⁸⁶³ e il dovere dello Stato di rispetto e protezione. Infatti, lo Stato ha l’obbligo di “garantire la creazione delle condizioni necessarie affinché le violazioni di questo diritto fondamentale non si verifichino e, in particolare, il dovere di prevenire violazioni da parte dei suoi funzionari”;⁸⁶⁴ inoltre, ha anche il “dovere di adottare misure positive e concrete per il raggiungimento del diritto a una vita decente, soprattutto nei confronti delle persone vulnerabili e a rischio, la cui cura è prioritaria”.⁸⁶⁵

La Corte Europea ha dichiarato che né il diritto alla vita (art. 2 CEDU) né qualsiasi altra disposizione della CEDU “può essere interpretata nel senso di conferire a un individuo il diritto di godere di un determinato livello di vita”.⁸⁶⁶ Tuttavia, la Corte ha constatato la violazione del divieto contenuto nell’art. 3 CEDU da parte delle autorità nazionali che, contrariamente alla normativa nazionale, non sono riuscite a soddisfare i bisogni materiali primari dei richiedenti asilo conducendoli a condizioni di estrema povertà e indigenza, che, assieme all’incertezza sulla durata di tale situazione precaria, viola tale divieto di trattamenti inumani o degradanti.⁸⁶⁷ In tali casi, la particolare vulnerabilità dei richiedenti asilo e il loro bisogno di protezione specifica da parte dello Stato sono fattori che incrementano le obbligazioni dello Stato di fornire loro condizioni materiali dignitose.⁸⁶⁸

Il Comitato Europeo sui Diritti Sociali ha constatato che alcuni diritti della *Carta sociale europea (riveduta)* sono di fondamentale importanza in quanto connessi con il diritto alla vita,⁸⁶⁹ e quindi immediatamente disponibili a tutti gli individui sottoposti alla giurisdizione dello Stato, nonostante le limitazioni previste dal trattato al godimento dei diritti sociali ai soli cittadini e migranti regolarmente presenti sul territorio.

863. Si veda, nota n. 854 (traduzione ufficiale).

864. *Caso dei bambini di strada*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 854, par. 144 (traduzione ufficiale).

865. *Comunità indigena Yakye Axa c. Paraguay*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 854, par. 162 (traduzione ufficiale).

866. *Wasilewski c. Polonia*, C.edu, Ricorso n. 32734/96, Decisione sull’Ammissibilità, 20 aprile 1999, par. 3 (traduzione ufficiale). Vedi anche, *Pavlyulynets c. Ucraina*, C.edu, Ricorso n. 70767/01, Sentenza del 6 settembre 2005, par. 28.

867. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 323, parr. 250-263.

868. *Ibid.*, par. 251.

869. *FIDH c. Francia*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 829, par. 30.

II. Diritti di particolare importanza per i migranti

In questa sezione esaminiamo la giurisprudenza internazionale sui diritti umani riguardanti alcuni diritti economici, sociali e culturali di particolare rilevanza per i migranti, e che possono essere utili nelle controversie sui diritti dei migranti. I diritti analizzati sono: il diritto ad un livello di vita adeguato, comprendente il diritto all'alimentazione, all'acqua, ai servizi igienici e ad un alloggio adeguato; il diritto a godere delle migliori condizioni conseguibili di salute fisica e mentale; i diritti alla sicurezza sociale e all'istruzione. Il diritto al lavoro, i diritti sul posto di lavoro, e altri diritti connessi saranno trattati separatamente nel sesto capitolo.

1. Il diritto a un livello di vita adeguato

L'art. 11 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* prevede che “[g]li Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per se e per la sua famiglia, che includa alimentazione, vestiario, ed alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita”.⁸⁷⁰ Anche altri diritti, la cui osservanza e realizzazione sono necessarie per il raggiungimento di un adeguato standard di vita, vengono tutelati dall'art. 11 del Patto: per esempio, il diritto all'acqua e ai servizi igienici.⁸⁷¹

Il diritto al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita costituisce un obbligo di realizzazione progressiva. Gli altri diritti contenuti nell'art. 11 del Patto – il diritto all'alimentazione, all'acqua e all'alloggio – comprendono obblighi a effetto immediato ed elementi essenziali che richiedono una realizzazione immediata.⁸⁷²

a) Il diritto all'acqua e ai servizi igienico-sanitari

Il diritto all'acqua “conferisce a tutti gli individui il diritto ad una quantità sufficiente di acqua potabile, sicura, di qualità accettabile, facilmente accessibile e a costi contenuti, per uso personale e domestico”.⁸⁷³ Il diritto all'acqua è intrinsecamente collegato con il diritto alla vita e alla dignità umana, nonché con il diritto al più

870. Art. 11.1 PIDESC (traduzione UNICRI). Si vedano, art. 14.2(h), CEDCD; art. 27 CDF; art. 70, CIDLM; art. 28, CDPD. Vedi anche, CDF, *Commentario Generale n. 6*, op. cit., nota n. 136, par. 44; *Osservazioni Conclusive sul Giappone*, CEDR, op. cit., nota n. 857, par. 177; *Osservazioni Conclusive sul Gambia*, CDF, op. cit., nota n. 857, par. 450.

871. Si veda, CDESC, *Commentario Generale n. 15*, op. cit., nota n. 146, par. 3.

872. CDESC, *Commentario Generale n. 3*, op. cit., nota n. 145, par. 10. Vedi anche, CDESC, *Commentario Generale n. 14*, op. cit., nota n. 37, par. 43; e *Commentario Generale n. 19*, *Il diritto alla sicurezza sociale*, CDESC, UN Doc. E/C.12/GC/19, 4 febbraio 2008, par. 59.

873. CDESC, *Commentario Generale n. 15*, op. cit., nota n. 146, par. 2 (traduzione ufficiosa). Il diritto all'acqua è anche riconosciuto in maniera esplicita da alcuni trattati sui diritti umani: art. 14.2(h) CEDCD; art. 24.2(c) CDF; art. 28.2(a) CDPD; artt. 20, 26, 29, 46 della *Terza Convenzione relativa al trattamento dei prigionieri di guerra*, Ginevra, 12 agosto 1949 (Terza Convenzione di Ginevra); artt. 85, 89, 127, *Quarta Convenzione di Ginevra*; artt. 54 e 55 *PAL alle Convenzioni di Ginevra*; e artt. 5 e 14 *PAIL alle Convenzioni di Ginevra*. Un'analisi più dettagliata si trova in, CDESC, *Commentario Generale n. 15*, op. cit., nota n. 146, a cui rimandiamo.

alto livello conseguibile di salute, all'alloggio ed all'alimentazione.⁸⁷⁴ L'acqua deve essere **disponibile** e di una **qualità** sufficiente a garantire la sua sicurezza e salubrità.⁸⁷⁵ Gli Stati hanno l'obbligo immediato di garantire l'accesso a una quantità minima di acqua potabile, su base **non discriminatoria**,⁸⁷⁶ in particolare, per i gruppi svantaggiati o emarginati.⁸⁷⁷ Gli Stati dovrebbero prestare particolare attenzione a quelle categorie di persone che hanno tradizionalmente incontrato difficoltà nel godimento di questo diritto, con particolare riferimento a rifugiati, richiedenti asilo e migranti.⁸⁷⁸ Tutte le persone o i gruppi cui è stato negato il diritto all'acqua, devono poter disporre, in caso di violazione, di un efficace ricorso giurisdizionale o di altro mezzo idoneo per rimediare alla violazione subita, mediante la riparazione, la restituzione, il risarcimento, la soddisfazione, e garanzie idonee ad evitare il ripetersi della violazione.⁸⁷⁹

Il diritto ai servizi igienico-sanitari è fondamentale per il rispetto della dignità umana e della vita privata, ed è collegato al diritto al godimento dei servizi di acqua potabile, alla salute e all'alloggio.⁸⁸⁰ Gli Stati hanno l'obbligo di diffondere progressivamente dei servizi igienico-sanitari sicuri, tenendo conto delle particolari esigenze di donne e bambini.⁸⁸¹

b) Il diritto all'alimentazione

Il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* prevede il diritto ad un'alimentazione adeguata (art. 11.1) e riconosce "il diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame" (art. 11.2)⁸⁸² con effetti immediati, imponendo agli Stati "di garantire a tutti gli individui sottoposti alla sua giurisdizione l'accesso ad una quantità di cibo sufficiente e essenziale, nutrizionalmente adeguata e sicura, per garantire loro la libertà dalla fame."⁸⁸³

Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali o Culturali ha riconosciuto che il diritto all'alimentazione è legato alla dignità della persona umana ed è indispensabile per la realizzazione degli altri diritti umani.⁸⁸⁴ Anche la Commissione Africana ha sottolineato che il diritto all'alimentazione "è indissolubilmente legato alla dignità degli

874. Si veda, *ibid.*, parr. 1 e 3.

875. Si veda, *ibid.*, par. 12.

876. Si veda, *ibid.*, par. 13.

877. Si veda, *ibid.*, par. 37.

878. Si veda, *ibid.*, par. 16.

879. Si veda, *ibid.*, par. 55.

880. Si veda, *ibid.*, par. 29.

881. Si veda, *ibid.*, par. 29. Vedi anche, art. 14.2 CEDCD; art. 24.2 CDF.

882. Art. 11.2 PIDESC (traduzione ufficiale). Vedi anche, art. 24.2(c) CDF; art. 28.1 CDPD.

883. CDESC, *Commentario Generale* n. 12, op. cit., nota n. 146, par. 14 (traduzione ufficiale).

884. *Ibid.*, par. 4 (traduzione ufficiale).

esseri umani ed è quindi essenziale per il godimento e la realizzazione di altri diritti come la salute, l'istruzione, il lavoro e la partecipazione politica.”⁸⁸⁵

Il diritto a un'alimentazione adeguata viene completamente realizzato quando “ogni uomo, donna e bambino, da solo o in comunità con altri, in qualsiasi momento, ha la possibilità di accedere fisicamente ed economicamente ad un'alimentazione adeguata o dispone dei mezzi per procurarsela”.⁸⁸⁶ Mentre alcuni aspetti di questo diritto sono suscettibili di essere realizzati solo gradualmente, l'obbligo ex art. 11.2 di garantire la libertà dalla fame è di effetto immediato, essendo un obbligo fondamentale del diritto all'alimentazione. La stessa regola si applica per l'obbligo di rispettare, e, nella maggior parte dei casi, di proteggere, l'accesso esistente a un'alimentazione adeguata o ai mezzi per procurarsela. Il diritto a un'alimentazione adeguata implica la **disponibilità** di “cibo in quantità e qualità sufficienti a soddisfare le esigenze alimentari degli individui, privo di sostanze nocive, e accettato all'interno di una determinata cultura”, e l'**accessibilità** “di tali alimenti in modi che siano sostenibili, senza interferire con il godimento di altri diritti umani”.⁸⁸⁷

Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha sottolineato l'esistenza di una violazione dell'art. 11 del Patto nei casi di discriminazione ingiustificata in materia di accesso al cibo o ai mezzi per il suo approvvigionamento,⁸⁸⁸ e ha ricordato agli Stati l'obbligazione di garantire l'accesso a un effettivo ricorso giurisdizionale o ad altro mezzo idoneo per rimediare alla violazione del diritto all'alimentazione, mediante la riparazione, la restituzione, il risarcimento, la soddisfazione e garanzie idonee ad evitare il ripetersi della violazione.⁸⁸⁹

c) Il diritto a un alloggio adeguato

Di particolare rilevanza per i migranti, il diritto a un alloggio adeguato⁸⁹⁰ è previsto dall'art. 11 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* come parte integrante del diritto a un livello di vita adeguato, ed è anche tutelato da diversi strumenti regionali e globali. Inoltre, risulta distinto dai diritti politici e civili di protezione del domicilio,⁸⁹¹ correlati al diritto al rispetto della vita privata, anche

885. *SERAC e CESR c. Nigeria*, CommADUP, op. cit., nota n. 29, par. 65 (traduzione ufficiale).

886. CDESC, *Commentario Generale n. 12*, op. cit., nota n. 146, par. 6 (traduzione ufficiale).

887. *Ibid.*, par. 8 (traduzione ufficiale).

888. *Ibid.*, par. 18.

889. Si veda, *ibid.*, par. 32.

890. Si veda, art. 11.1 PIDESC; art. 25.1 DUDU; art. 5(e)(iii) CIEDR; art. 14.2 CEDCD; art. 27.3 CDF; artt. 28.1 e 28.2(d) CDPD; art. XI DADDU; artt. 16 e 31 CSE(r); art. 16, *Protocollo alla CADUP sui diritti delle donne in Africa*; art. 10 della *Dichiarazione sul progresso sociale e lo sviluppo*, risoluzione AG 2542(XXIV), 11 dicembre 1969; sezione III (8) della *Dichiarazione di Vancouver sugli insediamenti umani*, 1976 (Rapporto di Habitat: Conferenza delle Nazioni Unite sugli insediamenti umani (Pubblicazione delle Nazioni Unite, Sales No. E.76. IV.7 e correzione; cap. I); art. 8(1), *Dichiarazione sul diritto allo sviluppo*, risoluzione AG n. 41/128, UN Doc. A/RES/41/128, 4 dicembre 1986; e *Raccomandazione sull'alloggio dei lavoratori (R115)*, OIL, adottata il 28 giugno 1961.

891. Si vedano, art. 17 PIDCP, art. 8 CEDU, art. IX DADDU, art. 11 CADU, art. 10 CADBB, art. 12 DUDU.

se vi è qualche sovrapposizione nella tutela di questo diritto. Il diritto a un alloggio adeguato, come tutelato dai trattati sui diritti economici, sociali e culturali, richiede una sistemazione e un riparo adeguato e l'adempimento degli obblighi di rispetto, di protezione e di realizzazione. Il diritto all'alloggio include i seguenti diritti: alla sicurezza del possesso, che richiede la protezione giuridica contro gli sfratti forzati, le molestie e altre minacce; a un alloggio adeguato con i servizi essenziali per la salute, la sicurezza, la comodità e l'alimentazione. I costi finanziari connessi con l'alloggiamento non devono raggiungere un livello tale da compromettere o minacciare il raggiungimento e la soddisfazione di altre necessità fondamentali. La sistemazione abitativa deve essere abitabile, sicura, proteggere dalle malattie ed intemperie e fornire uno spazio adeguato; inoltre, deve essere accessibile agli aventi diritto ed essere situata in un luogo favorevole all'accesso ai servizi sanitari, all'attività lavorativa, agli istituti scolastici e per l'infanzia e ad altre strutture sociali.⁸⁹²

Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali prevede che gli aspetti del diritto all'alloggio siano tutelabili giudizialmente sia nei confronti dello Stato sia di privati. Le azioni legali potrebbero essere finalizzate a prevenire gli sfratti programmati o demolizioni attraverso ordinanze di ingiunzione del tribunale; per chiedere il risarcimento da esecuzioni forzate illegali; per contrastare azioni illegali promosse o sostenute dai proprietari di casa (sia pubblici sia privati) riguardanti l'ammontare dei costi di affitto e di manutenzione, ed eventuali forme di discriminazione razziale o altro; contro qualsiasi forma di discriminazione nella distribuzione e nella disponibilità di accesso agli alloggi, e denunce contro i proprietari in materia di condizioni abitative malsane o inadeguate. In alcuni sistemi giuridici, sarebbe anche opportuno predisporre la possibilità di facilitare azioni collettive o "class actions" nelle situazioni che comportano un aumento significativo di individui senzatetto.⁸⁹³

Infine, va notato che condizioni abitative particolarmente inadeguate potrebbero costituire dei trattamenti crudeli, disumani o degradanti ex art. 16 CCT e disposizioni equivalenti in altri trattati.⁸⁹⁴

892. *Commentario Generale n. 4, Il diritto ad un alloggio adeguato*, CDESC, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 13 dicembre 1991, par. 8. Il Comitato Europeo sui Diritti Sociali utilizza un approccio simile nella sua giurisprudenza. Si veda, *European Roma Rights Centre (ERRC) c. Grecia*, CEDS, Ricorso n. 15/2003, Merito, 8 dicembre 2004, par. 24. Il Comitato ha riscontrato una violazione del diritto ad un alloggio adeguato, anche se tale diritto è di realizzazione progressiva, perché lo Stato non poteva soddisfare nemmeno i requisiti minimi nel caso della popolazione Rom (vedi, par. 42-43). Vedi anche, *ERRC c. Italia*, CEDS, Ricorso n. 27/2004, Merito, 7 dicembre 2005, par. 35; *ERRC c. Bulgaria*, CEDS, Ricorso n. 31/2005, Merito, 18 ottobre 2006, par. 34; *European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) c. Francia*, CEDS, Ricorso n. 39/2002, Merito, 5 dicembre 2007, par. 74; *ERRC c. Francia*, CEDS, Ricorso n. 51/2008, Merito, 19 ottobre 2009, par. 46. Sulla protezione del diritto ad un alloggio adeguato fornita dagli artt. 16 e 31, si veda, *ERRC c. Bulgaria*, CEDS, par. 15-18. Tuttavia, il diritto ad un alloggio adeguato ai sensi della Carta Sociale Europea, almeno per come appare, concerne solo gli stranieri di altri Stati Parte che siano regolarmente residenti sul territorio dello Stato.

893. CDESC, *Commentario Generale n. 4, op. cit.*, nota n. 892, par. 17.

894. *Osservazioni conclusive sulla Slovenia*, CCT, *op. cit.*, nota n. 346, par. 211.

i) L'esecuzione forzata di sfratto

Il divieto dell'esecuzione forzata di sfratto è uno degli aspetti del diritto all'alloggio con effetto immediato, ed eventuali violazioni dovrebbero essere suscettibili di ricorso in tribunale contro agenti statali o parti private, esecutori dello sfratto.⁸⁹⁵ Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali o Culturali definisce "esecuzione forzata di sfratto": "la permanente o temporanea rimozione di individui, famiglie e/o comunità dalle abitazioni e/o terre occupate contro la loro volontà, senza la previsione e l'accesso alla tutela legale o altre forme di protezione."⁸⁹⁶ Gli effetti dello sfratto colpiscono non solo diversi diritti economici, sociali e culturali, ma possono anche, a seconda delle circostanze, produrre delle conseguenze per i diritti civili e politici, come "il diritto alla vita, il diritto alla sicurezza della persona, il divieto di interferenze nel godimento pacifico dei propri beni e nel diritto alla propria vita privata e familiare e al domicilio."⁸⁹⁷ Di conseguenza, se il sistema giuridico interno non consente l'esercizio di azioni legali contro esecuzioni forzate di sfratto sulla base del diritto all'alloggio, la questione può essere sollevata in tribunale fondandosi sulla protezione di altri diritti tutelati dal diritto internazionale dei diritti umani, come il diritto al rispetto del domicilio.⁸⁹⁸

Secondo il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, per evitare esecuzioni forzate arbitrarie gli sfratti devono essere eseguiti nel rispetto delle pertinenti disposizioni di diritto internazionale dei diritti umani e in conformità con i principi generali di ragionevolezza e di proporzionalità. Inoltre, gli sfratti devono essere previsti da fonti normative di diritto primario, ed eseguiti secondo una finalità legittima e proporzionata allo scopo perseguito.⁸⁹⁹ Il procedimento di sfratto deve avvenire nell'ambito di una procedura dettagliata, equa e aperta, offrendo l'opportunità sincera di sentire i diretti interessati, che devono ricevere entro un termine ragionevole le informazioni relative⁹⁰⁰ e un preavviso ragionevole, per tutte le persone interessate, della data prevista di sfratto. Le persone sfrattate devono essere dotate di mezzi di ricorso, ed, eventualmente, di assistenza legale gratuita per rivolgersi ai tribunali.⁹⁰¹

In particolare, "lo sfratto non dovrebbe lasciare le persone senza casa o renderle vulnerabili alla violazione di altri diritti umani. Nei casi in cui gli sfrattati non sono in

895. *Commentario Generale n. 7, Il diritto ad un alloggio adeguato: sfratti forzati*, CDESC, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 20 maggio 1997, par. 8.

896. *Ibid.*, par. 3 (traduzione ufficiosa).

897. *Ibid.*, par. 4 (traduzione ufficiosa).

898. Art. 17 PIDCP, art. 8 CEDU, art. IX DADDU, art. 11 CADU, art. 10 CADBB, art. 12 DUDU.

899. Si veda, CDESC, *Commentario Generale n. 7, op. cit.*, nota n. 895, par. 14, che si riferisce anche a CDU, *Commentario Generale n. 16, op. cit.*, nota n. 726.

900. Si veda, Miloon Kothari, "Principi fondamentali e linee guida su sfratti e dislocamenti dovuti allo sviluppo", nel *Rapporto annuale del Relatore Speciale sull'alloggio adeguato come componente del diritto ad un livello di vita adeguato*, UN Doc. A/HRC/4/18, 5 febbraio 2007, Appendice 1.

901. CDESC, *Commentario Generale n. 7, op. cit.*, nota n. 895, par. 15.

grado di provvedere a se stessi, lo Stato Parte, utilizzando tutte le risorse disponibili, deve adottare tutte le misure opportune per garantire, secondo il caso, un'adeguata sistemazione alternativa o l'eventuale reinsediamento o l'accesso ad un terreno produttivo disponibile.”⁹⁰²

Il Comitato Europeo sui Diritti Sociali ha dichiarato che “l’occupazione illegale di un luogo o abitazione può giustificare lo sgombero degli occupanti illegali. Tuttavia, i criteri di determinazione dell’occupazione abusiva non devono essere eccessivamente ampi, e lo sfratto deve avvenire in conformità con le norme di procedura previste, che dovrebbero tutelare sufficientemente i diritti delle persone interessate.”⁹⁰³ Il provvedimento di sfratto deve essere motivato ed eseguito nel rispetto della dignità delle persone interessate, comprendendo le seguenti condizioni: la legge deve stabilire le procedure e i tempi dello sfratto, prevedendo la disponibilità di sistemazioni alternative e dei mezzi di impugnazione, e offrendo assistenza legale gratuita ai bisognosi per adire le vie legali; il sistema giuridico deve prevedere un risarcimento; la protezione giuridica degli sfrattati deve comprendere, in particolare, l’obbligo di consultare le persone interessate al fine di trovare soluzioni alternative allo sfratto e l’obbligo di fissare un ragionevole termine di preavviso allo sfratto.⁹⁰⁴

Infine, va sottolineato che l’esecuzione forzata di sfratto, effettuata da pubblici soggetti o da privati, può costituire un trattamento crudele, inumano o degradante: ad esempio, quando l’esecuzione del provvedimento comporta la distruzione della casa o sia fondata su motivi discriminatori.⁹⁰⁵

ii) La discriminazione abitativa e la parità di trattamento dei migranti

Il godimento del diritto all'alloggio, comprendendo il divieto di esecuzioni forzate arbitrarie di sfratto, non deve essere sottoposto ad alcuna forma di discriminazione causata da azioni dello Stato o di terzi.⁹⁰⁶ Questo principio si applica agli stranieri,

902. *Ibid.*, par. 16 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sulla Norvegia*, CDESC, UN Doc. E/C.12/1/Add.109, 13 maggio 2005, par. 38.

903. *ERRC c. Grecia*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 892, par. 51 (traduzione ufficiosa); *ERRC c. Bulgaria*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 892, par. 51; *International Movement ATD Fourth World (ATD) c. Francia*, CEDS, Ricorso n. 33/2006, Merito, 5 dicembre 2007, parr. 77-78; *FEANTSA c. Francia*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 892, parr. 85-86; *ERRC c. Francia*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 892, par. 67.

904. Si vedano, *ERRC c. Italia*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 892, par. 41; *ERRC c. Bulgaria*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 892, par. 52; *ATD c. Francia*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 903, parr. 77-78; *FEANTSA c. Francia*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 892, parr. 85-86; *ERRC c. Francia*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 892, par. 68.

905. *Yöyler c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 74-76; *Selçuk e Asker c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 77-80; *Bilgin c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 100-104; *Moldovan e al. (2) c. Romania*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, parr. 111, 113-114. Si veda, *Sudan Human Rights Organisations e al. c. Sudan*, CommADUP, Comunicazioni n. 279/03 e 296/05, 45ª Sessione Ordinaria, maggio 2009, par. 159.

906. CDESC, *Commentario Generale n. 4*, *op. cit.*, nota n. 892, par. 6; CDESC, *Commentario Generale n. 7*, *op. cit.*, nota n. 895, par. 10. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sul Belgio*, CDESC, Rapporto del Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali al Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, UN Doc. E/1995/22 (1995), pag. 34, par. 157; *Osservazioni Conclusive sulla Danimarca*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 187, parr. 21 e 34; *Osservazioni Conclusive su Cipro*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 719, par. 21; *Osservazioni Conclusive sul*

indipendentemente dalla loro condizione legale.⁹⁰⁷ Inoltre, in materia di alloggio, la *Convenzione OIL n. 97* e la *Carta sociale europea (riveduta)* prevedono l'obbligo dei Paesi ospitanti di applicare un trattamento non meno favorevole di quello riservato ai propri cittadini, senza discriminazioni basate sulla nazionalità, razza, religione o sesso, per quanto concerne l'alloggio.⁹⁰⁸

Per quanto riguarda il regime giuridico applicabile ai sensi del diritto internazionale per i rifugiati e richiedenti asilo, la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* prevede che, “nella misura in cui la materia sia regolata dalla legge o da regolamenti o sia sottoposta al controllo delle pubbliche autorità, gli Stati devono concedere ai rifugiati che risiedono regolarmente sul loro territorio il trattamento più favorevole possibile e, in ogni caso, non meno favorevole di quello accordato in generale agli stranieri nelle stesse circostanze”.⁹⁰⁹

Con riferimento alle donne lavoratrici migranti, il Comitato sull'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne, ai sensi degli artt. 2(c), (f), e 3 della rispettiva Convenzione, ha raccomandato agli Stati di “fornire un riparo temporaneo per le donne lavoratrici migranti che vogliono lasciare i datori di lavoro, mariti o altri parenti violenti, e dei servizi per un alloggio sicuro durante il processo”.⁹¹⁰

Il Comitato Europeo sui Diritti Sociali ha stabilito che il diritto a un riparo deve essere concesso a tutti i migranti, indipendentemente dalla loro condizione legale (*ex art. 31.2 della Carta sociale europea (riveduta)*),⁹¹¹ richiedendo allo Stato di fornire un riparo ai migranti irregolari, per il tempo in cui sono sottoposti alla sua giurisdizione, che non sono in grado di provvedere autonomamente a trovare una sistemazione. Inoltre, il Comitato ha rilevato che le condizioni di vita alloggiative “dovrebbero essere tali da permettere condizioni di vita adeguate al rispetto della dignità umana”,⁹¹² e che, “visto che non può essere richiesto allo Stato di fornire

Lussemburgo, CEDR, UN Doc. CERD/C/LUX/CO/13, 18 aprile 2005, par. 17; *Osservazioni Conclusive sulla Francia*, CEDR, UN Doc. CERD/C/FRA/CO/16, 18 aprile 2005, par. 12.

907. CEDR, *Raccomandazione Generale n. 30, op. cit.*, nota n. 18, par. 32. Si veda, art. 5(e)(iii) CIEDR. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sul Lussemburgo*, CEDR, *op. cit.*, nota n. 906, par. 17; *Osservazioni Conclusive sulla Francia*, CEDR, *op. cit.*, nota n. 906, par. 12. Il principio è stato anche confermato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella *Raccomandazione R(88)14 3 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sull'alloggio dei migranti*, adottata dal Comitato dei Ministri il 22 settembre 1988 alla 419a riunione dei Rappresentanti dei Ministri.

908. Art. 6.1, *Convenzione sulla migrazione economica (riveduta) (C97)*, OIL, adottata il 1 luglio 1949; e l'art. 19.4.3 CSE(r). L'art. 19 CSE(r), contrariamente a quasi tutte le norme contenute nel trattato, si applica a tutti i lavoratori migranti e stranieri, indipendentemente dalla loro condizione giuridica e provenienza.

909. Art. 21, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (traduzione ufficiosa).

910. CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 26, op. cit.*, nota n. 8, par. 26(c)(iv) (traduzione ufficiosa).

911. Si veda, *DCI c. Paesi Bassi*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 831, parr. 46-48. Il Comitato ritrova l'obbligazione di fornire un riparo ai bambini non accompagnati senza documenti anche in base all'art. 17.1(c) CSE(r): l'obbligazione di “assicurare una speciale protezione e l'aiuto dello Stato nei confronti del bambino o dell'adolescente, temporaneamente o definitivamente privato del suo sostegno familiare” (traduzione Consiglio d'Europa). Sulla stessa linea, CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 26, op. cit.*, nota n. 8, par. 26(f).

912. *DCI c. Paesi Bassi*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 831, par. 62 (traduzione ufficiosa). Per il ragionamento completo sul contenuto del diritto ad un riparo vedi parr. 61-65.

un alloggio alternativo a persone irregolarmente presenti sul territorio, lo sfratto da luoghi di rifugio dovrebbe essere proibito, perché esporrebbe tali soggetti, soprattutto i bambini, a situazioni di estrema impotenza contraria al rispetto della loro dignità umana.”⁹¹³

iii) La tutela del diritto all'alloggio attraverso l'esercizio dei diritti civili e politici

La CEDU offre tutela dalla distruzione delle abitazioni⁹¹⁴ e dall'esecuzione forzata di sfratto⁹¹⁵ nell'ambito applicativo del diritto al rispetto del domicilio, della vita familiare e privata (art. 8 CEDU). L'art. 8 CEDU prevede che l'ingerenza dello Stato nell'alloggio personale o un suo spostamento debba essere prevista in maniera adeguata dalla legge, giustificata dalla realizzazione di una finalità legittima, necessaria all'interno di una società democratica e proporzionale allo scopo perseguito. Tuttavia, la Corte ha sottolineato l'inesistenza del diritto ad essere dotati di un'abitazione ex art. 8.⁹¹⁶ Inoltre, la Corte ha aggiunto che, nel controllo di proporzionalità, “è di gran rilevanza verificare se il diritto abitativo sia stato costituito in violazione di legge o meno”,⁹¹⁷ e che, se non esiste la disponibilità di sistemazioni alternative, l'ingerenza delle autorità pubbliche è più grave che nella situazione in cui tali sistemazioni siano previste.⁹¹⁸ Infine, l'art. 8 richiede la disponibilità di garanzie procedurali per garantire un processo decisionale equo nei casi in cui il diritto al rispetto del domicilio è in discussione.⁹¹⁹

La CEDU (art.1 Protocollo 1) offre anche una tutela per i diritti abitativi attraverso il diritto di proprietà. Tuttavia, al fine di rientrare nell'ambito di applicazione di questa disposizione, deve esistere un diritto di proprietà sulla casa stessa.⁹²⁰ Tale normativa vieta la privazione arbitraria della proprietà, pur riconoscendo agli Stati il diritto di

913. *Ibid.*, par. 62 (traduzione ufficiosa).

914. *Akdivar e al. c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859.

915. *Mentes c. Turchia*, C.edu, GC, Ricorso n. 23186/94, Sentenza del 28 novembre 1997.

916. *Chapman c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 27238/95, Sentenza del 18 gennaio 2001, par. 99. Vedi anche, *Beard c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 24882/94, Sentenza del 18 gennaio 2001, par. 110; *Coster c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 24876/94, Sentenza del 18 gennaio 2001, par. 113; *Lee c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 25289/94, Sentenza del 18 gennaio 2001, par. 101; *Smith c. Regno Unito*, C.edu, GC, Ricorso n. 25154/94, Sentenza del 18 gennaio 2001, par. 106.

917. *Chapman c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 916, par. 102 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Beard c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 916, par. 113; *Coster c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 916, par. 116; *Lee c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 916, par. 104; *Smith c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 916, par. 109.

918. *Chapman c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 916, par. 103. Vedi anche, *Beard c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 916, par. 114; *Coster c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 916, par. 117; *Lee c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 916, par. 105; *Smith c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 916, par. 110.

919. Si veda, *Connors c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 858, par. 83.

920. La situazione di “possesso” non deve essere stabilita in diritto attraverso la produzione di titoli di proprietà, ma, in assenza di pretese opposte, può essere stabilita anche in base a situazioni di fatto, come la costruzione di una casa da parte degli occupanti o il fatto di avervi vissuto per generazioni (quest'ultimo criterio è però di rara applicazione ai migranti). Si veda, *Dogan e al. c. Turchia*, C.edu, Ricorsi n. 8803-8811/02, 8813/02 e 8815-8819/02, Sentenza del 29 giugno 2004, par. 138-139.

controllare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse pubblico,⁹²¹ nel rispetto di norme di diritto interno sufficientemente accessibili e precise e in un rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati e obiettivo pubblico perseguito.⁹²²

La Commissione Africana ha riscontrato che sfratti arbitrari ed espropriazioni di abitazioni costituiscono una violazione del diritto di proprietà (art. 14 della *Carta africana dei diritti umani e dei popoli*).⁹²³ Sebbene la Carta non contenga un esplicito diritto all'abitazione, la Commissione Africana ha affermato che "il corollario delle disposizioni che tutelano il diritto di godere del migliore stato di salute fisica e mentale, [...] del diritto di proprietà e della protezione accordata alla famiglia" comporta che il diritto al riparo o all'abitazione, comprendendo la protezione da esecuzioni forzate, sono effettivamente previsti dalla Carta.⁹²⁴

2. Salute

Il diritto alla salute, o, più precisamente, il diritto a godere delle migliori condizioni conseguibili di salute fisica e mentale, è riconosciuto in numerosi strumenti internazionali,⁹²⁵ e comprende sia la libertà di controllare la propria salute ed il proprio corpo sia il diritto a un sistema di tutela della salute che preveda pari opportunità per le persone di godere del più alto livello possibile di salute.⁹²⁶ Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali o Culturali ha notato che "il diritto alla salute comprende un vasto campo di fattori socio-economici finalizzati a promuovere le condizioni per condurre una vita sana, che si estende ai fattori di base determinanti della salute: il cibo e la nutrizione, l'alloggio, l'accesso all'acqua potabile e sicura e a servizi igienici adeguati, condizioni di lavoro sicure e salutari, e un ambiente salubre."⁹²⁷ Il diritto alla salute richiede che l'assistenza sanitaria sia accessibile, anche economicamente, e disponibile a tutta la popolazione senza discriminazioni, comprendenti i gruppi di persone indigenti, e deve essere culturalmente accessibile alle minoranze.⁹²⁸

921. Si veda, art. 1 Protocollo 1 CEDU.

922. *Chassagnou e al. c. Francia*, C.edu, GC, Ricorsi n. 25088/94-28331/95-28443/95, Sentenza del 29 aprile 1999.

923. *Malawi African Association e al. c. Mauritania*, CommADUP, Comunicazioni n. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97, 27ª Sessione Ordinaria, 11 maggio 2000, par. 127-128.

924. *SERAC e CESR c. Nigeria*, CommADUP, *op. cit.*, nota n. 29, par. 60-63 (traduzione ufficiale).

925. Art. 12 PIDESC; art. 25.1 DUDU; art. 5(e)(iv) CIEDR; art. 11.1(f) e 12 CEDCD; art. 24 CDF; art. 25 CDPD; art. 11 CSE(r); art. 16 CADUP; art. 10, *Protocollo di San Salvador*; art. XI DADDU; art. 14, *Protocollo alla CADUP sui diritti delle donne in Africa*; art. 14 CADBB; *Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità*, adottata dal 19 giugno al 22 luglio 1946. Il diritto alla salute è stato proclamato dalla Commissione sui Diritti Umani, così come nella *Dichiarazione e Programma di azione di Vienna* del 1993 e da altri strumenti internazionali.

926. CDESC, *Commentario Generale n. 14*, *op. cit.*, nota n. 37, par. 8.

927. *Ibid.*, par. 4 (traduzione ufficiale).

928. *Ibid.*, par. 12

Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha chiarito che gli Stati hanno l'obbligo fondamentale di assicurare un livello minimo essenziale di prestazioni sanitarie.⁹²⁹ Tali obblighi comprendono:

- assicurare il diritto di accesso alle strutture, beni e servizi sanitari in modo non discriminatorio, specialmente per gli emarginati e i gruppi di persone vulnerabili;
- assicurare l'accesso ad una alimentazione essenziale, salutare, nutrizionalmente adeguata e sicura per garantire la libertà dalla fame;
- garantire accesso ad un'accoglienza di base, a un alloggio e a servizi igienici, e una fornitura adeguata di acqua sicura e potabile;
- fornire i farmaci essenziali;
- assicurare una distribuzione equa di tutte le strutture sanitarie, beni e servizi;
- adottare e istituire una strategia sanitaria pubblica nazionale ed un piano d'azione, prestando particolare attenzione, nella fase progettuale e in quella attuativa, e compreso nella determinazione del suo contenuto, a tutti i gruppi di persone maggiormente vulnerabili o emarginate;
- garantire assistenza sanitaria sulla riproduzione e la maternità (pre-natale e post-natale) e cure sanitarie ai bambini;
- fornire immunizzazione contro le principali malattie infettive;
- adottare misure per prevenire, curare e controllare epidemie e malattie endemiche;
- fornire educazione e accesso alle informazioni sui problemi sanitari importanti.⁹³⁰

a) Non-discriminazione in ambito sanitario e parità di trattamento dei migranti

Come per tutti i diritti economici, sociali e culturali, gli Stati devono rispettare il principio di non discriminazione e il divieto di adottare misure retroattive che interessino il diritto alla salute.⁹³¹ Il dovere di non discriminazione, per quanto riguarda il diritto alla salute, comprende la discriminazione nei confronti dei migranti e dei richiedenti

929. *Ibid.*, par. 43. La definizione di assistenza sanitaria di base è contenuta anche nella *Dichiarazione di Alma-Ata*, adottata il 6-12 settembre 1978 alla Conferenza Internazionale sull'assistenza sanitaria di base.

930. Preso letteralmente (e tradotto) da, *ibid.*, parr. 43-44.

931. *Ibid.*, par. 30.

asilo, indipendentemente dal loro *status*,⁹³² così come risulta confermato dal Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale e dal Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali. Il primo ha affermato che gli Stati hanno l'obbligo di "garantire il diritto degli stranieri a un adeguato livello di salute fisica e mentale, tra l'altro, evitando di negare o limitare l'accesso ai servizi sanitari preventivi, curativi e palliativi".⁹³³ Il secondo ha stabilito che "tutte le persone, indipendentemente dalla loro nazionalità, residenza o *status* di immigrazione, hanno diritto all'assistenza sanitaria primaria e di emergenza".⁹³⁴ Le raccomandazioni sopra citate si riferiscono ai servizi essenziali, mentre quando un sistema nazionale fornisce un ambito esteso di tutela sanitaria, superiore a tali servizi, l'eventuale esclusione dei richiedenti asilo, o di lavoratori migranti regolarmente o irregolarmente presenti sul territorio nazionale e dei loro familiari, violerebbe alcune disposizioni convenzionali: art. 12 in combinato disposto con l'art. 2 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*; art. 5 della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*; e l'art. 24 della *Convenzione sui diritti del fanciullo* nei casi che coinvolgono i bambini.⁹³⁵

Il Comitato sui Diritti del Fanciullo ha sottolineato che, "nell'attuazione del diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione ai sensi dell'art. 24 della Convenzione, gli Stati sono obbligati ad assicurare ai bambini non accompagnati o separati lo stesso accesso alle cure sanitarie previsto per i minori che sono [...] cittadini".⁹³⁶ Inoltre, ai sensi dell'art.

932. Si veda, *ibid.*, par. 34. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sulla Serbia e Montenegro*, CDESC, UN Doc. E/C.12/1/Add.108, 13 maggio 2005, par. 60; *Osservazioni Conclusive sull'Italia*, CDESC, Rapporto del Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni, UN Doc. E/2001/22 (2001), pag. 34, par. 123 e 138; *Osservazioni Conclusive sul Belgio*, CDESC, UN Doc. E/C.12/BEL/CO/3, 3 dicembre 2007, par. 21 e 35; *Osservazioni Conclusive sulla Francia*, CDESC, UN Doc. E/C.12/FRA/CO/3, 16 maggio 2008, par. 26 e 46. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sul Kirghizistan*, CDF, Rapporto del Comitato sui Diritti del Fanciullo sulla sua 24^a Sessione, UN Doc. CRC/C/97 (2000), pag. 51, par. 311; *Osservazioni Conclusive sulla Slovenia*, CDF, UN Doc. CRC/C/15/Add.230, 26 febbraio 2004, par. 54-55; *Osservazioni Conclusive sull'Oman*, CDF, UN Doc. CRC/C/OMN/CO/2, 29 settembre 2006, par. 46; *Osservazioni Conclusive sui Paesi Bassi*, CDF, UN Doc. CRC/C/NLD/CO/3, 30 gennaio 2009, par. 51-52; *Osservazioni Conclusive sulla Svezia*, CDF, 2009, *op. cit.*, nota n. 208, par. 60-61. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sul Bhutan*, CEDCD, *op. cit.*, nota n. 459, par. 29-30; *Osservazioni Conclusive sull'Ecuador*, CLM, *op. cit.*, nota n. 472, par. 39-40; CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 26*, *op. cit.*, nota n. 8, par. 26(i) e (l); CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 24*, *op. cit.*, nota n. 29. Infatti, il CEDCD ha anche raccomandato che "un'attenzione speciale dovrebbe essere prestata ai bisogni ed ai diritti alla salute delle donne che appartengono a gruppi vulnerabili o svantaggiati, come le donne migranti, rifugiate o profughe [...]" (traduzione ufficiosa), CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 24*, *op. cit.*, nota n. 29, par. 6.

933. CEDR, *Raccomandazione Generale n. 30*, *op. cit.*, nota n. 18, par. 36 (basata sull'art 5(e)(iv) CIEDR) (traduzione ufficiosa), e CDESC, *Commentario Generale n. 14*, *op. cit.*, nota n. 37, par. 34, che include specificamente i richiedenti asilo e gli immigrati irregolari.

934. CDESC, *Commentario Generale n. 19*, *op. cit.*, nota n. 872, par. 37 (traduzione ufficiosa).

935. Si vedano, *Osservazioni Conclusive sull'Italia*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 932, par. 123 e 138; *Osservazioni Conclusive sul Belgio*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 932, par. 21 e 35; *Osservazioni Conclusive sulla Francia*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 932, par. 26 e 46. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sulla Slovenia*, CDF, *op. cit.*, nota n. 932, par. 54-55; *Osservazioni Conclusive sui Paesi Bassi*, CDF, *op. cit.*, nota n. 932, par. 51-52; *Osservazioni Conclusive sulla Svezia*, CDF, 2009, *op. cit.*, nota n. 208, par. 60-61; *Osservazioni Conclusive sulla Norvegia*, CEDR, UN Doc. CERD/C/NOR/CO/18, 19 ottobre 2006, par. 21.

936. CDF, *Commentario Generale n. 6*, *op. cit.*, nota n. 136, par. 46 (traduzione ufficiosa).

39 della Convenzione, gli Stati hanno l'obbligo di "fornire servizi di riabilitazione per i bambini che sono stati vittime di ogni forma di abuso, negligenza, sfruttamento, tortura, di ogni forma di trattamenti crudeli, inumani, e degradanti, o di un conflitto armato. Al fine di facilitare la guarigione e il reinserimento sociale dovrebbero essere prestate consulenze psicosociali e sviluppate cure adeguate per la salute mentale di tali soggetti, tenendo conto della loro cultura e sensibilità di genere."⁹³⁷ Il Comitato esecutivo ACNUR ha evidenziato che la protezione minima fondamentale richiesta per i minori rifugiati o richiedenti asilo è superiore a quella prevista per gli adulti. Con riguardo al diritto alla salute, i minori hanno immediatamente diritto al più alto livello conseguibile di salute⁹³⁸ e gli Stati hanno l'obbligo di fornire "assistenza medica o specialistica, comprendendo la riabilitazione, per aiutare il reinserimento sociale dei bambini o adolescenti rifugiati, in particolare gli orfani o i minori non accompagnati".⁹³⁹ Il Comitato sui Diritti Umani ha suggerito che certe usanze pericolose per la salute delle persone, soprattutto donne, possono costituire una violazione del diritto alla vita.⁹⁴⁰

La *Convenzione OIL n. 97* stabilisce dei doveri in capo agli Stati Parte relativi al diritto alla salute dei migranti, riguardanti la visite mediche, la cura e l'igiene prima del viaggio di migrazione, durante il viaggio e all'arrivo.⁹⁴¹

b) La tutela del diritto alla salute attraverso l'esercizio dei diritti civili e politici

Benché la CEDU non riconosca espressamente il diritto alla salute, la Corte Europea dei Diritti Umani ha rilevato che il diritto al rispetto per la vita privata e familiare (art. 8 CEDU) "è rilevante nei casi riguardanti finanziamenti pubblici finalizzati a facilitare la mobilità e la qualità di vita dei portatori di handicap e [potrebbe essere] applicato ai [...] reclami relativi all'allocazione delle risorse economiche insufficienti per i servizi [sanitari]."⁹⁴² Secondo la Corte, il diritto alla vita (art. 2 CEDU) può entrare in considerazione in quanto "non si può escludere che gli atti e le omissioni delle autorità nel campo della politica sanitaria possano in determinate circostanze attirare la responsabilità dello Stato ex art. 2 [e] un problema di violazione dell'art. 2 potrebbe sorgere quando viene dimostrato che le autorità di uno Stato Contraente abbiano messo a repentaglio la vita di un individuo negandogli le cure mediche messe a

937. *Ibid.*, par. 48 (traduzione ufficiale).

938. *Conclusion n. 84*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 213, par. (a)(iii).

939. *Ibid.* par. (b)(vi) (traduzione ufficiale).

940. Si veda, CDU, *Commentario Generale n. 28*, *op. cit.*, nota n. 22, par. 10.

941. Art. 5, *Convenzione sulla migrazione economica (riveduta) (C97)*, OIL.

942. *Pentiacova e al. c. Moldavia*, C.edu, Ricorso n. 14462/03, Decisione sull'ammissibilità, 4 gennaio 2005 (traduzione ufficiale); *Sentges c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 27677/02, Decisione sull'ammissibilità, 8 luglio 2003; *Powell c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 45305/99, Decisione sull'ammissibilità, 4 maggio 2000.

disposizione alla popolazione in generale”.⁹⁴³ Inoltre, la Corte ha rilevato che il diritto alla vita (art. 2 CEDU) “impone agli Stati di predisporre un quadro regolamentare per l’attività delle strutture ospedaliere, sia pubbliche sia private, che imponga agli ospedali di adottare tutte le misure adeguate ad assicurare la protezione della vita dei pazienti.”⁹⁴⁴ Infine, la Corte Europea ha riconosciuto l’obbligo positivo per gli Stati, secondo il diritto a una vita familiare (art. 8 CEDU) e il diritto alla vita (art. 2 CEDU), di garantire che il diritto a un ambiente salubre venga rispettato sia dalle autorità pubbliche sia da enti privati e da singoli individui.⁹⁴⁵

La Corte Inter-Americana ha dichiarato che “gli Stati sono responsabili per la regolamentazione e la supervisione della prestazione di servizi sanitari, affinché il diritto alla vita e a un trattamento umano possano essere efficacemente protetti. Tutto ciò richiede la creazione di un sistema giuridico che rispetti e garantisca in maniera efficace l’esercizio di tali diritti, e supervisioni in modo permanente ed efficace la prestazione di servizi da cui dipendono la vita e un trattamento umano.”⁹⁴⁶ Quindi, la Corte ha affermato l’obbligo degli Stati di garantire uno standard minimo del diritto alla salute e di supervisionare la sua attuazione da parte di enti pubblici e privati alla luce del diritto alla vita e ad un trattamento umano (artt. 4 e 5 della *Convezione americana sui diritti umani*).⁹⁴⁷

La Commissione Africana ha affermato che “rifiutare alla popolazione il cibo e le cure mediche [...] costituisce una violazione dell’art. 4 [diritto alla vita]”,⁹⁴⁸ così come del diritto alla salute (art. 16 della *Carta africana sui diritti umani e dei popoli*). Inoltre, la Commissione ha stabilito che il diritto alla salute include il dovere di proteggere i cittadini dalle conseguenze negative dell’inquinamento, causato da attività pubbliche o private, oltre ai doveri degli Stati di tutela nell’ambito del diritto a un ambiente salubre (art. 24 Carta Africana).⁹⁴⁹ Infine, la Commissione ha anche rilevato che “il fallimento del governo di fornire servizi di base come l’acqua potabile, l’elettricità e la scarsità di medicinali”⁹⁵⁰ costituisce una violazione del diritto di godere del migliore stato di salute fisica e mentale.

943. *Ibid.* (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Powell c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 942. *Cipro c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 395, par. 219; *Nitecki c. Polonia*, C.edu, Ricorso n. 65653/01, Decisione sull’ammissibilità, 21 marzo 2002.

944. *Calvelli e Ciglio c. Italia*, C.edu, GC, Ricorso n. 32967/96, Sentenza del 17 gennaio 2002, par. 49 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, *Erikson c. Italia*, C.edu, Ricorso n. 37900/97, Decisione sull’ammissibilità, 26 ottobre 1999; *Nitecki c. Polonia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 943.

945. Si veda, *López Ostra c. Spagna*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 860, parr. 51-58 (art. 8 CEDU) (traduzione ufficiosa); *Oneryildiz c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 861, parr. 71, 90, 94-96 (art. 2 CEDU); *Guerra e al. c. Italia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 860, parr. 56-60.

946. *Albán-Cornejo et al. c. Ecuador*, C.IADU, Serie C n. 171, Sentenza del 22 novembre 2007, par. 121 (traduzione ufficiosa).

947. Si veda, *ibid.*, parr. 117-122.

948. *Malawi African Association e al. c. Mauritania*, CommADUP, *op. cit.*, nota n. 923, parr. 120 e 122.

949. *SERAC and CESR c. Nigeria*, CommADUP, *op. cit.*, nota n. 29, parr. 52-53.

950. *Free Legal Assistance Group e al. c. Zaire*, CommADUP, *op. cit.*, nota n. 822, par. 47 (traduzione ufficiosa).

3. Sicurezza Sociale

Il diritto alla sicurezza sociale è riconosciuto da diversi strumenti e trattati internazionali sui diritti umani.⁹⁵¹ Secondo il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, il diritto alla sicurezza sociale include “il diritto di ricevere e mantenere dei sussidi, in contanti o in natura, senza subire discriminazioni al fine di garantire la tutela da, *inter alia*: (a) mancanza di reddito da lavoro a causa di malattia, invalidità, maternità, infortuni sul lavoro, disoccupazione, vecchiaia, o morte di un membro della famiglia; (b) accesso insostenibile alle cure sanitarie; (c) sostegno familiare insufficiente, in particolare per bambini e adulti dipendenti.”⁹⁵²

Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha anche definito il contenuto minimo essenziale del diritto alla sicurezza sociale, includendo:

- a) La garanzia di accesso al regime di sicurezza sociale che preveda un livello minimo essenziale di sussidi che consentano di acquisire le cure di base per la salute, un alloggio od un riparo essenziale, acqua e servizi igienico-sanitari, prodotti alimentari, e le forme più elementari di educazione;
- b) La garanzia di accesso al sistema di sicurezza sociale su base non discriminatoria, con particolare riferimento a gruppi o singoli individui svantaggiati ed emarginati;
- c) Il rispetto degli attuali sistemi di sicurezza sociale, proteggendoli da interferenze irragionevoli.⁹⁵³

a) Discriminazione in materia di sicurezza sociale e parità di trattamento dei migranti

Il dovere di dare immediata attuazione agli obblighi di non discriminazione si applica anche in materia di sicurezza sociale.⁹⁵⁴ Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e

951. Art. 9 PIDESC; art. 5(e)(iv) CIEDR; sezione III(f), *Dichiarazione sui fini e gli obiettivi dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro* (Dichiarazione di Filadelfia), adottata il 10 maggio 1944; artt. 22 e 25.1 DUDU; artt. 11.1(e) e 14.2(c) CEDCD; art. 26 CDF; art. XVI DADDU; art. 9, *Protocollo di San Salvador*; artt. 12, 13 e 14 CSE(r).

952. CDESC, *Commentario Generale n. 19, op. cit.*, nota n. 872, par. 2 (traduzione ufficiosa).

953. *Ibid.*, par. 59.

954. *Ibid.*, parr. 29-30, 40. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sull'Azerbaigian*, CDESC, UN Doc. E/C.12/1/Add.104, 14 dicembre 2004, par. 48; *Osservazioni Conclusive sulla Cina*, CDESC, UN Doc. E/C.12/1/Add.107, 13 maggio 2005, parr. 96, 114 e 124; *Osservazioni Conclusive sull'Austria*, CDESC, UN Doc. E/C.12/AUT/CO/3, 25 gennaio 2006, parr. 15 e 29 (sull'uguale ammontare dei benefici sociali); *Osservazioni Conclusive sul Costa Rica*, CDESC, UN Doc. E/C.12/CRI/CO/4, 4 dicembre 2007, par. 21; *Osservazioni Conclusive su Cipro*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 719, par. 18; *Osservazioni Conclusive sull'Australia*, CDESC, UN Doc. E/C.12/AUS/CO/4, 12 giugno 2009, par. 20. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sul Canada*, CEDR, UN Doc. CERD/C/CAN/CO/18, 25 maggio 2007, par. 23 (che include migranti senza documenti e richiedenti asilo non riconosciuti che non possono essere espulsi); *Osservazioni Conclusive sulla Svizzera*, CEDR, UN Doc. CERD/C/CHE/CO/6, 23 settembre 2008, par. 17. Si veda, *Osservazioni Conclusive sul Costa Rica*, CEDCD, Rapporto del Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne all'Assemblea Generale, 58ª Sessione, UN Doc. A/58/38 (2003), pag. 86, par. 63 (su lavoratrici migranti e lavoratrici domestiche).

Culturali ha raccomandato agli Stati di prestare particolare attenzione ai bisogni di sicurezza sociale dei rifugiati, richiedenti asilo, e stranieri,⁹⁵⁵ ed ha inequivocabilmente affermato che “l’art. 2, comma 2, vieta ogni discriminazione basata sulla nazionalità”.⁹⁵⁶ Con maggior precisione,

*“gli stranieri, comprendendo i lavoratori migranti, che hanno contribuito al regime sociale, dovrebbero poter beneficiare di tale contribuzione o recuperare le somme versate se lasciano il Paese. I diritti del lavoratore migrante non dovrebbero essere condizionati dal cambiamento del posto di lavoro. Gli stranieri dovrebbero essere in grado di accedere ai regimi non contributivi di sostegno al reddito, accesso alle cure sanitarie e alle misure di sostegno alla famiglia. Qualsiasi tipo di restrizione, compreso un periodo di qualificazione, deve essere proporzionata e ragionevole. [...] Rifugiati, apolidi e richiedenti asilo, e altri individui o gruppi svantaggiati ed emarginati dovrebbero godere della parità di trattamento in materia di accesso ai regimi di sicurezza sociale non contributivi, anche ad adeguate cure sanitarie e misure di sostegno alla famiglia, in linea con gli standard internazionali.”*⁹⁵⁷

Il Comitato sull’Eliminazione della Discriminazione Razziale ha stabilito che compiere distinzioni di trattamento tra cittadini e stranieri non costituisce necessariamente una discriminazione vietata dalla relativa Convenzione. Il Comitato ha ritenuto sufficiente che l’accesso ai sussidi sociali non discrimini tra stranieri di differenti nazionalità, trattandoli tutti su un piano di parità, consentendo loro le stesse possibilità di richiedere una residenza permanente, con la quale avrebbero diritto alle stesse prestazioni.⁹⁵⁸

La *Convenzione OIL n. 97* e la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* prevedono l’obbligo del Paese ospitante di applicare ai rifugiati, richiedenti asilo, e lavoratori migranti, un trattamento non meno favorevole rispetto a quello applicato ai propri cittadini, senza discriminazioni basate sulla nazionalità, la razza, la religione o il sesso, in materia di “sicurezza sociale (cioè le disposizioni giuridiche in materia di infortuni sul lavoro, maternità, malattia, invalidità, vecchiaia, morte, disoccupazione e responsabilità familiari, e qualsiasi altra contingenza che, secondo la legge o i regolamenti nazionali è ricompreso nel regime previdenziale)”.⁹⁵⁹ Questo prin-

migranti nel settore formale ed informale); *Osservazioni conclusive sulla Lituania*, CDF, UN Doc. CRC/C/LTU/CO/2, 17 marzo 2006, par. 62-63 (accesso all’assistenza sociale per i bambini indipendentemente dal loro status migratorio).

955. Si veda, *ibid.*, par. 31.

956. *Ibid.*, par. 36 (traduzione ufficiale).

957. *Ibid.*, par. 36-38. Vedi anche, art. 9, *Convenzione sui lavoratori migranti (norme addizionali)* (C143), OIL.

958. D.R. c. *Australia*, CEDR, Comunicazione n. 42/2008, Decisione del 15 settembre 2009, par. 7.1 (sul diritto all’istruzione vedi, par. 7.2.); e D.F. c. *Australia*, CEDR, Comunicazione n. 39/2006, Decisione del 3 marzo 2008, par. 7.1-7.2.

959. Art. 6.1, *Convenzione sulla migrazione economica (riveduta)* (C97), OIL (traduzione ufficiale); e art. 24, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati*. Questi articoli prevedono anche limitazioni specifiche a tali diritti.

cipio viene riaffermato dalla *Convenzione OIL sulla parità di trattamento (sicurezza sociale)* (n. 118).⁹⁶⁰

Con riferimento ai rifugiati e richiedenti asilo, la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* impone agli Stati di concedere, “in materia di assistenza pubblica [...], ai rifugiati residenti regolarmente sul loro territorio lo stesso trattamento che ai loro cittadini”,⁹⁶¹ e, in materia di godimento di sussidi sociali, “[g]li Stati contraenti concederanno ai rifugiati residenti regolarmente sul loro territorio lo stesso trattamento che ai cittadini per quanto riguarda [...] le assicurazioni sociali (le disposizioni di legge relative a infortuni sul lavoro, malattie professionali, maternità, malattia, vecchiaia, invalidità, morte, disoccupazione, carichi di famiglia e così pure ogni altro rischio che, conformemente alla legislazione nazionale, è coperto da una forma di assicurazione sociale)”.⁹⁶² Tuttavia, la Convenzione prevede delle restrizioni a questo diritto, riconoscendo che vi possano essere “appositi accordi per la salvaguardia dei diritti acquisiti e in corso di acquisizione”,⁹⁶³ e che soluzioni specifiche possono essere previste da “particolari disposizioni della legge nazionale del Paese di residenza, relative alle prestazioni o frazioni di prestazioni pagabili interamente da fondi pubblici come pure ai contributi versati a coloro che non hanno raggiunto la quota richiesta per ottenere una normale pensione.”⁹⁶⁴

Ciononostante, il regime accordato dalla Convenzione è abbastanza favorevole al rifugiato o richiedente asilo legalmente presente sul territorio, e vengono riconosciuti “[i] diritti a prestazioni dovute alla morte di un rifugiato, conseguente ad un infortunio sul lavoro o a una malattia professionale, [che] non saranno pregiudicati dal fatto che l’avente diritto risiede al di fuori del territorio dello Stato contraente.”⁹⁶⁵ Inoltre, la Convenzione obbliga gli Stati a estendere “ai rifugiati il beneficio degli accordi conclusi tra loro e che concluderanno, relativi alla salvaguardia dei diritti

Il Comitato di Esperti ha ritenuto che tali limitazioni non possano implicare o condurre ad un'esclusione automatica di una categoria di lavoratori migranti dai benefici. Si veda, *Rappresentazione (art. 24) - 2003 - Cina, Hong Kong SAR - C097 - Rapporto del Comitato costituito per esaminare la rappresentazione sulla non osservanza da parte della Cina - Hong Kong SAR della Convenzione sulla migrazione economica (riveduta), 1949 (n. 97) fatta ai sensi dell'art. 24 della Costituzione OIL dalla Trade Union Congress of the Philippines (TUCP), Documento n. (ilolex): 162003CHN097 (TUCP c. Cina, OIL), par. 41.*

960. Si veda, *Convenzione sull'uguaglianza di trattamento (sicurezza sociale) (C118)*, OIL, adottata il 28 giugno 1962. Non è una convenzione ampiamente ratificata, ma alcuni degli Stati più sviluppati ne sono parte. Si veda per l'interpretazione del Comitato di Esperti, *Rappresentazione (art. 24) - 2003 - Paesi Bassi - C118 - Rapporto del Comitato costituito per esaminare la rappresentazione fatta dalla Confederation of Turkish Trade Unions (TURK-IS) ai sensi dell'art. 24 della Costituzione OIL sulla non osservanza dei Paesi Bassi della Convenzione sull'uguaglianza di trattamento (sicurezza sociale), 1962 (n. 118), Documento n. (ilolex): 162003NLD118*, Ginevra, 9 novembre 2006 (*TURK-IS c. Paesi Bassi*, OIL).

961. Art. 23, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (traduzione presente sul sito del Ministero dell'Interno: http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/13/convenzione_Ginevra_rifugiato.pdf).

962. Art. 24(1), *ibid.* (traduzione Ministero dell'Interno).

963. Art. 24(1)(b)(i), *ibid.* (traduzione Ministero dell'Interno).

964. Art. 24(1)(b)(ii), *ibid.* (traduzione Ministero dell'Interno).

965. Art. 24(2), *ibid.* (traduzione Ministero dell'Interno).

acquisiti e dei diritti in via di acquisizione, in materia di assicurazioni sociali, a condizione soltanto che i rifugiati siano in possesso dei requisiti previsti per i cittadini dei Paesi firmatari degli accordi in questione.”⁹⁶⁶

b) La tutela dei diritti alla sicurezza sociale attraverso l'esercizio dei diritti civili e politici

Il diritto alla sicurezza sociale non è solo un diritto economico, sociale e culturale, ma viene anche applicato nell'ambito di alcuni diritti civili e politici, e principalmente del diritto di proprietà.

La Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito che il diritto ai sussidi, come l'assistenza d'urgenza, è un diritto patrimoniale protetto dall'art. 1 del Protocollo 1 CEDU, sul diritto di proprietà, “senza che sia necessario fare affidamento esclusivamente sul legame tra il diritto agli aiuti d'urgenza e l'obbligo di pagare “tasse o altri contributi””.⁹⁶⁷ Nella sentenza *Gaygusuz c. Austria*, la Corte ha rilevato che il mancato riconoscimento da parte delle autorità austriache del diritto del ricorrente di ricevere assistenza d'emergenza, fondato sulla sua nazionalità straniera, fosse irragionevole e in contrasto col principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU.⁹⁶⁸ Anche nel caso *Koua Poirrez c. Francia*, la Corte ha riscontrato la stessa violazione del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità applicata ad un sistema sociale non basato sulla contribuzione.⁹⁶⁹ Comunque, va rilevato che entrambi i casi riguardavano lavoratori migranti legalmente residenti, per cui non è chiaro se la Corte Europea avrebbe applicato lo stesso ragionamento ai migranti irregolari.

La Corte Europea ha ritenuto che il diritto al rispetto per la vita familiare (art. 8 CEDU) ricomprenda i sussidi di maternità⁹⁷⁰ e familiari.⁹⁷¹ Nel caso *Okpisz c. Germania*, la Corte ha ritenuto che la concessione di assegni familiari agli stranieri in possesso di un permesso di soggiorno stabile, e non ad altri stranieri, costituisse una discriminazione arbitraria ai sensi dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 CEDU.⁹⁷²

La Corte ha anche riconosciuto, come protetto dal diritto alla proprietà, il diritto di essere beneficiario di sistema di previdenza assicurativa per la vecchiaia, non riconoscendolo, tuttavia, come un titolo valido che autorizzi la persona a ricevere

966. Art. 24(3), *ibid.* (traduzione Ministero dell'Interno).

967. *Gaygusuz c. Austria*, C.edu, Ricorso n. 17371/90, Sentenza del 16 settembre 1996, par. 41 (traduzione ufficiosa).

968. Si veda, *ibid.*, parr. 41, 46-52

969. Si veda, *Poirrez c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 40892/98, Sentenza del 30 settembre 2003, parr. 37-50.

970. *Weller c. Ungheria*, C.edu, Ricorso n. 44399/05, Sentenza del 31 marzo 2009.

971. *Okpisz c. Germania*, C.edu, Ricorso n. 59140/00, Sentenza del 25 ottobre 2005.

972. *Ibid.*, par. 34.

un determinato importo di pensione di anzianità.⁹⁷³ La tutela del diritto di proprietà viene attivata quando una persona ha versato dei contributi al regime pensionistico, e non prevede un diritto astratto ad avere la pensione.⁹⁷⁴ Infine, la Corte ha riconosciuto che non costituisce una privazione arbitraria della proprietà, rientrando fra le limitazioni permesse dal secondo comma dell'art. 1 del Protocollo 1 CEDU, "la sospensione del pagamento di una pensione [...] il cui [beneficiario] non sia né cittadino né residente all'interno dello [Stato]".⁹⁷⁵

La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani ha stabilito la propria competenza a giudicare sulla realizzazione progressiva da parte di uno Stato Parte del diritto alla sicurezza sociale, ai sensi dell'art. 29 della *Convenzione americana sui diritti umani*.⁹⁷⁶ Inoltre, la Corte ha riconosciuto la violazione da parte dello Stato dei diritti umani di un lavoratore migrante, regolare o irregolare, "quando viene negato il diritto alla pensione del lavoratore migrante che ha versato i contributi necessari e soddisfatto tutte le condizioni legalmente richieste ai lavoratori, oppure quando un lavoratore ricorre alla corrispondente autorità giudiziaria per rivendicare i suoi diritti e questo organo non gli fornisce la dovuta tutela giudiziaria o le opportune garanzie."⁹⁷⁷ La Corte e la Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani hanno concordemente ritenuto che "gli effetti attinenti alla proprietà di un regime pensionistico, al quale le persone hanno versato contributi o soddisfatto i requisiti legali, devono essere intesi come rientranti nel campo di applicazione del diritto alla proprietà sancito dall'art. 21 della Convenzione Americana."⁹⁷⁸ L'impostazione della Corte Europea dei Diritti Umani è simile a quella della Commissione Inter-Americana nel senso di consentire restrizioni ai diritti di proprietà quando siano conformi alla legge, corrispondano ad un obiettivo legittimo di interesse sociale o siano finalizzate a preservare il benessere generale in una società democratica, nonché rispettino il principio di proporzionalità.⁹⁷⁹

973. *Müller c. Austria*, Comm.edu, Plenaria, Ricorso n. 5849/72, Decisione sull'ammissibilità, 16 dicembre 1974; *X c. Paesi Bassi*, Comm.edu, Plenaria, Ricorso n. 4130/69, Decisione sull'ammissibilità, 20 luglio 1971; *National Federation of Self-Employed c. Regno Unito*, Comm.edu, Plenaria, Ricorso n. 7995/77, Decisione sull'ammissibilità, 11 luglio 1978, par. 2; *T. c. Svezia*, Comm.edu, Plenaria, Ricorso n. 10671/83, Decisione sull'ammissibilità, 4 marzo 1985; *Stigson c. Svezia*, Comm.edu, Ricorso n. 12264/86, Decisione sull'ammissibilità, 13 luglio 1988; *Szrabjet e Clark c. Regno Unito*, Comm.edu, Ricorsi n. 27004/95 e 27011/95, 23 ottobre 1997.

974. Si veda, nota n. 973.

975. *X c. Repubblica Federale Tedesca*, Comm.edu, Plenaria, Ricorso n. 6572/74, 4 marzo 1976 (traduzione ufficiosa).

976. "Cinque pensionati" c. Perù, C.IADU, Serie C n. 98, Sentenza del 28 febbraio 2003, par. 147.

977. *Opinione Consultiva su migranti senza documenti*, C.IADU, op. cit., nota n. 33, par. 154 (traduzione ufficiosa).

978. *Associazione nazionale di ex impiegati c. Perù*, Comm.IADU, op. cit., nota n. 822, par. 103 (traduzione ufficiosa); "Cinque pensionati" c. Perù, C.IADU, op. cit., nota n. 976, parr. 102-104.

979. Si veda, *ibid.*, par. 112.

4. Istruzione

Il diritto all'istruzione⁹⁸⁰ è ampiamente tutelato sia come diritto economico, sociale e culturale, sia nell'ambito dei diritti civili e politici.⁹⁸¹

Chiaramente stabilito è l'obbligo degli Stati di fornire l'istruzione primaria a titolo gratuito ed obbligatorio.⁹⁸² Questo è un obbligo dello Stato a effetto immediato, così come gli obblighi di "rispettare la libertà dei genitori e, ove del caso, dei tutori legali, di scegliere per i figli scuole diverse da quelle istituite dalle autorità pubbliche, purché conformi ai requisiti fondamentali che possono essere prescritti o approvati dallo Stato in materia di istruzione, e di curare l'educazione religiosa e morale dei figli in conformità alle proprie convinzioni",⁹⁸³ e la "libertà degli individui e degli enti di fondare e dirigere istituti di istruzione".⁹⁸⁴

Mentre sono considerati obblighi progressivi dello Stato la libera istruzione secondaria e l'accesso all'istruzione superiore, lo Stato deve immediatamente rispettare il principio di non discriminazione e il divieto di adottare misure regressive in questi ambiti.⁹⁸⁵ Infatti, come il Comitato sui Diritti del Fanciullo ha sottolineato, "la discriminazione basata su uno qualsiasi dei motivi previsti dall'art. 2 della Convenzione, che sia palese o nascosta, offende la dignità umana del fanciullo ed è in grado di minare o perfino di distruggere la capacità del bambino di beneficiare di opportunità educative."⁹⁸⁶ I Comitati internazionali (il CDF, il CDESC, il CEDR ed il CLM) hanno stabilito che il principio di non discriminazione si applica anche ai rifugiati, richiedenti asilo, migranti regolari e "irregolari".⁹⁸⁷

980. Art. 13 PIDESC; art. 5(e)(v) CIEDR; art. 10 CEDCD; artt. 28 e 29 CDF; artt. 12.4, 30, 43.1(a), 45.1(a) e 45.4, CIDLM; art. 24 CDPD; art. XII DADDU; art. 13, *Protocollo di San Salvador*; art. 17 CADUP; art. 2 P1 CEDU; art. 17.2 CSE(r); art. 12, *Protocollo alla CADUP sui diritti delle donne in Africa*; art. 11 CADBB.

981. *Commentario Generale n. 11, Piani di azione per l'istruzione elementare*, CDESC, UN Doc. E/C.12/1999/4, 10 maggio 1999, par. 2.

982. Art. 13.2(a) PIDESC. Si veda, CDESC, *Commentario Generale n. 13, op. cit.*, nota n. 720, par. 6(b). Vedi anche, art. XII DADDU; art. 13.3(a), *Protocollo di San Salvador*; art. 11.3(a) CADBB; art. 17.2 CSE(r) (istruzione primaria e secondaria gratuite).

983. Art. 13.3 PIDESC (traduzione UNICRI); art. 13.4, *Protocollo di San Salvador*; art. 2 P1 CEDU.

984. Art. 13.4 PIDESC (traduzione UNICRI); art. 13.5, *Protocollo di San Salvador*.

985. Si veda, art. 13.2(b) e (c) PIDESC; CDESC, *Commentario Generale n. 13, op. cit.*, nota n. 720, par. 43. Vedi anche, art. 13.3(b) e (c), *Protocollo di San Salvador*.

986. *Commentario Generale n. 1, Obiettivi dell'istruzione*, CDF, UN Doc. CRC/GC/2001/1, 17 aprile 2001, par. 10.

987. Si veda, CDF, *Commentario Generale n. 6, op. cit.*, nota n. 136, parr. 12 e 18. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sulla Repubblica Ceca*, CDF, Rapporto del Comitato sui Diritti del fanciullo sulla sua 32^a Sessione, UN Doc. CRC/C/124, 23 giugno 2003, pag. 178, par. 376(a); *Osservazioni Conclusive sul Kazakistan*, CDF, Rapporto del Comitato sui Diritti del Fanciullo sulla sua 33^a Sessione, UN Doc. CRC/C/132, 23 ottobre 2003, pag. 129, par. 643(a); *Osservazioni Conclusive sul Lussemburgo*, CDF, UN Doc. CRC/C/15/Add.250, 31 marzo 2005, parr. 50-51; *Osservazioni Conclusive sull'Uzbekistan*, CDF, UN Doc. CRC/C/UZB/CO/2, 2 giugno 2006, parr. 57-58; *Osservazioni Conclusive sulla Giordania*, CDF, UN Doc. CRC/C/JOR/CO/3, 29 settembre 2006, parr. 81-82; *Osservazioni Conclusive sul Qatar*, CDF, UN Doc. CRC/C/QAT/CO/2, 14 ottobre 2009, parr. 60-61. *Osservazioni Conclusive sul Regno Unito*, CDESC, Rapporto del Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali al Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, UN Doc. E/1995/22 (1995), pag. 52, par. 291; *Osservazioni Conclusive sul Canada*, CDESC, Rapporto del Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali al Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, UN Doc. E/1999/22 (1999), pag. 63, par. 414.

Nell'ambito della *Convenzione UNESCO contro la discriminazione nell'istruzione* (art.3), gli Stati Parte si obbligano con effetto immediato a “concedere ai cittadini stranieri residenti nel loro territorio lo stesso accesso all'istruzione fornito ai propri cittadini.”⁹⁸⁸

Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha chiarito che “l'educazione deve essere accessibile a tutti, specialmente ai gruppi più vulnerabili, in fatto e in diritto, senza discriminazioni”.⁹⁸⁹ In particolare, “il principio di non-discriminazione si estende a tutte le persone in età scolastica residenti nel territorio dello Stato Parte, compresi gli stranieri indipendentemente dalla loro condizione legale.”⁹⁹⁰ Il Comitato ha espressamente dichiarato che costituisce violazione dell'art. 13 del *Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali* “l'introduzione o la mancata abrogazione della legislazione discriminatoria nei confronti di individui o gruppi, per uno dei motivi vietati, nel campo dell'istruzione [e] il fallimento della mancata adozione di provvedimenti rivolti a fronteggiare la discriminazione *de facto* nell'istruzione”.⁹⁹¹

Dall'art. 5(e)(v) della *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* emergono obblighi di non discriminazione e di realizzare politiche volte a eliminare la discriminazione. Sebbene l'art. 5 si riferisca espressamente alla discriminazione per motivi di origine nazionale, ma non di nazionalità, il Comitato ha chiarito che, ai sensi dell'art. 5, gli Stati hanno l'obbligo di “assicurare che gli istituti pubblici di istruzione siano aperti agli stranieri e ai figli di migranti irregolari che risiedono nel territorio di uno Stato Parte; [e] di evitare nella scuola elementare, secondaria e nell'accesso all'istruzione superiore, un'istruzione scolastica separata e diversi standard di trattamento applicati agli stranieri basati sulla razza, colore, discendenza, e origine nazionale e etnica”.⁹⁹²

(uguaglianza nei programmi di finanziamento dell'istruzione); *Osservazioni Conclusive sulla Cina*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 954, par. 66, 89, 101, 116, 126; *Osservazioni Conclusive sulla Norvegia*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 902, par. 22 e 43; *Osservazioni Conclusive sulla Macedonia*, CDESC, UN Doc. E/C.12/MKD/CO/1, 24 novembre 2006, par. 48 (nessuna scuola separata); *Osservazioni Conclusive su Cipro*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 719, par. 25 (obbligo di comunicare i contatti dei genitori di bambini stranieri che si iscrivono alla scuola costituisce una discriminazione diretta e indiretta nel diritto all'istruzione); *Osservazioni Conclusive sul Canada*, CEDR, Rapporto del Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale all'Assemblea Generale, 57^a Sessione, UN Doc. A/57/18 (2002), pag. 56, par. 337; *Osservazioni Conclusive sulla Norvegia*, CEDR, *op. cit.*, nota n. 335, par. 22; *Osservazioni Conclusive sulla Nuova Zelanda*, CEDR, UN Doc. CERD/C/NZL/CO/17, 15 agosto 2007, par. 23; *Osservazioni Conclusive sulla Germania*, CEDR, UN Doc. CERD/C/DEU/CO/18, 21 agosto 2008, par. 22; *Osservazioni Conclusive sull'Egitto*, CLM, UN Doc. CMW/C/EGY/CO/1, 25 maggio 2007, par. 36-37; *Osservazioni Conclusive sull'Ecuador*, CLM, *op. cit.*, nota n. 472, par. 35-36 (discriminazione indiretta derivante da ostacoli frapposti alla registrazione dalla nascita).

988. Art. 3(e), *Convenzione UNESCO contro la discriminazione nell'istruzione*, adottata il 14 dicembre 1960. Vedi anche, *Dichiarazione mondiale sull'istruzione per tutti e quadro d'azione per soddisfare i bisogni essenziali didattici*, UNESCO, adottata il 5-9 marzo 1990, in particolare artt. I, II, e III.

989. CDESC, *Commentario Generale n. 13*, *op. cit.*, nota n. 720, par. 6(b) (traduzione ufficiosa).

990. *Ibid.*, par. 34 (traduzione ufficiosa).

991. *Ibid.*, par. 59 (traduzione ufficiosa).

992. CEDR, *Raccomandazione Generale n. 30*, *op. cit.*, nota n. 18, par. 30-31 (traduzione ufficiosa).

Per i richiedenti asilo e i rifugiati, la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* stabilisce che “gli Stati Contraenti accorderanno ai rifugiati, per quanto riguarda l’istruzione elementare, lo stesso trattamento che ai cittadini”.⁹⁹³ Inoltre, gli Stati “accorderanno ai rifugiati un trattamento più favorevole possibile e, in ogni modo, non meno favorevole di quello accordato agli stranieri in generale nelle stesse circostanze, riguardo ai gradi di istruzione diversi da quello elementare ed in particolare all’ammissione agli studi, alla convalida di certificati di studio, diplomi e titoli universitari conseguiti all’estero, all’esenzione dalle tasse ed alla concessione di borse di studio.”⁹⁹⁴

In riferimento ai minori separati e non accompagnati, il Comitato sui Diritti del Fanciullo ha chiarito che “gli Stati dovrebbero garantire che l’accesso all’istruzione sia mantenuto durante tutte le fasi del ciclo di spostamento. Ogni minore separato o non accompagnato, indipendentemente dallo *status*, deve avere pieno accesso all’istruzione nel Paese in cui è entrato, conformemente agli artt. 28, 29 (1) (c), 30 e 32 della *Convenzione [sui diritti del fanciullo]* e ai principi generali sviluppati dal Comitato. Tale accesso dovrebbe esser garantito senza forme di discriminazione, e, in particolare, le ragazze separate e non accompagnate devono avere pari accesso all’educazione formale e informale, compresa la formazione professionale a tutti i livelli. L’accesso a un’istruzione di qualità dovrebbe essere garantito ai bambini con bisogni speciali, in particolare ai bambini con disabilità.”⁹⁹⁵

La Corte Inter-Americana ha precisato che, “secondo il diritto del bambino a una speciale protezione, incorporato nell’art. 19 della Convenzione Americana, interpretata alla luce della *Convenzione sui diritti del fanciullo* e del *Protocollo addizionale della Convenzione americana sui diritti umani riguardante i diritti economici, sociali e culturali*, e in relazione all’obbligo di garantire uno sviluppo progressivo contenuto nell’art. 26 della Convenzione Americana, gli Stati devono fornire gratuitamente l’istruzione primaria a tutti i bambini in un ambiente adeguato e nelle condizioni necessarie per garantire il loro pieno sviluppo intellettuale.”⁹⁹⁶

La Corte Europea ritiene il diritto all’istruzione (art. 2 del Protocollo 1 CEDU) come uno dei “valori più fondamentali delle società democratiche che compongono il Consiglio d’Europa.”⁹⁹⁷ Il diritto all’istruzione non deve essere negato a nessuno né

993. Art. 22.1, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (traduzione Ministero dell’Interno). Il CE-ACNUR ha affermato che il diritto all’istruzione dei bambini rifugiati è un diritto fondamentale ed ha “chiamato gli Stati, individualmente e collettivamente, a intensificare gli sforzi [...] per assicurare che tutti i bambini rifugiati possano beneficiare dell’istruzione elementare di qualità soddisfacente, che rispetti la loro identità culturale e sia orientata verso una comprensione del Paese di asilo” (traduzione ufficiosa), *Conclusione n. 47 (XXXVIII) sui bambini rifugiati*, CE-ACNUR, 38ª sessione, 1987, par. (o). Vedi anche, *Conclusione n. 84*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 213, par. (b)(v).

994. Art. 22.2, *ibid.* (traduzione Ministero dell’Interno).

995. CDF, *Commentario Generale n. 6*, *op. cit.*, nota n. 136, par. 41 (traduzione ufficiosa). Vedi anche, parr. 42-43 per più dettagli sulle misure da intraprendere.

996. *Il Caso Yean e Bosico*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 280, par. 185.

997. *Timishev c. Russia*, C.edu, Ricorsi n. 55762/00 e 55974/00, Sentenza del 13 dicembre 2005, par. 64 (traduzione ufficiosa).

interpretato restrittivamente.⁹⁹⁸ La Corte ha rilevato che l'esclusione dei bambini dall'istruzione scolastica, a causa della mancata registrazione dei genitori come immigrati regolari, costituiva una violazione del diritto all'istruzione.⁹⁹⁹ Il diritto di accesso all'istruzione deve essere pienamente garantito nelle strutture scolastiche primarie e secondarie, visto che viene affermato dalla Corte che "non vi è dubbio che il diritto all'istruzione garantisca l'accesso all'istruzione elementare che è di importanza primordiale per lo sviluppo del bambino".¹⁰⁰⁰ Tuttavia, la Corte ha lasciato aperta una certa discrezionalità per applicare misure diverse per l'accesso all'istruzione "terziaria" che comprende le università.¹⁰⁰¹

998. Si veda, *ibid.*, par. 64.

999. Si veda, *ibid.*, parr. 65-67: i ricorrenti erano cittadini ceceni, quindi formalmente cittadini della Federazione Russa, ma dovevano nondimeno effettuare una registrazione di immigrazione in altre parti del Paese per accedere all'istruzione.

1000. *Ibid.*, par. 64 (traduzione ufficiosa). Si veda, *X c. Regno Unito*, Comm.edu, Plenaria, Ricorso n. 5962/72, Decisione sull'ammissibilità, 13 marzo 1975; e, *Quindici studenti stranieri c. Regno Unito*, Comm.edu, Plenaria, Ricorso n. 7671/76, Decisione sull'ammissibilità, 19 maggio 1977.

1001. Si veda, *Karus c. Italia*, Comm.edu, Ricorso n. 29043/95, Decisione sull'ammissibilità, 20 maggio 1998, dove la Commissione Europea ha riscontrato che istituire rette più elevate per studenti stranieri che si iscrivevano ad università italiane non fosse in violazione del diritto all'istruzione, perché la discriminazione era ragionevolmente giustificata dall'obiettivo del governo italiano di giovare dell'effetto positivo che persone che accedono all'educazione terziaria restino nell'economia italiana. Vedi anche, *Quindici studenti stranieri c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1000.

Capitolo 6: I diritti sul lavoro dei migranti e dei rifugiati

I. Il quadro normativo

Già nel 1919, la Costituzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), inclusa nel Trattato di Versailles che pose fine alla Prima Guerra Mondiale, dichiarava che “una pace universale e duratura può esistere solamente se fondata sulla giustizia sociale”.¹⁰⁰² Questi valori sono stati riaffermati dall'OIL nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944.¹⁰⁰³ Considerata la prevalenza delle ragioni economiche in materia di migrazione e i rischi e le discriminazioni che i migranti irregolari possono affrontare nelle modalità e condizioni di lavoro, nel godimento dei diritti dei lavoratori, comprendenti il diritto al lavoro e i diritti connessi al trattamento sul posto di lavoro, questi diritti sono di particolare importanza per i migranti. Protetti da convenzioni internazionali (PIDESC, CEDCD, CIEDR), dai trattati OIL e da trattati regionali sui diritti umani, i diritti dei lavoratori in generale comprendono:

- il diritto al lavoro, compresa la libertà dal lavoro forzato e la libera scelta dell'impiego;
- i diritti sul luogo di lavoro, comprendenti una congrua e paritaria remunerazione, adeguate condizioni di lavoro, protezione dal licenziamento senza giusta causa e ragionevoli ore di lavoro;
- non-discriminazione nel godimento del diritto al lavoro e dei diritti sul luogo di lavoro;
- libertà di associazione e il diritto di formare sindacati e di aderirvi.

A conclusione della Conferenza OIL del 1998 veniva adottata la *Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali del lavoro*, dichiarando vincolanti in base alla Costituzione OIL una serie di norme fondamentali: la libertà di associazione e di costituire sindacati, la libertà di riunione; l'eliminazione della schiavitù, della servitù e del lavoro forzato; il divieto del lavoro minorile; e il principio della parità di trattamento nelle condizioni di lavoro.¹⁰⁰⁴ La Dichiarazione ha impegnato tutti i 183 Stati Membri, indipendentemente dal fatto di essere firmatari dei trattati pertinenti, in quanto gli obblighi risultano vincolanti in base alla Costituzione ILO. Tuttavia, va

1002. *Costituzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, adottata nel 1919, Preambolo (Costituzione OIL) (traduzione ufficiosa).

1003. *Dichiarazione di Filadelfia*, art. 2(a).

1004. *Dichiarazione OIL sui principi ed i diritti fondamentali nel lavoro*, adottata il 18 giugno 1998 (Dichiarazione OIL del 1998).

anche notato che le Convenzioni OIL non considerano il diritto al lavoro come un “diritto umano” o all’interno del sistema dei diritti umani.¹⁰⁰⁵

II. Il diritto al lavoro

L’art. 6.1 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* protegge il diritto di ogni individuo di ottenere la possibilità di guadagnarsi da vivere con un lavoro liberamente scelto o accettato. Il diritto al lavoro tutelato dal Patto non viene considerato come un diritto assoluto di ottenere un impiego, ma consiste nel diritto a non essere ingiustamente privato del lavoro e include il divieto di lavoro forzato. Il diritto al lavoro è protetto dalle disposizioni di numerose convenzioni internazionali (art. 5(e)(i) CIEDR, art. 11 CEDCD, art. 23 DUDU, art. XIV DADDU, art. 6 del *Protocollo di San Salvador*, e art. 1 della *Carta sociale europea riveduta*).¹⁰⁰⁶

Gli Stati possono legittimamente regolare o limitare il diritto al lavoro degli stranieri o di particolari categorie di stranieri, come, ad esempio, per coloro con particolari tipi di permessi di lavoro o di soggiorno, o i richiedenti asilo. Il Comitato sull’Eliminazione della Discriminazione Razziale ha riconosciuto che “gli Stati Parte possono rifiutare di offrire posti di lavoro a stranieri privi del permesso di lavoro”.¹⁰⁰⁷ Tuttavia, le differenti applicazioni del diritto al lavoro tra stranieri e cittadini, nonché le differenze tra le differenti categorie di stranieri, devono essere obiettivamente giustificate e non discriminatorie per motivi come la razza o l’etnia.

Per quanto riguarda il trattamento dei rifugiati, la *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* prevede che “[g]li Stati contraenti accorderanno ad ogni rifugiato residente regolarmente sul loro territorio il trattamento più favorevole accordato, nelle stesse circostanze, ai cittadini di un Paese straniero per quanto riguarda l’esercizio di una attività salariata”.¹⁰⁰⁸ Tuttavia, nessuna misura restrittiva in ambito lavorativo prevista per gli stranieri può essere applicata ai rifugiati in possesso di uno dei seguenti requisiti: tre anni di residenza nel Paese; consorte avente la cittadinanza del Paese di residenza, salvo il caso in cui il richiedente l’abbia abbandonata/o; uno o più figli aventi la cittadinanza del Paese di residenza.¹⁰⁰⁹ Il dovere di garantire un trattamento equivalente al trattamento più favorevole possibile accordato agli stranieri si applica anche quando il rifugiato desidera esercitare una libera professione, o

1005. Si veda, Dott. Machteld Inge van Dooren, *The right to work: background paper*, presentato al Giorno di Discussione Generale sull’art. 6 PIDESC organizzato dal CDESC, UN Doc. E/C.12/2003/12, 11 aprile 2003, par. 4.

1006. Vedi anche, art. 15, *Carta UE*. In particolare il comma 3: “I cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell’Unione” (traduzione ufficiale).

1007. CEDR, *Raccomandazione Generale n. 30*, op. cit., nota n. 18, par. 35.

1008. Art. 17.1, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (traduzione Ministero dell’Interno).

1009. Art. 17.2, *ibid.*

un lavoro autonomo nell'agricoltura, nell'industria nell'artigianato o nel commercio, e anche per quanto riguarda la creazione di società commerciali e industriali.¹⁰¹⁰

Uno Stato Parte della *Convenzione OIL del 1949 sulla migrazione economica (riveduta)* (n. 97) ha l'obbligo "di mantenere, o di verificare che sia mantenuto, un servizio adeguato e gratuito di assistenza agli immigrati per l'occupazione, e, in particolare, di fornire loro informazioni precise."¹⁰¹¹

1. La schiavitù e la servitù

Il divieto della schiavitù e della servitù è stata una delle prime norme sui diritti umani ad essere universalmente riconosciuta nel diritto internazionale. Attualmente la schiavitù costituisce un crimine secondo il diritto internazionale e la sua proibizione è stata riconosciuta come una norma imperativa del diritto internazionale (*jus cogens*).¹⁰¹² La schiavitù è vietata in numerosi trattati, in particolare dalla *Convenzione sulla schiavitù* del 1926, che la definisce come lo "stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano alcuni o tutti i poteri inerenti al diritto di proprietà".¹⁰¹³ La *Convenzione supplementare relativa all'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni o pratiche analoghe alla schiavitù*, del 1956, vincola gli Stati Contraenti a vietare pratiche analoghe alla schiavitù, comprendendo la servitù per debiti, la servitù, il matrimonio forzato e lo sfruttamento del lavoro minorile.¹⁰¹⁴

La Camera d'Appello del Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia ha sottolineato lo sviluppo del concetto di schiavitù:

"il tradizionale concetto di schiavitù, definito nella Convenzione sulla schiavitù del 1926 e riferito spesso come "schiavitù mobiliare", si è evoluto fino a comprendere varie forme contemporanee di schiavitù che sono anche basate sull'esercizio di alcune o tutte le facoltà inerenti al diritto di proprietà. [...] La Camera d'Appello ritiene che il problema di determinare se un particolare

1010. Artt. 18 e 19, *ibid*.

1011. Art. 2, *Convenzione sulla migrazione economica (riveduta)* (C97), OIL (traduzione ufficiosa). Vedi anche, art. 19.1 CSE(r). L'art. 19 è applicabile a tutti gli stranieri, benché il comma 4 faccia espressa menzione dei "migranti regolari".

1012. Art. 58, *Istruzioni per il governo sul campo dell'esercito degli Stati Uniti (Lieber Code)*, 24 aprile 1863; art. 6(c), *Carta del Tribunale Militare Internazionale, Accordo per la prosecuzione e la punizione dei principali criminali di guerra dei Paesi dell'Asse, (Tribunale di Norimberga)*, adottata il 8 agosto 1945; art. 22, *Trattato di Versailles*, 1919; *Convenzione sulla schiavitù*, sottoscritta il 25 settembre 1926; *Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni o pratiche analoghe alla schiavitù*, adottata il 7 settembre 1956; *Pubblico Ministero c. Kunarac, Vukovic e Kovac*, Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia (TPIJ), Camera d'appello, 12 giugno 2002, par. 117-119; art. 7.1(c), *Statuto di Roma*; art. 4 DUDU; art. 6.1, CADU; art. 8.1-2 PIDCP; art. 10.1 CARDU; art. 5 CADUP; art. 4.1 CEDU, art. 11.1 CIDLM.

1013. Art. 1.1, *Convenzione sulla schiavitù* (traduzione ufficiosa).

1014. Art. 1, *Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni o pratiche analoghe alla schiavitù*.

*fenomeno costituisca una forma di schiavitù dipenderà dal [...] “controllo sui movimenti [dell’individuo], dal controllo dell’ambiente fisico, dal controllo psicologico, dalle misure adottate per prevenire o scoraggiare la fuga, l’uso o la minaccia della forza o la coercizione, la durata, la rivendicazione di esclusività, la soggezione a trattamenti crudeli e abusi, il controllo della sessualità e il lavoro forzato”.*¹⁰¹⁵

Secondo lo *Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale*, la riduzione in schiavitù, se commessa nell’ambito di un attacco ampio o sistematico diretto contro ogni popolazione civile, costituisce un crimine contro l’umanità.¹⁰¹⁶

La Corte Europea dei Diritti Umani ha recentemente affermato che l’esistenza della schiavitù richiede l’imposizione del diritto genuino di proprietà su una persona e la riduzione della condizione individuale a “oggetto”. Inoltre, la Corte ha ritenuto che la servitù comporti una forma particolarmente grave di negazione della libertà e un obbligo di fornire servizi sotto coercizione, e che sia collegata con il concetto di “schiavitù”.¹⁰¹⁷

2. Il lavoro forzato

Il divieto di lavoro forzato è stato universalmente riconosciuto a livello internazionale da molto tempo, ed ha assunto lo status di *jus cogens*.¹⁰¹⁸ All’interno del sistema OIL, il lavoro forzato è vietato da diverse convenzioni (*Convenzione sul lavoro forzato OIL (n. 29)* del 1930 e la *Convenzione sull’abolizione del lavoro forzato OIL (n. 105)* del 1957). Nel diritto internazionale dei diritti umani, la sua proibizione è contenuta nei maggiori trattati internazionali e regionali sui diritti umani come un diritto a carattere inderogabile.¹⁰¹⁹

1015. *Kunarac et al.*, TPIJ, *op. cit.*, nota n. 1012, parr. 117 e 119 (traduzione ufficiosa).

1016. Art. 7.1(c), *Statuto di Roma*.

1017. *Rantsev c. Cipro e Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 235, par. 276. Vedi anche, *Van Droogenbroeck c. Belgio*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 7906/77, Sentenza del 24 giugno 1982, par. 58.

1018. 4° *Sondaggio generale sull’estirpazione del lavoro forzato*, Comitato di Esperti OIL sull’Applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni, 2007, Documento n. (ilolex): 252007G03, par. 10. La Corte Europea ha ritenuto che il divieto di schiavitù, servitù e lavoro forzato ed obbligatorio “costituisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche che compongono il Consiglio d’Europa” (traduzione ufficiosa), *Siliadin c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 73316/01, Sentenza del 26 luglio 2005, parr. 82 e 112; *Rantsev c. Cipro e Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 235, par. 283; *Zarb Adami c. Malta*, C.edu, Ricorso n. 17209/02, Sentenza del 20 giugno 2006, par. 43. La Commissione Africana ha ritenuto che “il lavoro non remunerato equivale ad una violazione del diritto al rispetto della dignità inerente all’essere umano” (traduzione ufficiosa), *Malawi African Association e al. c. Mauritania*, CommADUP, *op. cit.*, nota n. 923, 11 maggio 2000, par. 135.

1019. Art. 6.2 CADU; art. 8.3 PIDCP; artt. 11.2, 3 e 4 CIDLM; art. 10.2 CARDU; art. 4.2-3 CEDU; art. 1.2 CSE(r), secondo l’interpretazione del Comitato Europeo sui Diritti Sociali contenuta in *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) c. Grecia*, CEDS, Ricorso n. 7/2000, Merito, 5 dicembre 2000, parr. 17-18; art. 6 PIDESC (il CDESC ha riscontrato che il lavoro forzato è una violazione diretta dell’art. 6: vedi, *Commentario Generale n. 18, Il Diritto al Lavoro*, CDESC, UN Doc. E/C.12/GC/18, 24 Novembre 2005, par. 32).

a) La nozione di lavoro forzato

La definizione di lavoro forzato e obbligatorio è stata determinata dall'OIL nel 1930 come “ogni lavoro o servizio estorto sotto la minaccia di subire una punizione e reso da una persona contro la sua volontà.”¹⁰²⁰ L'impiego di lavoro forzato e obbligatorio da parte di privati è assolutamente vietato¹⁰²¹ e “nessuna concessione accordata a individui privati, società o associazioni può comportare forme di lavoro forzato od obbligatorio per la produzione o la raccolta di prodotti utilizzati o messi in commercio da tali individui, società o associazioni”.¹⁰²²

La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani ha interpretato la definizione OIL, specificando che “la ‘minaccia di una punizione’ può consistere nella presenza reale e attuale di una minaccia, che può assumere diverse forme e gradualità”, e l’“involontarietà di svolgere un lavoro o un servizio’ consiste nell’assenza di consenso o di libera scelta quando inizia o prosegue la situazione di lavoro forzato. Ciò può verificarsi per diversi motivi, come la privazione illegale della libertà, l’inganno o la coercizione psicologica.”¹⁰²³ La Corte Europea ha affermato che l’esistenza di lavoro forzato o obbligatorio prevede una costrizione fisica o mentale, e il lavoro deve essere contrario alla volontà della persona.¹⁰²⁴

Il lavoro forzato può sorgere anche in situazioni di lavoro svolto in modo consensuale, ma sotto costrizione economica. Il Comitato di Esperti OIL sull'Applicazione delle Convenzioni e Raccomandazioni ha rilevato che il lavoro richiesto sotto pressioni economiche costituisce lavoro forzato quando la coercizione economica è stata creata dal governo, o quando il governo sfrutta la situazione, che non ha creato, offrendo livelli eccessivamente bassi di retribuzione. Anche quando non ha provocato la coercizione economica in se stessa, il governo “potrebbe essere ritenuto

1020. Art. 2, *Convenzione sul lavoro forzato (C29)*, OIL, adottata il 28 Giugno 1930 (traduzione ufficiosa). Si veda, 4° *Sondaggio generale sull'estirpazione del lavoro forzato*, OIL, *op. cit.*, nota n. 1018, par. 10; *Rappresentazione (art. 24) - 2007 - Cile - Co29 - Rapporto del Comitato costituito per esaminare la rappresentazione sulla non osservanza da parte del Cile della Convenzione sul lavoro forzato, 1930 (No. 29), fatta ai sensi dell'24 della Costituzione OIL dal Colegio de Abogados de Chile*, AG, Documento n. (Ilolex): 162007CHLo29, Ginevra, 11 novembre 2008, par. 28 (*Colegio de Abogados c. Cile*, OIL). La definizione è stata esplicitamente ripresa in *Van der Mussele c. Belgio*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 8919/80, Sentenza del 23 novembre 1983, par. 32; *Caso dei Massacri di Ituango c. Colombia*, C.IADU, Serie C n.148, Sentenza del 1 luglio 2006, parr. 157-160; CDESC, *Commentario Generale n. 18*, *op. cit.*, nota n. 1019, par. 9. Il Comitato sui Diritti Umani riconosce la definizione dell'OIL, ma ne avanza anche una propria: “il termine “lavoro forzato od obbligatorio” copre una serie di condotte che vanno, da una parte, dal lavoro imposto ad un individuo come sanzione penale, notamente in condizioni particolarmente coercitive, di sfruttamento o in ogni modo eccessive, fino a, dall'altra parte, forme minori di lavoro in circostanze ove una punizione comparabile ad una sanzione sia minacciata se il lavoro non venga espletato” (traduzione ufficiosa), *Faure c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 1036/2001, Decisione del 23 novembre 2005, par. 7.5.

1021. Si veda, artt. 4, *Convenzione sul lavoro forzato (C29)*, OIL. Si veda, per il lavoro forzato come conseguenza di una condanna penale, art. 6.3(a) CADU.

1022. Art. 5.1, *Convenzione sul lavoro forzato (C29)*, OIL (traduzione ufficiosa).

1023. *Caso dei Massacri di Ituango c. Colombia*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 1020, parr. 161 e 164 (traduzione ufficiosa).

1024. *Rantsev c. Cipro e Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 235, par. 276. Vedi anche, *Van Droogenbroeck c. Belgio*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1017, par. 58.

responsabile per l'organizzazione o per aver esacerbato i vincoli economici, quando il numero delle persone assunte dal governo con salari eccessivamente bassi e la quantità di lavoro svolto da questi dipendenti hanno avuto un effetto trainante sulla situazione di altre persone, causando la perdita di un lavoro normale e dovendo far fronte a identici vincoli economici.”¹⁰²⁵ Le esperienze di lavoro nel contesto educativo o di formazione non costituiscono lavoro forzato.¹⁰²⁶

Si deve altresì constatare che il divieto di lavoro forzato è collegato al diritto di scegliere liberamente la propria professione. Il Comitato Europeo sui Diritti Sociali ha osservato che il divieto di lavoro forzato implica “la libertà dei lavoratori di porre termine al rapporto di lavoro”.¹⁰²⁷

La *Convenzione OIL sul lavoro forzato* e i trattati internazionali sui diritti umani escludono dalla definizione di lavoro forzato e obbligatorio alcuni tipi specifici di lavoro obbligatorio richiesti dallo Stato, che comprendono:

- qualsiasi attività richiesta dalla normativa sul servizio militare obbligatorio per un lavoro di carattere puramente militare, e, nei Paesi in cui è ammessa l'obiezione di coscienza, qualunque servizio nazionale imposto per legge agli obiettori di coscienza;
- qualsiasi attività che faccia parte dei normali doveri civici dei membri della comunità fino a quando non venga applicato in modo discriminatorio e sia proporzionalmente imposto in relazione alla mole e frequenza di lavoro;¹⁰²⁸
- qualsiasi attività conseguente a una condanna penale, alla detenzione o liberazione condizionale ordinata da un tribunale;
- qualsiasi attività imposta in situazioni di pubblica emergenza o di calamità che minacciano la vita o il benessere della comunità.¹⁰²⁹

1025. *Rappresentazione (art. 24) - 1995 - Senegal - C105 – Rapporto del Comitato costituito per esaminare la rappresentazione fatta dalla Senegal Teachers' Single and Democratic Trade Union (SUDES) ai sensi dell'art. 24 della Costituzione OIL sulla non osservanza da parte del Senegal della Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato, 1957 (n. 105)*, Documento n. (ilolex): 161997SEN105 (SUDES c. Senegal, OIL), par. 30 (traduzione ufficiosa).

1026. *Colegio de Abogados c. Cile*, OIL, *op. cit.*, nota n. 1020, par. 28.

1027. *FIDH c. Grecia*, CEDS, *op. cit.*, nota n. 1019, par. 17. Il Comitato ha riscontrato che l'impossibilità di resignare le dimissioni fosse una violazione dell'art. 1.2 CSE(r), cioè della libertà di scelta d'impiego.

1028. *Colegio de Abogados c. Cile*, OIL, *op. cit.*, nota n. 1020, parr. 33-38. La Corte Europea adotta gli stessi criteri in *Van der Musselle c. Belgio*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1020, parr. 32-46; *Zarb Adami c. Malta*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1018; *Schmidt c. Germania*, C.edu, Ricorso n. 13580/88, Sentenza del 18 luglio 1994. Vedi anche, *Faure c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 1020, par. 7.5: “per essere qualificato come una normale obbligazione civica, il lavoro in questione deve almeno non essere una misura eccezionale, non deve avere una finalità od un effetto punitivo, e deve essere previsto dalla legge per servire un fine legittimo ai sensi del Patto” (traduzione ufficiosa).

1029. Si veda, art. 2, *Convenzione sul lavoro forzato (C29)*, OIL; art. 8.3(b) e (c) PIDCP; art. 6.2-3 CADU; art. 11.3-4 CIDLM; art. 4.3 CEDU. L'art. 10 CarDU non prevede alcuna eccezione e rende quindi assoluta la proibizione del lavoro forzato. Come illustrato dall'art. 11.4 CIDLM, il primo dovere non si applica ai lavoratori migranti,

b) Gli obblighi dello Stato di prevenire e di investigare situazioni di lavoro forzato

La Corte Europea per i Diritti Umani, in particolare, ha sottolineato che gli Stati hanno non solamente l'obbligo di astenersi, ma anche di porre in essere una legislazione penale che criminalizzi le pratiche di lavoro forzato ed obbligatorio, e di indagare in modo efficace, di perseguire e sanzionare coloro che svolgono tali pratiche.¹⁰³⁰ La Corte Europea ha illustrato i principi di un'indagine efficace in questi casi:

“Dal momento di ricevimento della notizia, le autorità devono iniziare a svolgere l'attività investigativa, che non deve essere condizionata dalla denuncia-querela della vittima o del parente stretto. Per svolgere un'indagine efficace, l'attività deve risultare indipendente dalle persone implicate nei fatti, e deve essere in grado di condurre all'identificazione e alla punizione dei soggetti responsabili (obbligazione di mezzi, non di risultato). L'indagine deve essere svolta in via d'urgenza, con le caratteristiche di tempestività e ragionevole speditezza, a meno che esista la possibilità di rimuovere la vittima dalla situazione di pericolo. La vittima o il parente stretto devono essere coinvolti nella procedura fin quanto necessario a salvaguardare i loro legittimi interessi. [...] In aggiunta all'obbligo di svolgere un'indagine interna per fatti che si verificano sul territorio nazionale, gli Stati Membri hanno l'obbligo, in caso di tratta transfrontaliera, di collaborare efficacemente con le autorità competenti degli altri Stati interessati per gli eventi che si verificano fuori dai propri confini.”¹⁰³¹

Riquadro n. 15. Un caso di servitù e di lavoro forzato

La Corte Europea dei Diritti Umani ha esaminato il caso di una ragazza-ricorrente di origine togolese arrivata in Francia all'età di quindici anni e sette mesi al seguito di una persona che si era impegnata col padre a regolarizzare la situazione della ricorrente e a provvedere alla sua educazione scolastica in cambio del lavoro della ragazza per il tempo necessario a coprire le spese del biglietto aereo. In realtà, il lavoro della ragazza era stato subito “prestato” a una coppia. La ragazza aveva lavorato presso questa coppia senza sosta per quindici ore al giorno, senza un giorno di riposo, per molti anni, senza mai essere retribuita o mandata a scuola, senza documenti

mentre il lavoro dovuto come “obbligazione civica potrebbe riguardare i lavoratori migranti e le loro famiglie fintantoché sia imposto anche ai cittadini.

1030. Si veda, *Siliadin c. Francia*, C.edu, op. cit., nota n. 1018, parr. 89 e 112. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sulla Repubblica di Corea*, CDESC, op. cit., nota n. 243, par. 23; *Osservazioni Conclusive sulla Polonia*, CDESC, UN Doc. E/C.12/POL/CO/5, 20 novembre 2009, par. 23; Principi 1 e 12-17, *Principi OHCHR sulla tratta*, op. cit., nota n. 243.

1031. *Rantsev c. Cipro e Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 235, par. 288-289.

d'identità e senza che la sua situazione amministrativa fosse regolarizzata; viveva nella loro abitazione e dormiva nella camera dei bambini. La Corte ha stabilito che, nel caso in esame, non risultava che la ricorrente fosse tenuta in schiavitù, essendo non dimostrato sulla ragazza "l'esercizio genuino di un diritto di proprietà" da parte della coppia¹⁰³²; tuttavia, è stata constatata una situazione di servitù, consistente in "un obbligo imposto con l'uso della coercizione di prestare i propri servizi",¹⁰³³ e di lavoro forzato.

c) L'accesso a un rimedio contro il lavoro forzato

Tutti i trattati sui diritti umani che vietano il lavoro forzato prevedono anche dei rimedi per la sua violazione. Tale diritto esiste nonostante la condizione legale della persona nel Paese. Per esempio, il Comitato delle Nazioni Unite sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne ha enfatizzato il bisogno di accesso ai mezzi di ricorso efficaci per le donne lavoratrici migranti irregolari costrette ai lavori forzati.¹⁰³⁴

Riquadro n. 16. La tratta di esseri umani, il lavoro forzato e la Corte Europea

Mentre il lavoro forzato costituisce una forma di sfruttamento nella tratta degli esseri umani, secondo le Convenzioni delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa,¹⁰³⁵ nel diritto internazionale dei diritti umani la Corte Europea ha ritenuto che la tratta di esseri umani ricade nell'ambito applicativo dell'art. 4 CEDU sulla proibizione della schiavitù, della servitù e del lavoro forzato o obbligatorio.¹⁰³⁶

1032. *Siliadin c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1018, par. 122.

1033. *Ibid.*, par. 124 (traduzione ufficiosa).

1034. Vedi anche, *Osservazioni Conclusivo sull'Arabia Saudita*, CEDCD, UN Doc. CEDAW/C/SAU/CO/2, 8 aprile 2008, par. 24.

1035. Art. 3, *Protocollo ONU sulla tratta*; art. 4, *Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa*.

1036. *Rantsev c. Cipro e Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 235, par. 282. Il Comitato sui Diritti Umani considera che la tratta di esseri umani sia una violazione dell'art. 3 (uguaglianza di genere), dell'art. 8 (lavoro forzato) e dell'art. 24 (diritti del bambino): vedi, *Osservazioni Conclusivo sulla Grecia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 239, par. 10. Il Comitato contro la Tortura considera che "la tratta di esseri umani ai fini di sfruttamento sessuale o lavorativo" ricade tra le pratiche proibite dall'art. 16 CCT (trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti) (traduzione ufficiosa): vedi, *Osservazioni Conclusivo sulla Spagna*, CCT, *op. cit.*, nota n. 239, par. 28. Vedi anche, *Conclusione n. 90*, ACNUR, *op. cit.*, nota n. 239, par. (s).

Nella sentenza *Rantsev c. Cipro e Russia*, la Corte rileva che “la tratta di esseri umani, per la sua stessa natura e finalità di sfruttamento, si basa sull’esercizio di poteri corrispondenti a quelli di proprietà: gli esseri umani vengono trattati come merci da vendere, acquistare o assoggettare a lavoro forzato, senza alcun pagamento o in cambio di un pagamento infimo [...]; implica che le attività delle vittime siano sottoposte a stretta sorveglianza e la loro libertà di movimento sia spesso fortemente limitata. Essa comprende anche l’uso della violenza e minacce contro le vittime, costrette a vivere e lavorare in povere condizioni.”¹⁰³⁷

La Corte ha ritenuto che, “oltre a misure di diritto penale per punire i trafficanti di esseri umani, l’art. 4 [CEDU] impone agli Stati Membri di porre in essere adeguati provvedimenti per disciplinare le attività economiche, che vengono spesso utilizzate come copertura per la tratta di esseri umani. Inoltre, le legislazioni nazionali sull’immigrazione devono affrontare tutte le problematiche relative all’incoraggiamento, la facilitazione e la tolleranza della tratta di esseri umani”.¹⁰³⁸ Le autorità statali hanno anche un obbligo di protezione degli individui a rischio di tratta o di lavoro forzato od obbligatorio, quando sono a conoscenza, o avrebbero dovuto essere a conoscenza, di circostanze che diano adito ad un sospetto credibile che una persona fisica identificata sia stata o sia a rischio reale e immediato di essere soggetta a tratta o sfruttata, o soggetta a schiavitù, servitù o lavoro forzato od obbligatorio.¹⁰³⁹ Gli obblighi di protezione o di investigazione riguardano non solamente uno Stato in particolare, ma tutti gli Stati coinvolti dall’attività di tratta, dal Paese di origine al Paese di destinazione. Una misura di protezione della vittima è quello di “valutare l’adozione di un adeguato provvedimento legislativo o di altro tipo che permetta alle vittime della tratta di persone

1037. *Rantsev c. Cipro e Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 235, par. 281 (traduzione ufficiosa).

1038. *Ibid.*, par. 284 (traduzione ufficiosa).

1039. *Ibid.*, par. 286. Vedi anche, *Osservazioni Conclusive sulla Repubblica di Corea*, CDESC, op. cit., nota n. 243, par. 23; *Osservazioni Conclusive sulla Polonia*, CDESC, op. cit., nota n. 1030, par. 23; *Osservazioni Conclusive sull’Azerbaijan*, CEDCD, op. cit., nota n. 243, par. 75; *Osservazioni Conclusive sul Bangladesh*, CEDCD, op. cit., nota n. 243, par. 457; *Osservazioni Conclusive sui Paesi Bassi*, CEDCD, op. cit., nota n. 243, par. 212; *Osservazioni Conclusive sul Libano*, CEDCD, op. cit., nota n. 243, parr. 28-29; *Osservazioni Conclusive sulla Spagna*, CEDCD, 2004, op. cit., nota n. 243, par. 337; *Osservazioni Conclusive su Singapore*, CEDCD, op. cit., nota n. 243, parr. 21-22; *Osservazioni Conclusive sul Guatemala*, CEDCD, op. cit., nota n. 243, parr. 23-24; *Osservazioni Conclusive sulla Spagna*, CEDCD, 2009, op. cit., nota n. 243, parr. 21-22; *Osservazioni Conclusive sulla Svizzera*, CEDCD, op. cit., nota n. 243, parr. 29-30; *Osservazioni Conclusive sulla Grecia*, CDU, op. cit., nota n. 239, par. 10; *Osservazioni Conclusive sulla Thailandia*, CDU, op. cit., nota n. 243, par. 20; *Osservazioni Conclusive sulla Spagna*, CCT, op. cit., nota n. 239, par. 28; Principio 1, *Principi OHCHR sulla tratta*, op. cit., nota n. 243.

di rimanere nel suo territorio, temporaneamente o permanentemente, a seconda dei casi”.¹⁰⁴⁰

3. Il lavoro minorile

L’effettiva abolizione del lavoro minorile è un’obbligazione che vincola tutti gli Stati Membri dell’OIL.¹⁰⁴¹ Gli standard OIL prevedono che un bambino non possa essere impiegato in attività lavorative prima del completamento dell’istruzione scolastica obbligatoria e, comunque, non prima del compimento dei quindici anni,¹⁰⁴² in linea di principio, salvo poche eccezioni contemplate dal diritto nazionale: per esempio, in relazione ad attività artistiche.¹⁰⁴³ Anche l’art. 7 della *Carta sociale europea (riveduta)* fissa a quindici anni l’età minima per l’ammissione al lavoro, pur ammettendo deroghe per svolgere “determinati lavori leggeri”, che devono essere molto poco impegnativi in natura e durata.¹⁰⁴⁴ L’art. 10 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* richiede agli Stati di fissare limiti di età per l’impiego lavorativo, e il Comitato ha rilevato che gli Stati “devono adottare delle misure

1040. Art. 7.1, *Protocollo ONU sulla tratta*. Questa posizione è ripetuta dal CEDCD nelle *Osservazioni Conclusive sulla Spagna*, CEDCD, 2004, *op. cit.*, nota n. 243, par. 337; *Osservazioni Conclusive sul Pakistan*, CEDCD, *op. cit.*, nota n. 244, par. 30 (le vittime della tratta dovrebbero essere al riparo da persecuzioni per immigrazione illegale); *Osservazioni Conclusive su Singapore*, CEDCD, *op. cit.*, nota n. 243, par. 21-22; *Osservazioni Conclusive sul Libano*, CEDCD, *op. cit.*, nota n. 243, par. 28-29; *Osservazioni Conclusive sulla Danimarca*, CEDCD, *op. cit.*, nota n. 244, par. 32-33. Vedi, Principi 3 e 7, *Principi OHCHR sulla tratta*, *op. cit.*, nota n. 243: “3. Le misure contro la tratta non devono pregiudicare i diritti umani e la dignità delle persone, in particolare i diritti di coloro che sono state soggette alla tratta, e dei migranti, dei profughi, dei rifugiati e dei richiedenti asilo”: “7. Le persone soggette alla tratta non devono essere detenute, imputate o soggette ad azione penale per l’illegalità del loro ingresso o soggiorno nei Paesi di transito o destinazione, o per il loro coinvolgimento in attività illecite fintantoché tale coinvolgimento sia una conseguenza diretta della loro situazione di persone soggette a tratta” (traduzione ufficiosa).

1041. Art. 2(c), *Dichiarazione OIL del 1998*.

1042. Art. 2.3, *Convenzione sull’età minima (C138)*, OIL, adottata il 26 Giugno 1973 (155 ratifiche). Precedenti convenzioni OIL hanno regolati settori specifici, o posto il limite al di sotto dei quattordici anni di età: *Convenzione sull’età minima (industria) (C5)*, 1919 (4 ratifiche, 68 denunce), art. 2; *Convenzione sull’età minima (industria) (riveduta) (C59)*, 1937 (11 ratifiche; 25 denunce), art. 2; *Convenzione sull’età minima (mare) (C7)*, 1920 (4 ratifiche, 49 denunce), art. 2; *Convenzione sull’età minima (mare) (riveduta) (C58)*, 1936 (17 ratifiche; 34 denunce), art. 2; *Convenzione sull’età minima (pesca) (C112)*, 1959 (8 ratifiche; 21 denunce), art. 2; *Convenzione sull’età minima (lavoro sotterraneo) (C123)*, 1965 (22 ratifiche; 19 denunce), art. 2; *Convenzione sull’età minima (agricoltura) (C10)*, 1921 (5 ratifiche, 50 denunce), art. 1; *Convenzione sull’età minima (impiego non industriale) (C33)*, 1932 (3 ratifiche, 22 denunce), artt. 2, 3, 4. Gli Stati devono prevedere un’età minima per l’occupazione anche ai sensi dell’art. 32.2(a) CDF; art. 10 PIDESC; art. 7.1-2-3 CSE(r) (quindici anni; diciotto anni per professioni pericolose o insalubri; divieto durante il periodo d’istruzione obbligatoria); art. 34.3 CArDU; art. 13(g), *Protocollo alla CADUP sui diritti delle donne in Africa*.

1043. Artt. 4 e 8, *Convenzione sull’età minima (C138)*, OIL.

1044. Art. 7.1 CSE(r). La Carta prevede anche un’età minima per l’impiego di diciotto anni per occupazioni pericolose o insalubri (art. 7.2). Si veda la definizione di “lavoro leggero” in *International Commission of Jurists (ICJ) c. Portogallo*, CEDS, Ricorso n. 1/1998, 10 marzo 1999, Merito, par. 28-31. Gli stessi principi, *de minimis*, si ritrovano nell’art. 7(f) *Protocollo di San Salvador*; art. 15 CADBB.

efficaci, in particolare legislative, per vietare il lavoro dei bambini di età inferiore ai sedici anni”.¹⁰⁴⁵

Nei casi in cui i minori svolgono attività lavorativa, lo Stato ha dei doveri di protezione supplementari. Infatti, l'art. 10 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* prevede che “[i] fanciulli e gli adolescenti devono essere protetti contro lo sfruttamento economico e sociale. Il loro impiego in lavori pregiudizievoli per la loro moralità o per la loro salute, pericolosi per la loro vita, o tali da nuocere al loro normale sviluppo, deve essere punito dalla legge.”¹⁰⁴⁶ Anche le Convenzioni OIL prevedono che il minore, al di sotto dei diciotto anni, impegnato in attività lavorativa debba effettuare dei controlli medici, prima e, periodicamente, durante il rapporto di lavoro, per determinarne l'idoneità al lavoro,¹⁰⁴⁷ oltre a vietare per alcuni lavori notturni l'impiego di lavoratori al di sotto dei diciotto anni.¹⁰⁴⁸ La *Convenzione sui diritti del fanciullo* obbliga gli Stati a proteggere tutti i minori, anche mediante sanzioni, e indipendentemente dal loro *status*, “contro lo sfruttamento economico e di non essere costretto ad alcun lavoro che comporti rischi o sia suscettibile di porre a repentaglio la sua educazione o di nuocere alla sua salute o al suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale o sociale.”¹⁰⁴⁹

La *Convenzione OIL sulle forme peggiori di lavoro minorile* (n.182) del 1999 impone agli Stati di proibire ed eliminare diverse pratiche lavorative rispetto ai minori di diciotto anni:¹⁰⁵⁰

- tutte le forme di schiavitù o pratiche analoghe, quali la vendita o la tratta di minori, la servitù per debiti e l'asservimento, il lavoro forzato o obbligatorio, compreso il reclutamento forzato o obbligatorio di minori ai fini di un loro impiego in conflitti armati;
- l'impiego, l'ingaggio o l'offerta del minore a fini di prostituzione, di produzione di materiale pornografico o di spettacoli pornografici;
- l'impiego, l'ingaggio o l'offerta del minore ai fini di attività illecite, quali, in particolare, quelle per la produzione o per il traffico di stupefacenti, così come sono definiti dai trattati internazionali pertinenti;

1045. Art. 10.3 PIDESC (traduzione ufficiosa); CDESC, *Commentario Generale* n. 18, op. cit., nota n. 1019, par. 24.

1046. Art. 10.3 PIDESC (traduzione UNICRI).

1047. Si veda, *Convenzione sull'esame medico dei giovani (industria)* (C77), OIL, adottata il 9 giugno 1946; *Convenzione sull'esame medico dei giovani (professioni non industriali)* (C78), OIL, adottata il 9 ottobre 1946; *Convenzione sull'esame medico dei giovani (lavoro sotterraneo)* (C124), OIL, 23 giugno 1965.

1048. Art. 3, *Convenzione sul lavoro notturno dei giovani (industria)* (C6), OIL, adottata il 28 novembre 1919 (51 ratifiche). Vedi le norme precedenti in *Convenzione sul lavoro notturno dei giovani (industria)* (C6), OIL, adottata il 28 novembre 1919 (50 ratifiche, 9 denunce); *Convenzione sul lavoro notturno dei giovani (professioni non industriali)* (C79), OIL, adottata il 9 ottobre 1946 (20 ratifiche).

1049. Art. 32.1 CDF (Traduzione UNICEF-Italia). Vedi anche, art. 15.1 CADBB; art. 7(f), *Protocollo di San Salvador*; art. 7 CSE(r).

1050. Artt. 1 e 2, *Convenzione sulle peggiori forme di lavoro minorile* (C182), OIL, adottata il 17 giugno 1999.

- qualsiasi altro tipo di lavoro che, per sua natura o per le circostanze in cui viene svolto, rischi di compromettere la salute, la sicurezza o la moralità del minore.¹⁰⁵¹

Il *Protocollo opzionale della Convenzione sui diritti del fanciullo concernente la vendita, la prostituzione e la pornografia rappresentante bambini* vieta la vendita dei bambini, anche a fini di lavoro forzato¹⁰⁵² e di prostituzione minorile.¹⁰⁵³ Il *Protocollo opzionale della Convenzione sui diritti del fanciullo concernente il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati* vieta l'arruolamento obbligatorio nelle forze armate dei minori fino a diciotto anni di età e impone agli Stati di adottare misure per assicurare che il reclutamento dei minori di diciotto anni sia effettivamente volontario.¹⁰⁵⁴

III. I diritti sul posto di lavoro

Il diritto internazionale protegge il diritto al lavoro in vari modi. Innanzitutto, quando entra nel posto di lavoro, ogni individuo mantiene l'intera gamma dei suoi diritti umani. Nel caso di impiego nel settore privato, lo Stato ha l'obbligo di adottare misure positive per proteggere tali diritti. Le circostanze di impiego, i termini e le condizioni di lavoro, e le interazioni quotidiane sul posto di lavoro possono implicare il coinvolgimento di una serie di diritti umani e, a seconda delle circostanze, possono sollevare dei casi di violazioni di diritti umani.

In secondo luogo, il diritto internazionale prevede una particolare tutela dei diritti umani che è specifica per il contesto lavorativo. Tali diritti sul posto di lavoro, o alcuni dei loro aspetti, sono ampiamente riconosciuti nei trattati sui diritti umani a livello globale (PIDESC, CIEDR, CEDCD e CIDLM)¹⁰⁵⁵ e in generale (con l'eccezione delle disposizioni della Parte IV della CIDLM) si applicano a tutti i migranti, regolari o irregolari. Ciò contrasta con i diritti derivanti dagli strumenti OIL, che, prevalentemente, proteggono solo i lavoratori migranti regolari.

Questi diritti comportano una serie di obblighi per lo Stato in relazione al luogo di lavoro. Ad esempio, il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* comprende i seguenti diritti:

1051. Art. 3, *Convenzione sulle peggiori forme di lavoro minorile (C182)*, OIL.

1052. Si veda, Artt. 1, 2(a) e 3(a), *Protocollo opzionale della Convenzione sui diritti del fanciullo concernente la vendita, la prostituzione e la pornografia rappresentante bambini* (OP-CDF-VF).

1053. Si veda, Artt. 1, 2(b) e 3(b) OP-CDF-VF.

1054. Artt. 2 e 3, *Protocollo opzionale della Convenzione sui diritti del fanciullo concernente il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati* (OP-CDF-CA).

1055. Artt. 6, 7 e 8 PIDESC; artt. 5(e)(i) e 11 CEDCD; art. 27 CIEDR; art. 23.1 DUDU; artt. 11, 25, 26, 40, 52, e 54 CIDLM; art. XIV DADDU; artt. 6 e 7, *Protocollo di San Salvador*; art. 15 CADUP; art. 34 CArDU; artt. 1, 2, 3, 4 CSE(i); art. 13, *Protocollo alla CADUP sui diritti delle donne in Africa*; *Dichiarazione sui diritti umani degli individui che non sono cittadini del Paese in cui vivono*, art. 8; *Dichiarazione sul progresso sociale e lo sviluppo*, art. 6.

- il diritto a un equo salario ed a un'eguale remunerazione per un lavoro di eguale valore, senza distinzione di alcun genere; in particolare devono essere garantite alle donne condizioni di lavoro non inferiori a quelle godute dagli uomini, con un'eguale remunerazione per un eguale lavoro (art. 7(a)(i));
- il diritto a un'esistenza decorosa per i lavoratori e le loro famiglie (art. 7(a)(ii));
- il diritto alla sicurezza e all'igiene del lavoro (art. 7(b));
- il diritto alla possibilità uguale per tutti di essere promossi, nel rispettivo lavoro, alla categoria superiore appropriata, senz'altra considerazione che non sia quella dell'anzianità di servizio e delle attitudini personali (art. 7(c));
- il diritto al riposo, agli svaghi, a una ragionevole limitazione delle ore di lavoro, e le ferie periodiche retribuite, nonché alla remunerazione per i giorni festivi (art. 7(d));
- il diritto di non-discriminazione nella realizzazione di tutti gli elementi del diritto al lavoro e dei diritti sul posto di lavoro (artt. 6 e 7, in combinato disposto con l'art. 2.2).¹⁰⁵⁶

La Corte Inter-Americana ha individuato all'interno del contenuto minimo essenziale dei diritti dei lavoratori: "il divieto di lavoro forzato o obbligatorio; il divieto e l'abolizione del lavoro minorile; particolari cautele per le donne lavoratrici, e i diritti relativi a: libertà di associazione e di organizzare e di aderire a un sindacato, alla contrattazione collettiva, un equo salario per il lavoro svolto, sicurezza sociale, garanzie giudiziarie e amministrative, una giornata lavorativa di una durata ragionevole con adeguate condizioni di lavoro (sicurezza e salute), riposo e remunerazione."¹⁰⁵⁷ Inoltre, la Corte ha rilevato che la garanzia di questi diritti per i migranti è essenziale, basata sul principio della natura inalienabile di tali diritti, di cui tutti i lavoratori sono titolari, a prescindere dalla condizione giuridica migratoria, oltre al principio fondamentale della dignità umana sancito nell'articolo 1 della Dichiarazione Universale.¹⁰⁵⁸

La *Carta sociale europea (riveduta)* comprende il diritto a condizioni eque di lavoro,¹⁰⁵⁹ il diritto alla sicurezza ed all'igiene nel lavoro,¹⁰⁶⁰ il diritto ad un'equa retribuzione,¹⁰⁶¹ il diritto a una tutela in caso di licenziamento,¹⁰⁶² il diritto dei lavo-

1056. Vedi anche, art. 7, *Protocollo di San Salvador*; artt. 1, 2, 3 e 4 CSE(r); artt. 30 e 31, *Carta UE*.

1057. *Opinione Consultiva sui migranti senza documenti*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 33, par. 157 (traduzione ufficiosa).

1058. Si veda, *ibid.*, par. 157.

1059. Art. 2, CSE(r).

1060. Art. 3, *ibid.*

1061. Art. 4, *ibid.*

1062. Art. 24, *ibid.*

latori alla tutela dei loro crediti in caso di insolvenza del datore di lavoro,¹⁰⁶³ il diritto alla dignità sul lavoro,¹⁰⁶⁴ e il diritto dei lavoratori che hanno responsabilità di famiglia alle pari opportunità e alla parità di trattamento.¹⁰⁶⁵ Tuttavia, queste disposizioni della *Carta sociale europea (riveduta)* riguardano soltanto i cittadini di altri Stati che risiedono legalmente o lavorano regolarmente sul territorio della parte interessata, vale a dire gli Stati che sono parte della *Carta sociale europea (riveduta)*, fatti salvi i diritti dei rifugiati e degli apolidi ai sensi della *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* e la *Convenzione sull'apolidia* del 1954.¹⁰⁶⁶ Malgrado ciò, gli Stati che hanno accettato le obbligazioni contenute nell'art. 19 della Carta si sono impegnati “a garantire ai lavoratori [migranti] che si trovano legalmente sul loro territorio, a condizione che tali materie siano disciplinate dalla legislazione o dalla regolamentazione o sottoposte al controllo delle autorità amministrative, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai loro connazionali per [ciò che riguarda la] retribuzione e altre condizioni d'impiego e di lavoro [e] a garantire ai lavoratori che si trovano legalmente sul loro territorio un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai loro cittadini per quanto riguarda le tasse, le imposte ed i contributi inerenti al lavoro percepiti a titolo del lavoratore”.¹⁰⁶⁷

Uno dei mezzi principali con cui i diritti dei migranti sul posto di lavoro sono compromessi è il trattenimento dei loro documenti da parte di privati, siano essi i datori di lavoro, familiari e altri: si crea così un legame di dipendenza nei confronti del migrante con colui che trattiene i documenti e si impedisce l'accesso dei migranti ai loro diritti, compresi i diritti lavorativi. Questa pratica è stata esaminata da diversi organi previsti dai trattati.¹⁰⁶⁸ Per esempio, il Comitato sull'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne esorta gli Stati a garantire che i datori di lavoro o i reclutatori non eseguano confische o distruzione dei documenti d'identità o di viaggio, e di procedere alla formazione di funzionari incaricati di applicare la legge per la protezione di tali abusi.¹⁰⁶⁹ Inoltre, tale pratica è anche prevista dall'art. 21 della *Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari* secondo cui: “è illegale per chiunque, che non sia un funzionario debitamente autorizzato dalla legge, confiscare, distruggere o tentare di distruggere dei documenti di identità, dei documenti autorizzanti l'ingresso o il soggiorno, la residenza

1063. Art. 25, *ibid.*

1064. Art. 26, *ibid.*

1065. Art. 27, *ibid.*

1066. *Appendice alla Carta sociale europea (riveduta)*, Portata della Carta sociale europea (riveduta) per quanto concerne le persone protette.

1067. Art. 19.4-5 CSE(r) (traduzione ufficiale del Consiglio d'Europa).

1068. Si vedano, *Osservazioni Conclusive sulla Repubblica di Corea*, CDU, UN Doc. CCPR/C/KOR/CO/3, 28 novembre 2006, par. 12; *Osservazioni Conclusive sul Giappone*, CDU, *op. cit.*, nota n. 487, par. 24; *Osservazioni Conclusive sul Kuwait*, CDESC, UN Doc. E/C.12/1/Add.98, 7 giugno 2004, par. 17; *Osservazioni Conclusive sul Libano*, CEDR, Rapporto del Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale all'Assemblea Generale, 53^a Sessione, UN Doc. A/53/18 (1998), pag. 42, parr. 175 e 184; *Osservazioni Conclusive sull'Italia*, CEDR, UN Doc. CERD/C/ITA/CO/15, 16 maggio 2008, par. 17; *Osservazioni Conclusive sulla Siria*, CLM, UN Doc. CMW/C/SYR/CO/1, 2 maggio 2008, parr. 31-32.

1069. CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 26*, *op. cit.*, nota n. 8, par. 26(d).

o la stabilizzazione sul territorio nazionale, o del permesso di lavoro. Quando la confisca sia autorizzata deve dare luogo al rilascio di una ricevuta dettagliata. Non è permesso in nessun caso di distruggere i passaporti o documenti equivalenti dei lavoratori migranti o dei membri delle loro famiglie.”¹⁰⁷⁰

1. Non-discriminazione e diritti sul lavoro

Una serie di strumenti e standard internazionali contengono i requisiti del divieto di discriminazione in relazione ai diritti sul posto di lavoro, che verranno esaminati in seguito. La specifica protezione dalla discriminazione sulla base del sesso, applicata alle donne migranti, viene trattata più avanti nella seconda sezione. Va rilevato che costituisce un obbligo a effetto immediato il divieto di discriminazione riguardante le condizioni minime di lavoro, come ad esempio: il licenziamento senza giusta causa, vacanze, lavoro straordinario e la retribuzione (vedi la sezione 1.2 nel quinto capitolo).¹⁰⁷¹ Anche il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha riconosciuto l'effetto immediato del diritto a un equo salario e alla pari remunerazione per il lavoro svolto di pari valore, senza distinzioni di alcun genere.¹⁰⁷²

a) Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale

Il Patto e la Convenzione prevedono il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti sul posto di lavoro per i lavoratori migranti e le loro famiglie, indipendentemente dalla loro condizione giuridica e documentale.¹⁰⁷³ Il Comitato sui Diritti Economici Sociali e Culturali ha chiarito che “i diritti del Patto si applicano a tutti gli individui, compresi gli stranieri, rifugiati, richiedenti asilo, apolidi, lavoratori migranti, vittime della tratta internazionale di esseri umani, indipendentemente dalla loro condizione giuridica e documentale”.¹⁰⁷⁴ Anche se un trattamento differente di migranti o di categorie di migranti può essere lecito in materia di accesso al lavoro, raramente può essere giustificato in relazione ai diritti sul posto di lavoro. Il rispettivo Comitato ha stabilito che, ai sensi della *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, gli Stati sono obbligati: “a adottare provvedimenti per eliminare la discriminazione nei confronti degli stranieri in relazione alle condizioni e ai requisiti di lavoro, comprendendo le regole e le pratiche di impiego con finalità ed effetti discriminatori; [...] per prevenire e riparare i gravi problemi affrontati dai lavoratori stranieri, con particolare riferimento ai lavoratori domestici stranieri, incluso l'essere tenuto in servitù per debiti, la confisca del passaporto,

1070. Art. 21 CIDLM (traduzione ufficiale).

1071. CDESC, *Commentario Generale* n. 20, op. cit., nota n. 22, par. 7; CDESC, *Commentario Generale* n. 18, op. cit., nota n. 1019, par. 19; art. 7 CIDLM; *Osservazioni Conclusive sulla Repubblica di Corea*, CDESC, op. cit., nota n. 243, par. 14; *Osservazioni Conclusive sul Giappone*, CDU, op. cit., nota n. 487, par. 24; *Osservazioni Conclusive sul Kuwait*, CDESC, op. cit., nota n. 1068, par. 16.

1072. CDESC, *Commentario Generale* n. 3, op. cit., nota n. 145, par. 5. Vedi anche, art. 15 CADUP.

1073. CDESC, *Commentario Generale* n. 18, op. cit., nota n. 1019, par. 18.

1074. CDESC, *Commentario Generale* n. 20, op. cit., nota n. 22, par. 30.

il sequestro di persona, lo stupro e la violenza fisica.”¹⁰⁷⁵ Il Comitato ha, inoltre, definito i principi generali applicabili a tutti i migranti: “nonostante che gli Stati possano rifiutare di offrire posti di lavoro agli stranieri senza un permesso di lavoro, tutti gli individui hanno diritto al godimento dei diritti del lavoro e dell’occupazione, comprendendo la libertà di riunione e di associazione dall’inizio al termine del rapporto di lavoro”.¹⁰⁷⁶

b) Le convenzioni OIL

La *Convenzione OIL sulla migrazione economica (riveduta)* (n. 97) del 1949 impegna gli Stati a eliminare la discriminazione basata sulla nazionalità, razza, religione o sesso, contro gli immigrati che si trovano **legalmente sul loro territorio** applicando un trattamento che non sia meno favorevole di quello applicato ai propri cittadini in relazione alla “remunerazione, inclusi gli assegni familiari quando fanno parte della remunerazione, la durata del lavoro, le ore straordinarie, le ferie pagate, le limitazioni al lavoro a domicilio, l’età di ammissione all’impiego, l’apprendistato e la formazione professionale, il lavoro delle donne e dei giovani”.¹⁰⁷⁷ Il Comitato di Esperti dell’OIL ha rilevato il fatto che “un salario superiore [...] pagato a collaboratori domestici locali rispetto a quello pagato a collaboratori domestici stranieri, o quelli pagati a lavoratori nazionali nelle stesse categorie di lavoro, [...] sarebbe in contrasto con l’obiettivo della Convenzione di applicare la parità di trattamento in materia di retribuzione tra lavoratori migranti e cittadini”.¹⁰⁷⁸ Inoltre, il Comitato ha dichiarato che l’imposizione di una tassa speciale sui lavoratori stranieri, o sui datori di lavoro dei lavoratori stranieri, che ha l’effetto di ridurre sensibilmente lo stipendio di un lavoratore migrante rispetto a quello di un cittadino, è in violazione della parità di trattamento in materia di retribuzione (art. 6.1(a)(i) della Convenzione OIL n. 97).¹⁰⁷⁹

La *Convenzione OIL sui lavoratori migranti (norme addizionali)* n. 143 del 1975 prevede, all’art. 1, che gli Stati “si impegnano a rispettare i diritti umani essenziali di tutti i lavoratori migranti”.¹⁰⁸⁰ Questa disposizione riguarda tutti i lavoratori migranti, indipendentemente dalla loro condizione legale,¹⁰⁸¹ ed è l’unica norma delle due convenzioni OIL sui lavoratori migranti che non esclude gli immigrati irregolari dalla sua applicazione. Il Comitato di Esperti ha chiarito che “i diritti umani essenziali” si riferiscono ai “diritti umani fondamentali contenuti negli strumenti internazio-

1075. CEDR, *Raccomandazione Generale n. 30, op. cit.*, nota n. 18, parr. 33-34.

1076. *Ibid.*, par. 35 (traduzione ufficiosa).

1077. Art. 6.1(a)(i), *Convenzione sulla migrazione economica (riveduta)* (C97), OIL (traduzione ufficiosa). Lo stesso è stato espresso nell’art. 19.4.1 CSE(r). La Convenzione OIL è stata ratificata da solo 49 Stati.

1078. *TUCP c. Cina*, OIL, *op. cit.*, nota n. 959, par. 32 (traduzione ufficiosa).

1079. *Ibid.*, parr. 35-37.

1080. Art. 1, *Convenzione sui lavoratori migranti (norme addizionali)* (C143), OIL (traduzione ufficiosa). La Convenzione OIL è stata ratificata da solo 23 Stati.

1081. *Sondaggio generale sui lavoratori migranti*, Comitato di Esperti OIL sull’Applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni, 1999, Documento n. (ilolex): 251999Go1, par. 297.

nali adottati dalle Nazioni Unite in questo settore, tra cui i diritti fondamentali dei lavoratori.”¹⁰⁸²

Le Convenzioni OIL n. 111 e 158 non si occupano della discriminazione basata sulla nazionalità, vale a dire tra cittadini e stranieri.¹⁰⁸³ Tuttavia, il Comitato di Esperti OIL ha chiarito che, “mentre le Convenzioni OIL predispongono degli standard minimi, che devono essere interpretati come tali dagli organi di vigilanza OIL e dallo stesso Comitato, tali Convenzioni non precludono agli Stati Membri di utilizzare le proprie disposizioni al fine di garantire condizioni più favorevoli ai lavoratori interessati, che, una volta riconosciute, non potranno essere revocate semplicemente perché vanno al di là della tutela minima prevista dalla Convenzione in questione.”¹⁰⁸⁴ Questo principio è sancito anche nella Costituzione OIL.¹⁰⁸⁵ Di conseguenza, il principio di non discriminazione riguardante gli stranieri, proveniente da altri strumenti di diritto internazionale, potrà essere applicato in riferimento anche a queste Convenzioni OIL.

c) La Convenzione internazionale per la protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari

L'art. 25 della Convenzione, che si applica a tutti i migranti indipendentemente dallo stato giuridico, definisce gli obblighi di parità di trattamento dei lavoratori migranti, prevedendo che essi debbano godere di un trattamento non meno favorevole di quello applicato ai cittadini dello Stato di impiego in materia di remunerazione, condizioni di lavoro e modalità di impiego, includendo ore straordinarie, orari di lavoro, riposo settimanale, vacanze retribuite, sicurezza, salute, cessazione del rapporto di lavoro, l'età minima di impiego, e restrizioni al lavoro.¹⁰⁸⁶ Questi diritti non possono essere derogati nei contratti di lavoro privati o in ragione della irregolarità in materia di soggiorno o di impiego del lavoratore migrante.¹⁰⁸⁷ Inoltre, la

1082. *Ibid.*, par. 296 (traduzione ufficiosa). La nota n. 19 si riferisce a DUDU, PIDCP, PIDESC, CIDLM, ecc.

1083. Si veda, *Rappresentazione (art. 24) - 1998 - Etiopia - C111, C158 - Rapporto del Comitato costituito per esaminare la rappresentazione sulla non osservanza da parte dell'Etiopia della Convenzione sulla discriminazione (impiego ed occupazione), 1958 (No. 111) e la Convenzione sul licenziamento, 1982 (No. 158), fatta ai sensi dell'art. 24 della Costituzione OIL dalla National Confederation of Eritrean Workers (NCEW), Documento n. (ilolex): 161998ETH111, Ginevra, 12 novembre 2001 (NCEW c. Etiopia, OIL), par. 31; e, *Rappresentazione (art. 24) - 1997 - Spagna - C097, C111, C122 - Rapporto del Comitato costituito per esaminare la rappresentazione sulla non osservanza da parte della Spagna della Convenzione sulla migrazione economica (riveduta), 1949 (No. 97), della Convenzione sulla discriminazione (impiego ed occupazione), 1958 (No. 111), e della Convenzione sulla politica dell'occupazione, 1964 (No. 122), fatta ai sensi dell'art. 24 della Costituzione OIL dalla General Confederation of Labour of Argentina (CGT), Documento n. (ilolex): 161998ESP097 (CGT c. Spagna, OIL), par. 35.**

1084. *TURK-IS c. Paesi Bassi*, OIL, *op. cit.*, nota n. 960, par. 46.

1085. Art. 19.8, *Costituzione OIL*: “In nessun caso l'adozione di alcuna Convenzione o Raccomandazione da parte della Conferenza, o la ratifica di alcuna Convenzione da alcuno Stato Membro deve essere considerata come pregiudicante alcuna legge, decisione, uso o accordo che assicuri delle condizioni più favorevoli di quelle previste dalle Convenzioni o Raccomandazioni ai lavoratori interessati” (traduzione ufficiosa).

1086. Art. 25.1 CIDLM. Si veda anche, *Dichiarazione sui diritti umani degli individui che non sono cittadini del Paese in cui vivono*, art. 8.1(a).

1087. Art. 25.2-3 CIDLM.

Convenzione richiede agli Stati Parte di intraprendere misure positive per proteggere l'uguaglianza di trattamento per i migranti irregolari, e stabilisce che "il datore di lavoro non è esonerato dalle sue obbligazioni contrattuali o legali, né può restringere in alcun modo la portata dei suoi obblighi a causa di tale irregolarità".¹⁰⁸⁸

d) La Convenzione di Ginevra sui rifugiati

Secondo la *Convenzione di Ginevra sui Rifugiati*, un rifugiato residente regolarmente sul territorio di uno Stato beneficia dello stesso trattamento dei cittadini per quanto riguarda "la remunerazione, compresi i contributi familiari, quando questi fanno parte della remunerazione, la durata del lavoro, il lavoro straordinario, le ferie pagate, le restrizioni relative al lavoro a domicilio, l'età minima per l'assunzione al lavoro, l'apprendistato e l'addestramento professionale, il lavoro delle donne ed il lavoro dei minori, il beneficio dei vantaggi previsti dai contratti collettivi".¹⁰⁸⁹ Inoltre, "i diritti a prestazioni dovute alla morte di un rifugiato, conseguente a un infortunio sul lavoro o ad una malattia professionale, non saranno pregiudicati dal fatto che l'avente diritto risiede al di fuori del territorio dello Stato contraente".¹⁰⁹⁰

e) Il sistema inter-americano

La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani, il cui approccio alla discriminazione nei confronti dei migranti è stato affrontato nel quinto capitolo, ha dichiarato che "una persona che fa ingresso nel territorio di uno Stato ed entra in una relazione lavorativa acquisisce i suoi diritti umani attinenti al lavoro nello Stato di impiego, indipendentemente dalla sua condizione legale, poiché il rispetto e la garanzia del godimento e dell'esercizio dei diritti deve essere effettuato senza alcuna discriminazione".¹⁰⁹¹ Anche "se i migranti irregolari sono assunti, essi immediatamente diventano possessori dei diritti dei lavoratori e non possono essere discriminati a causa della loro situazione irregolare. Questo è molto importante, perché uno dei problemi principali che si verifica nel contesto dell'immigrazione è che i lavoratori migranti privi del permesso di lavoro sono ingaggiati a condizioni più sfavorevoli rispetto agli altri lavoratori".¹⁰⁹² La Corte ha anche sottolineato l'obbligo di porre in essere provvedimenti per prevenire condotte discriminatorie contro i migranti da parte dei datori di lavoro nel settore privato: "lo Stato ha l'obbligo di rispettare e assicurare il rispetto dei diritti umani del lavoro di tutti i lavoratori, a prescindere dalla loro condizione di cittadini o di stranieri, e di non tollerare situazioni di discriminazione che pregiudichino i secondi nei rapporti di lavoro instaurati tra individui (datore di lavoro-prestatore di lavoro). Lo Stato non dovrebbe consentire ai datori di lavoro privati di violare i diritti dei lavoratori, o il rapporto contrattuale di infrangere gli

1088. Art. 25.3 CIDLM (traduzione ufficiosa).

1089. Art. 24.1(a), *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (traduzione Ministero dell'Interno).

1090. Art. 24.2, *ibid.* (traduzione Ministero dell'Interno).

1091. *Opinione Consultiva sui migranti senza documenti*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 33, parr. 133 e 134 (traduzione ufficiosa).

1092. *Ibid.*, par. 136 (traduzione ufficiosa).

standard internazionali”,¹⁰⁹³ che devono essere interpretati secondo il principio dell'applicazione della norma che meglio protegge l'individuo, in questo caso il lavoratore migrante.¹⁰⁹⁴

2. Il divieto di discriminazione e le donne lavoratrici migranti

Oltre ai problemi sul posto di lavoro descritti sopra, le donne migranti possono far fronte ad una serie di problematiche particolari sul luogo di lavoro, comprendenti forme molteplici e intrecciate di discriminazioni *de jure* e *de facto* a causa del loro *status* di migranti e di donne. Gravi problemi possono sorgere a causa di una radicata e sistematica discriminazione sul posto di lavoro contro le donne in generale, compreso in relazione alla gravidanza,¹⁰⁹⁵ inadeguata regolamentazione giuridica delle occupazioni prevalentemente femminili, incluso il settore informale, il luogo di lavoro, la violenza basata sul genere sul posto di lavoro e forme di abuso e di discriminazione migratoria, e i regolamenti in materia di residenza.

Standard e diritto internazionale tutelano le donne migranti da forme dirette e indirette di discriminazione, di diritto e di fatto, a causa del genere, che possono affrontare sul posto di lavoro,¹⁰⁹⁶ e dalla discriminazione che può sorgere per la loro condizione di cittadine straniere, rifugiate, lavoratrici migranti, così come da discriminazioni basate sulla razza o l'origine etnica.¹⁰⁹⁷ Inoltre, il diritto internazionale e gli standard prevedono che le situazioni in cui le donne possono affrontare forme intersettoriali o multiple di discriminazione, a causa di una combinazione di circostanze, devono essere oggetto di un'azione mirata.¹⁰⁹⁸

Il Comitato sull'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne, nel suo *Commentario Generale n. 26*, ha affrontato le violazioni e gli abusi dei diritti umani che le donne migranti lavoratrici possono subire, evidenziando delle azioni specifiche che gli Stati devono intraprendere per rispettare i loro obblighi internazionali di garantire i diritti alle donne migranti lavoratrici su di un livello d'uguaglianza. Le misure che dovrebbero essere adottate comprendono: (i) abolizione delle restrizioni discriminatorie relative alla migrazione, comprendendo quelle che escludono le donne da certe tipologie di impiego lavorativo o l'esclusione dal regime dei visti delle occupazioni a prevalenza femminile; (ii) assicurare la protezione giuridica dei diritti delle donne lavoratrici migranti, e, in particolare, assicurare che le occupazioni

1093. *Ibid.*, parr. 148, 146-147 e 149, 160 (traduzione ufficiosa).

1094. Si veda, *ibid.*, par. 156.

1095. Per un panorama degli standard internazionali relativi alla gravidanza ed ai diritti sul posto di lavoro vedi più avanti alla 4(d).

1096. Art. 11 CEDCD; artt. 3, 6 e 7 PIDESC; *Commentario Generale n. 16, op. cit.*, nota n. 22; CDU, *Commentario Generale n. 28, op. cit.*, nota n. 22.

1097. Vedi l'analisi nella precedente sezione 1.

1098. CDESC, *Commentario Generale n. 20, op. cit.*, nota n. 22, par. 17. Vedi anche, CDESC, *Commentario Generale n. 16, op. cit.*, nota n. 22, par. 5; CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 25, op. cit.*, nota n. 31, para.12; CDU, *Commentario Generale n. 28, op. cit.*, nota n. 22, par. 30. CEDR, *Raccomandazione Generale n. 25, op. cit.*, nota n. 21, parr. 1 e 2.

prevalentemente svolte dalle donne lavoratrici siano protette dalla legislazione sul lavoro e da normative in materia di salute e sicurezza; (iii) abolizione di regolamenti di residenza discriminatori che fanno dipendere i permessi di residenza delle donne lavoratrici migranti dal patrocinio di un datore di lavoro o di un coniuge; (iv) assicurare alle donne migranti un accesso reale ed effettivo ai mezzi di tutela, quando i loro diritti sono violati, includendo l'assicurazione che la perdita del permesso di lavoro o del salario non impedisca, in fatto ed in diritto, l'accesso ai ricorsi opportuni; (v) adottare concreti e significativi provvedimenti per garantire alle donne lavoratrici migranti il godimento di particolari diritti che potrebbero essere a rischio a causa della loro situazione lavorativa, riguardanti la libertà di movimento, l'integrità personale e la libertà dalla tortura e da altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti. Infine, il Comitato ha anche sottolineato il fatto che tutte le categorie di donne migranti hanno diritto alla protezione della Convenzione.¹⁰⁹⁹

Altri organi previsti dai trattati hanno affrontato la situazione delle donne lavoratrici migranti sul posto di lavoro. Per esempio, in un caso contro i Paesi Bassi, il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale ha rilevato che sono stati violati i diritti di una donna riconosciuti dalla relativa Convenzione a causa del licenziamento avvenuto durante la gravidanza in base ad una discriminazione fondata sul sesso e sullo condizione di straniero.¹¹⁰⁰

3. Particolari diritti sul lavoro

a) Retribuzione equa

La *Convenzione OIL sulla protezione dei salari n. 95* (96 ratifiche) prevede che “le retribuzioni in danaro devono essere versate esclusivamente in moneta avente corso legale, e si deve impedire il pagamento sotto forma di titoli all'ordine, di buoni o di cedole, o in qualsiasi altra forma che si consideri possa rappresentare la moneta avente corso legale.”¹¹⁰¹ Ai sensi della Convenzione, il salario deve essere pagato direttamente e regolarmente al lavoratore interessato, salvo che la legislazione nazionale disponga diversamente, ed è proibito al datore di lavoro limitare in qualsiasi modo la libertà del lavoratore di disporre del proprio salario.¹¹⁰² Gli Stati sono tenuti ad adottare misure volte a “promuovere [...] la parità di opportunità e trattamento in materia di occupazione e impiego, al fine di eliminare qualsiasi discriminazione in questa materia”,¹¹⁰³ comprendente la discriminazione basata sulla “razza, colore, sesso, religione, opinione politica, estrazione nazionale od origine

1099. CEDCD, *Commentario Generale n. 26, op. cit.*, nota n. 8.

1100. *Yilmaz-Dogan c. Paesi Bassi*, CEDR, Comunicazione n. 1/1984, Decisione del 29 settembre 1988.

1101. Art. 3.1, *Convenzione sulla protezione dei salari (C95)*, OIL, adottata il 1 luglio 1949 (traduzione ufficiale). La Convenzione prevede anche norme più dettagliate. Riferiamo qui solo quelle di carattere generale.

1102. Artt. 5, 6, 12.1, *ibid.*

1103. Art. 2, *Convenzione sull'uguaglianza di trattamento (sicurezza sociale) (C118)*, OIL, adottata il 28 giugno 1962 (traduzione ufficiale).

sociale”.¹¹⁰⁴ Inoltre, la Convenzione specifica che gli stipendi e i salari devono rispettare il principio dell’uguaglianza di retribuzione fra lavoratori e lavoratrici a parità di lavoro svolto.¹¹⁰⁵

In particolare, la questione della remunerazione delle lavoratrici è stata affrontata anche in materia di diritti umani e da diversi organismi di protezione dei diritti umani. Per esempio, l’art. 11(d) della *Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* specifica che gli Stati dovrebbero assicurare il diritto delle donne “alla parità di retribuzione, comprese le prestazioni aggiuntive, ed all’uguaglianza di trattamento per un lavoro di eguale valore, nonché il diritto all’uguaglianza di trattamento nella valutazione della qualità del lavoro.”

Il Comitato ha sottolineato il diritto delle donne alla retribuzione, specificando che “il lavoro non retribuito costituisce una forma di sfruttamento delle donne che è contraria alla Convenzione”. Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha notato che i diritti a giuste e favorevoli condizioni di lavoro, ai sensi dell’art. 7 del Patto, richiedono agli Stati di “identificare ed eliminare le cause alla base delle differenze di retribuzione, come, ad esempio, una valutazione lavorativa basata su pregiudizi di genere o la percezione dell’esistenza di differenze di produttività tra uomo e donna [...] adottare una legislazione che prescriva pari considerazione nella promozione, retribuzioni non salariali e pari opportunità e sostegno allo sviluppo attitudinale e professionale sul posto di lavoro.”¹¹⁰⁶

b) Il diritto al riposo e al tempo libero

Il diritto al riposo e al tempo libero è riconosciuto dal *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* e dagli strumenti OIL. Le convenzioni OIL stabiliscono che un lavoratore deve poter beneficiare di almeno ventiquattro ore consecutive di riposo nel periodo di sette giorni,¹¹⁰⁷ e che, come principio, la durata di lavoro non deve superare le otto ore giornaliere e le quarantotto ore settimanali.¹¹⁰⁸ Altre convenzioni prevedono i requisiti per le ferie retribuite.¹¹⁰⁹ La *Carta sociale europea (riveduta)* dispone il diritto ad almeno quattro settimane di ferie retribuite

1104. Art. 1(a), *ibid.* (traduzione ufficiosa).

1105. *Convenzione sull’uguaglianza nella remunerazione (C100)*, OIL, adottata il 29 giugno 1951. Si veda, *Raccomandazione Generale n. 13, Uguale remunerazione per lavoro di uguale valore*, CEDCD, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 1989; *Raccomandazione Generale n. 16, Lavoratrici non pagate nelle imprese familiari rurali e urbane*, CEDCD, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 1991, secondo gli artt. 2(c) e 11(c), (d) e (e) CEDCD.

1106. CDESC, *Commentario Generale n. 16, op. cit.*, nota n. 22, parr. 23-24 (traduzione ufficiosa). Gli stessi standard sono obbligazioni ai sensi degli artt. 11.1(a), (b), (c), (d) CEDCD; art. 4-3 CSE(r).

1107. *Convenzione sul riposo settimanale (industria) (C14)*, OIL, adottata il 17 novembre 1921; *Convenzione sul riposo settimanale (commercio ed uffici) (C106)*, OIL, adottata il 26 giugno 1957.

1108. Si veda, art. 2, *Convenzione sull’orario di lavoro (industria) (C1)*, OIL, adottata il 28 novembre 1919; art. 3, *Convenzione sull’orario di lavoro (commercio ed uffici) (C30)*, OIL, adottata il 28 giugno 1930.

1109. *Convenzione sulle vacanze pagate (riveduta) (C132)*, OIL, adottata il 24 giugno 1970 (sei giorni all’anno –40 ratifiche, 14 denunce); *Convenzione sulle vacanze pagate (mare) (C54)*, OIL, adottata il 24 ottobre 1936 (nove a dodici giorni all’anno –4 ratifiche; 2 denunce); *Convenzione sulle vacanze pagate (agricoltura)*

all'anno.¹¹¹⁰ La *Dichiarazione americana sui diritti e i doveri dell'uomo* prevede il diritto al tempo libero, anche se non indica delle precise condizioni.¹¹¹¹ Numerose convenzioni OIL trattano gli aspetti specifici del diritto a condizioni di lavoro sane e sicure.¹¹¹²

c) Cessazione del rapporto di lavoro

La *Convenzione OIL sul licenziamento (n. 158)* del 1982 prevede obblighi in materia di cessazione del rapporto di lavoro a iniziativa del datore di lavoro. Questa Convenzione non ha ancora ricevuto un'ampia ratifica da parte degli Stati.¹¹¹³ Tuttavia, il suo contenuto potrebbe essere usato da altre autorità internazionali per i diritti umani in considerazione degli obblighi dello Stato in materia di diritto al lavoro e di divieto di licenziamento senza giusta causa.¹¹¹⁴ Il principio di base consiste nel fatto che “un lavoratore non dovrà essere licenziato senza che esista un motivo valido di licenziamento legato alle capacità o alla condotta del lavoratore o fondata sulla necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio.”¹¹¹⁵ La Convenzione elenca una serie di motivazioni per cui la cessazione del rapporto di lavoro è vietata: “l'affiliazione sindacale o la partecipazione ad attività sindacali fuori dall'orario di lavoro o, con il consenso del datore di lavoro, durante l'orario di lavoro; sollecitare, esercitare o aver esercitato un mandato di rappresentanza dei lavoratori; presentare un'istanza o partecipare a procedure avviate contro un datore di lavoro in ragione di presunte violazioni della legislazione, o presentare un ricorso alle autorità amministrative competenti; l'età, il colore, il sesso, lo stato matrimoniale, le responsabilità familiari, lo stato di gravidanza, la religione, le opinioni politiche, l'estrazione nazionale o l'origine sociale; l'assenza dal lavoro durante il congedo maternità [;] l'assenza temporanea dal lavoro a causa di una malattia o di un incidente”.¹¹¹⁶

(C101), OIL, adottata il 26 giugno 1952 (34 ratifiche, 12 denunce); *Convenzione sulle vacanze pagate (riveduta)*, (C132), OIL, adottata il 24 giugno 1970 (tre settimane –35 ratifiche).

1110. Art. 2.3 CSE(r).

1111. Art. XV DADDU.

1112. *Convenzione sul benzene (C136)*, OIL, adottato il 23 giugno 1971; *Convenzione sul cancro occupazionale (C139)*, OIL, adottata il 24 giugno 1974; *Convenzione sull'ambiente di lavoro (inquinamento dell'aria, rumore e vibrazioni) (C148)*, OIL, adottata il 20 giugno 1977; *Convenzione sulla sicurezza e la salute sul lavoro (C155)*, OIL, adottata il 22 giugno 1981; *Protocollo del 2002 alla Convenzione sulla sicurezza e la salute sul lavoro (P155)*, OIL, adottato il 20 giugno 1981; *Convenzione sui servizi sanitari occupazionali (C161)*, OIL, adottata il 25 giugno 1985; *Convenzione sull'amianto (C162)*, OIL, adottata il 24 giugno 1986; *Convenzione sugli agenti chimici (C170)*, OIL, adottata il 25 giugno 1990; *Convenzione sulla prevenzione degli incidenti industriali maggiori (C174)*, OIL, adottata il 22 giugno 1993; *Convenzione sulla sicurezza e la salute nelle miniere (C176)*, OIL, adottata il 22 giugno 1995; *Convenzione sulla sicurezza e la salute nell'agricoltura (C184)*, OIL, adottata il 21 giugno 2001. Si veda, un'applicazione del corrispondente art. 2.4 CSE(r) in *STTK ry e They ry c. Finlandia*, CEDS, Ricorso n. 10/2000, Merito, 17 ottobre 2001.

1113. Al marzo 2011 vi erano 35 Stati Parte, cfr. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratific.pl?C158>

1114. Art. 7(d), *Protocollo del San Salvador*; art. 24 CSE(r); art. 13(c), *Protocollo alla CADUP sui diritti delle donne in Africa*; art. 11.2(a), CEDCD; art. 5.4.1(a) CIDLM.

1115. Art. 4, *Convenzione sul licenziamento (C158)*, OIL, adottata il 22 giugno 1982 (traduzione ufficiale).

1116. Artt. 5 e 6, *ibid.* (traduzione ufficiale).

La Convenzione prevede che ai lavoratori deve essere offerta la possibilità di contestare le accuse formulate nel licenziamento determinato da motivi legati alla condotta o al lavoro,¹¹¹⁷ mediante “ricorso contro tale provvedimento davanti a un organismo imparziale: un tribunale, un giudice del lavoro, una commissione arbitrale o un arbitro.”¹¹¹⁸ Se risulta ingiustificato il licenziamento e gli organismi menzionati “non hanno il potere di dichiarare invalido l’annullamento del licenziamento, o non lo ritengono praticabile, tenuto conto della legislazione e della prassi nazionale, e/o di ordinare o di proporre il reintegro del lavoratore, [...] dovranno essere abilitati ad ordinare il versamento di un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata.”¹¹¹⁹ In ogni caso, i lavoratori hanno diritto a un ragionevole periodo di preavviso.¹¹²⁰ La Convenzione dispone che “adeguate garanzie devono essere previste contro il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato che mirino ad eludere la protezione risultante dalla presente Convenzione.”¹¹²¹

Due importanti disposizioni (artt. 49.2 e 51) della *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari*, che riguardano solo i migranti che sono entrati nel Paese in una situazione regolare, richiedono la concessione di un certo lasso di tempo per dare la possibilità a un lavoratore migrante diventato disoccupato di cercare un altro lavoro, prima di essere privato del suo permesso di soggiorno. Più specificamente, l’art. 49.2 afferma che “i lavoratori migranti che nello Stato di impiego sono autorizzati a scegliere liberamente la loro attività remunerativa non devono essere considerati in una situazione irregolare e non devono perdere il loro permesso di soggiorno per il solo fatto che la loro attività remunerativa cessi prima della scadenza del loro permesso di lavoro o autorizzazione analoga.”¹¹²² L’altra disposizione (art. 51) è stata inserita al fine di offrire la stessa protezione ai migranti cui non è consentito di scegliere liberamente la propria attività remunerativa, a meno che il permesso di soggiorno sia espressamente subordinato a tale attività specifica per la quale sono stati ammessi nello Stato di impiego. Il Comitato sui Lavoratori Migranti ha applicato quest’ultima disposizione in due occasioni, riguardanti i casi in cui lo Stato non ha lasciato sufficiente tempo al lavoratore migrante per trovare un’occupazione alternativa e ha collegato in modo automatico la perdita del lavoro con la scadenza del permesso di soggiorno.¹¹²³ Un’analisi storica dei lavori preparatori alla Convenzione suggerisce che l’art. 51 sia stato introdotto al fine di proteggere i migranti da quei permessi di lavoro collegati a un unico datore

1117. Si veda, art. 7, *ibid.*

1118. Art. 8.1, *ibid.* (traduzione ufficiale). Sui poteri degli enti decisionali si veda l’art. 9.

1119. Art. 10, *ibid.* (traduzione ufficiale).

1120. Si veda, art. 11, *ibid.* Si veda anche, art. 4.4 CSE(r).

1121. Art. 2.3, *ibid.* (traduzione ufficiale).

1122. Si veda anche, art. 8, *Convenzione sui lavoratori migranti (norme addizionali)* (C143), OIL (traduzione ufficiale), che applica tale principio in maniera assoluta per i lavoratori migranti ed i loro familiari che siano presenti sul territorio per più di cinque anni.

1123. Si vedano, *Osservazioni conclusive sull’Azerbaijan*, CLM, UN Doc. CMW/C/AZE/CO/1, 19 maggio 2009, parr. 34-35; e *Osservazioni conclusive su El Salvador*, CLM, UN Doc. CMW/C/SLV/CO/1, 4 febbraio 2009, parr. 35 e 36.

di lavoro e che, di conseguenza, impediscono l'occupazione con un altro datore di lavoro. La disposizione consente implicitamente delle limitazioni al permesso di lavoro per quanto riguarda il lavoro da eseguire.¹¹²⁴

Parte del contenuto di questi articoli si riflette nelle osservazioni del Comitato sui Diritti Umani in sede di esame del principio di non discriminazione e del diritto alla vita privata e familiare.¹¹²⁵ Il Comitato ha dichiarato che gli Stati hanno l'obbligo di garantire ai migranti l'accesso completo ed effettivo ai documenti personali e che, al fine di fornire un rimedio per queste violazioni, uno Stato dovrebbe “considerare di istituire un meccanismo governativo cui i lavoratori migranti possano segnalare le violazioni dei loro diritti da parte dei datori di lavoro, tra cui il trattenimento dei documenti personali.”¹¹²⁶

La Commissione Africana ha rilevato che un provvedimento di espulsione improvviso, senza poter ricorrere ai giudici nazionali, può “compromettere gravemente [...] il diritto [del migrante] di continuare a lavorare [...] in condizioni eque e soddisfacenti”, risultando nella perdita del posto di lavoro in violazione del diritto al lavoro (art. 15 della *Carta africana dei diritti umani e dei popoli*).¹¹²⁷

d) Gravidanza

Una serie di disposizioni giuridiche internazionali prevedono il divieto di interrompere il rapporto lavorativo delle donne a causa della gravidanza, impedendo che esse siano sottoposte al test di gravidanza prima della migrazione o dell'assunzione, e che sia concesso il congedo di maternità retribuito o l'assistenza sociale. Il Comitato sui Diritti Umani ha ritenuto che pratiche come le richieste dei datori di lavoro di effettuare il test di gravidanza prima dell'assunzione violano il principio della parità di genere alla luce del diritto alla riservatezza (art. 3 e 17 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*).¹¹²⁸

L'art. 11 della *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne* prevede, tra le altre cose, che gli Stati Parte debbano “proibire, con l'imposizione di sanzioni, il licenziamento per causa di gravidanza o di congedo di maternità” e “istituire la concessione di congedi di maternità pagati, o che diano diritto a prestazioni sociali corrispondenti, con la garanzia del mantenimento

1124. Si veda, *Rapporto del Gruppo di Lavoro Aperto per la stesura della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei loro familiari*, Terzo Comitato, 43ª sessione, UN Doc. A/C.3/43/1, 20 giugno 1988, par. 53-66. Il rappresentante dell'Italia aveva chiarito questo approccio al testo, che era stato proposto dalla Finlandia in rappresentanza del Gruppo Scandinavo e Mediterraneo con emendamenti degli USA. Il rigetto della proposta dei Paesi Bassi conferma questa lettura. Gli artt. 51 e 49(2) erano fortemente opposti dalla Repubblica Federale Tedesca.

1125. Si veda, *Osservazioni Conclusive sulla Thailandia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 243, par. 23.

1126. *Ibid.*, par. 23 (traduzione ufficiosa).

1127. *IHRDA c. Angola*, CommADUP, *op. cit.*, nota n. 380, par. 76 (traduzione ufficiosa).

1128. CDU, *Commentario Generale n. 28, op. cit.*, nota n. 22, par. 20. Vedi anche, CEDCD, *Raccomandazione Generale n. 24, op. cit.*, nota n. 29, par. 22.

dell'impiego precedente, dei diritti di anzianità e dei vantaggi sociali.” L'art. 10 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali o culturali* richiede che, “per un periodo di tempo ragionevole prima e dopo il parto[, le] lavoratrici madri dovranno beneficiare [...] di un congedo retribuito o di un congedo accompagnato da adeguate prestazioni di sicurezza sociale.”¹¹²⁹ Il Comitato sui Diritti Umani ha ritenuto che pratiche come i test di gravidanza obbligatoria prima dell'assunzione non sono ammissibili ai sensi dell'art. 3 e 17 del Patto.¹¹³⁰ Una protezione supplementare in questo contesto è contemplata dalla *Convenzione OIL sulla protezione della maternità*.¹¹³¹

IV. Libertà di associazione nel diritto del lavoro: diritto di costituire dei sindacati o di aderirvi

La libertà di associazione è ampiamente protetta dai trattati sui diritti umani di livello globale e regionale, compresi l'art. 22 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e l'art. 8 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali o culturali*;¹¹³² la Costituzione OIL del 1919¹¹³³ e la Dichiarazione OIL di Filadelfia del 1944.

Il diritto di aderire, di non aderire e di istituire un sindacato è stato riconosciuto dalla Convenzione OIL n. 87 del 1948 come un diritto direttamente applicabile che può essere rivendicato in tribunale. L'art. 2 espone il principio di base:

“I lavoratori e i datori di lavoro, senza alcuna distinzione e senza autorizzazione preventiva, hanno il diritto di costituire e di divenire membri delle organizzazioni di loro scelta, salve le regole contenute negli statuti di queste ultime.”

Come dichiarato dal Congresso OIL del 1998, questo diritto comporta l'obbligo di promuovere e realizzare la libertà di associazione, che è vincolante per tutti i Membri dell'OIL, quindi anche per gli Stati che non sono parte della Convenzione n. 87.¹¹³⁴ La libertà di associazione include la libertà delle organizzazioni di elaborare i propri statuti e regolamenti, di eleggere i propri rappresentanti, di organizzare la

1129. Art. 10.2 PIDESC (traduzione UNICRI).

1130. Si veda, nota n. 1128.

1131. *Convenzione sulla protezione della maternità (C3)*, OIL, adottata il 28 novembre 1919 (29 Stati Parte, 5 denunce); *Convenzione sulla protezione della maternità (riveduta) (C103)*, OIL, adottata il 28 giugno 1952 (30 ratifiche, 11 denunce); *Convenzione sulla protezione della maternità (C183)*, OIL, adottata il 15 giugno 2000 (18 ratifiche). Benché tali trattati con abbiano ancora incontrato ampie ratifiche, possono essere utilizzati come strumenti d'interpretazione di obbligazioni che hanno origine nella CEDCD ed in altri trattati. Queste convenzioni si applicano indipendentemente dalla nazionalità.

1132. Art. 22 PIDCP; art. 8 PIDESC; artt. 20 e 23.4 DUDU; art. 10 CADUP; art. 35 CArDU; art. XXII DADDU; art. 16 CADU; art. 8, *Protocollo di San Salvador*; art. 11 CEDU; art. II.19.4(b) CSE(r). Si veda, sull'angolo sindacale, *Dichiarazione sui diritti umani degli individui che non sono cittadini del Paese in cui vivono*, art. 8.1(b); art. 5 CSE(r).

1133. Preambolo, *Costituzione OIL*.

1134. Art. 2, *Dichiarazione OIL del 1998*.

propria gestione e di formulare i propri programmi.¹¹³⁵ Le organizzazioni non sono soggette a scioglimento o a sospensione per via amministrativa,¹¹³⁶ e hanno il diritto di costituire ed aderire a federazioni e confederazioni di livello nazionale e internazionale.¹¹³⁷ L'esercizio di questi diritti da parte delle organizzazioni deve rispettare la legislazione nazionale, la quale “non deve essere applicata in modo da compromettere o ledere le garanzie” contenute nella Convenzione.¹¹³⁸ Infine, la libertà di associazione consiste anche nel diritto di non aderire a un sindacato.¹¹³⁹

La libertà di associazione in materia sindacale è stata ritenuta dalla Corte Inter-Americana “della massima importanza per la difesa dei legittimi interessi dei lavoratori, e fa parte del *corpus juris* dei diritti umani.”¹¹⁴⁰ Inoltre, la Corte ha specificato che tale garanzia “ha grande importanza, considerate la natura inalienabile di tale diritto, posseduto da tutti i lavoratori, **a prescindere dal loro status migratorio**, e sulla base del principio fondamentale della dignità umana sancito dall'art. 1 della Dichiarazione Universale”.¹¹⁴¹

Di notevole importanza per la Convenzione OIL è la specificazione che la libertà di associazione non può escludere gli *stranieri*, e deve essere garantita “senza distinzione alcuna”.¹¹⁴² Secondo il diritto internazionale dei diritti umani, l'esercizio della libertà di associazione può essere limitato quando le restrizioni sono:

- stabilite dalla legge;
- necessarie in una società democratica;¹¹⁴³

1135. Art. 3, *Convenzione sulla libertà di associazione e la protezione del diritto di organizzarsi* (C87), OIL, adottata il 9 luglio 1948. Altre convenzioni OIL rilevanti sono la *Convenzione sul diritto di organizzarsi e sulla contrattazione collettiva* (C98), OIL, adottata il 1 luglio 1949; e la *Convenzione sulle organizzazioni di lavoratori rurali* (C141), OIL, adottata il 23 giugno 1975.

1136. Art. 4, *ibid.*

1137. Art. 5, *ibid.*

1138. Art. 8, *ibid.* (traduzione ufficiosa).

1139. Si veda, *Young, James e Webster c. Regno Unito*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 7601/76; 7806/77, Sentenza del 13 agosto 1981, parr. 52, 57; *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*, C.edu, GC, Ricorsi n. 52562/99 e 52620/99, Sentenza dell'11 gennaio 2006; *Sigurjonsson c. Islanda*, C.edu, Ricorso n. 16130/90, Sentenza del 30 giugno 1993. Vedi anche, art. 10.2 CADUP; art. 8.3, *Protocollo di San Salvador*.

1140. *Baena-Ricardo et al. c. Panama*, C.IADU, Serie C n. 72, Sentenza del 2 febbraio 2001, par. 158 (traduzione ufficiosa).

1141. *Opinione Consultiva sui migranti senza documenti*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 33, par. 157 (grassetto aggiunto) (traduzione ufficiosa).

1142. Art. 2, *Convenzione sulla libertà di associazione e la protezione del diritto di organizzarsi* (C87), OIL. Vedi anche, art. 6.1(a)(ii), *Convenzione sulla migrazione economica (riveduta)* (C97), OIL.

1143. Per un'interpretazione del concetto di “necessità” in casi sindacali, si veda, *Young, James e Webster c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1139, par. 63.

- nell'interesse della sicurezza nazionale o della sicurezza pubblica, l'ordine pubblico, la protezione della salute e della morale o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.¹¹⁴⁴
- non discriminatorie.

In particolare, nessuna restrizione deve essere fondata sulla distinzione tra cittadini e stranieri, come è stato rilevato nelle dichiarazioni di numerose autorità dei diritti umani.¹¹⁴⁵ Per esempio, il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali ha riscontrato che le restrizioni sulla partecipazione e “la proibizione agli stranieri di occupare posizioni di responsabilità all'interno del sindacato è contraria al Patto”.¹¹⁴⁶

L'art. 5 della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* vieta la discriminazione razziale in relazione alla libertà di assemblea e di associazione e al diritto di costituire e di partecipare a un sindacato.¹¹⁴⁷ Nonostante il fatto che l'art. 1.2 della Convenzione consenta distinzioni tra cittadini e stranieri, il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale ha chiarito che tale articolo “deve essere interpretato in modo da non eludere il divieto generale di discriminazione e, quindi, non dovrebbe essere interpretato in modo da svalutare i diritti e le libertà riconosciute ed enunciate, in particolare, nella *Dichiarazione universale dei diritti umani*, nel *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* e nel *Patto internazionale sui diritti civili e politici*.”¹¹⁴⁸ Inoltre, il Comitato ha anche determinato che molti dei diritti previsti dall'art. 5, comprendente la libertà di associazione e il diritto di formare e aderire al sindacato, devono essere garantiti a tutti gli essere umani indipendentemente dalla loro condizione migratoria.¹¹⁴⁹

Anche l'art. 26 della *Convenzione internazionale per la protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari* enuncia il diritto di aderire ai sindacati, mentre l'art. 40, che si applica solo ai migranti regolari e alle loro famiglie, comprende anche il diritto di fondare dei sindacati. L'unica disposizione aggiuntiva, rispetto alla libertà

1144. Si vedano, art. 22.2 PIDCP; artt. 26.2 e 40.2 CIDLM; art. 16.2 CADU; art. 8.2, *Protocollo di San Salvador*; art. 27.2 CADUP; art. 11.2 CEDU (che aggiunge il motivo di “prevenzione del disordine e del crimine”); art. 35.2 CARDU. Vedi anche, *Baena-Ricardo et al. c. Panama*, C.IADU, *op. cit.*, nota n. 1140, parr. 156-159, 168-170; *Gozelik e al. c. Polonia*, C.edu, GC, Ricorso n. 44158/98, Sentenza del 17 febbraio 2004, parr. 64-65;

1145. Si vedano, *Osservazioni Conclusive sulla Repubblica di Corea*, CDU, *op. cit.*, nota n. 1068, par. 12; *Osservazioni Conclusive su El Salvador*, CDESC, Rapporto del Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali al Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, UN Doc. E/1997/22 (1997), pag. 34, par. 165; *Osservazioni Conclusive sul Kuwait*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 1068, par. 38; *Osservazioni Conclusive sul Costa Rica*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 954, par. 20; *Osservazioni Conclusive sul Messico*, CLM, *op. cit.*, nota n. 461, par. 36; *Osservazioni Conclusive sull'Ecuador*, CLM, *op. cit.*, nota n. 472, par. 42; *Osservazioni Conclusive sulle Filippine*, CLM, UN Doc. CMW/C/PHL/CO/1, 14 luglio 2009, par. 3.

1146. *Osservazioni Conclusive su El Salvador*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 1145, par. 165 (traduzione ufficiale); *Osservazioni Conclusive sul Costa Rica*, CDESC, *op. cit.*, nota n. 954, par. 20.

1147. Artt. 5(d)(ix) e (e)(ii) CIEDR.

1148. CEDR, *Raccomandazione Generale n. 30*, *op. cit.*, nota n. 18, par. 2 (traduzione ufficiale).

1149. Si veda, *ibid.*, parr. 3 e 35.

di associazione e ai diritti sindacali garantiti in generale dai trattati sui diritti umani e del lavoro, è il diritto di “cercare aiuto e assistenza dai sindacati”.¹¹⁵⁰

La Convenzione OIL n. 98 vincola gli Stati alla protezione dei lavoratori da comportamenti di discriminazione anti-sindacale, che comprendono i casi in cui l’impiego di un lavoratore sia condizionato alla mancata adesione o rinuncia all’associazionismo sindacale; in cui il licenziamento sia causato o pregiudizi siano arrecati al lavoratore in ragione della partecipazione ad attività sindacali al di fuori dell’orario di lavoro o, con il consenso del datore di lavoro, entro l’orario di lavoro.¹¹⁵¹

La *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* stabilisce che, “[p]er quanto riguarda le associazioni apolitiche e non lucrative e i sindacati professionali, gli Stati contraenti accorderanno ai rifugiati residenti regolarmente sul loro territorio il trattamento più favorevole accordato nelle stesse circostanze ai cittadini di un Paese estero.”¹¹⁵² Come è stato notato in precedenza, la tutela offerta dal diritto internazionale dei diritti umani è più ampia, dato che protegge anche la libertà di associazione dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo.

1150. Art. 26.1(c) CIDLM (traduzione ufficiosa). L’art. 8.1(a) del *Protocollo di San Salvador* è dichiarativo del diritto internazionale consuetudinario e quindi giustiziabile davanti alla Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani ai sensi dell’art. 19 del Protocollo stesso.

1151. Art. 1, *Convenzione sul diritto di organizzarsi e sulla contrattazione collettiva (C98)*, OIL (160 ratifiche). Vedi anche gli altri articoli per maggiore dettaglio.

1152. Art. 15, *Convenzione di Ginevra sui rifugiati* (traduzione Ministero dell’Interno).

Allegato 1: Come scegliere un meccanismo internazionale: una check list

I. Quale meccanismo si può utilizzare?

a) Il campo di applicazione delle obbligazioni internazionali

1. A quali trattati internazionali sui diritti umani lo Stato è parte?
2. Ha lo Stato in questione formulato riserve o dichiarazioni interpretative?
3. Sono tali riserve o dichiarazioni valide e ammissibili (per esempio, sono permesse dal trattato; sono contrarie all'oggetto e allo scopo del trattato)?

b) La giurisdizione temporale

1. Sono già entrati in vigore i trattati in questione?
2. Il trattato era entrato in vigore prima che avvenissero i fatti su cui verte il caso?
3. Se una ratifica o un accordo diversi dal trattato principale sono necessari per accedere al meccanismo di comunicazione individuale, previsto dal trattato in questione, ci sono stati tale ratifica o accordo?

c) La giurisdizione territoriale

1. I fatti oggetto del ricorso sono avvenuti nel territorio dello Stato in questione o, comunque, sono avvenuti sotto il controllo o l'autorità dello Stato in modo da attivare la sua giurisdizione?
2. L'organismo dei diritti umani cui il ricorso dovrebbe essere comunicato ha giurisdizione sullo Stato in questione?

d) La giurisdizione materiale

1. I fatti su cui la denuncia è fondata costituiscono violazione delle norme sui diritti umani previste da un trattato?
2. Quale sistema di protezione dei diritti umani risulta competente per ricevere ed esaminare le denunce delle avvenute violazioni?

e) Locus standi / Legittimazione a agire

1. È consentito all'istante introdurre il reclamo sul caso in questione secondo il meccanismo di comunicazione collettiva o individuale?

f) Limiti temporali/ La decorrenza del termine

1. Il reclamo sarà sottoposto dall'organo internazionale in questione entro il termine consentito? In caso di risposta negativa, quali altri sistemi di protezione internazionali sarebbero a disposizione?

II. Scelta del meccanismo: strategia

a) Uno o più organismi?

1. È possibile sottoporre il caso a uno o più meccanismi internazionali?
2. I meccanismi in questione escludono la possibilità di ricevere ricorsi che sono stati già esaminati o che vengono trattati congiuntamente da altri meccanismi?
3. Possono elementi diversi dello stesso caso essere sottoposti a meccanismi differenti?

b) Quale organismo è più adatto?

1. Con quale organismo si possono avere maggiori probabilità di successo del caso?
2. Quale trattato o meccanismo prevede garanzie più appropriate e più importanti o ha sviluppato una giurisprudenza più rilevante sulla questione?
3. Quale meccanismo prevede il sistema di misure provvisorie più adeguate se il caso ne richieda l'applicazione? Sono le misure provvisorie di un meccanismo piuttosto che di un altro rispettate maggiormente nello Stato in questione?
4. Quale meccanismo prevede i rimedi più efficaci per l'istante?
5. Quale meccanismo prevede il sistema più sicuro di esecuzione delle decisioni finali?

c) Effetti nel sistema domestico

1. Sono vincolanti oppure no le decisioni del tribunale in questione?
2. Quali effetti producono nel sistema nazionale le decisioni del meccanismo considerato? Esiste la possibilità di riaprire i procedimenti nazionali in seguito alla decisione del tribunale internazionale?
3. Qual è l'impatto politico della decisione internazionale nello Stato in questione?

Allegato 2: I mezzi internazionali di ricorso ed il loro uso

I. Utilizzo dei meccanismi e dei ricorsi internazionali

Esiste un numero di meccanismi internazionali, giudiziari e non giudiziari, utilizzabili dagli immigrati che cercano soluzioni alle violazioni dei loro diritti presso dei fori competenti.

I meccanismi internazionali dei diritti umani, che autorizzano la presentazione di ricorsi individuali, includono:

- **Meccanismi giudiziari:** I tribunali internazionali ricevono le denunce o i ricorsi individuali e hanno la competenza di interpretare e applicare gli strumenti dei diritti umani, dichiarare se il trattato è stato violato e stabilire i rimedi appropriati nei singoli casi esaminati. Le loro decisioni sono vincolanti e devono essere messe in atto dagli Stati coinvolti. I meccanismi giudiziari a tutela dei diritti umani includono: La Corte Europea dei Diritti Umani, la Corte Inter-Americana dei Diritti Umani e la Corte Africana dei Diritti Umani e dei Popoli.
- **Meccanismi quasi-giudiziari:** Questi enti hanno tutte le caratteristiche dei meccanismi giudiziari tranne per il fatto che le loro decisioni non sono vincolanti. Includono: il Comitato sui Diritti Umani, il Comitato sull'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne (CEDCD), il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale (CEDR), il Comitato contro la Tortura (CCT), il Comitato Europeo sui Diritti Sociali (CEDS), la Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani (Comm.IADU), la Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli (Comm.ADUP), il Comitato sui Lavoratori Migranti (CMW) e, quando entrerà in vigore il *Protocollo opzionale al Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali.
- **Meccanismi non giudiziari:** I meccanismi non giudiziari sono organismi che non hanno specifici mandati per sovrintendere a un trattato e le cui decisioni o osservazioni non sono vincolanti. La loro legittimazione deriva in genere dai trattati fondativi delle organizzazioni internazionali o regionali dalle quali essi derivano, piuttosto che da una specifica convenzione sui diritti umani. È il caso delle Procedure Speciali costituite dal Consiglio sui Diritti Umani delle Nazioni Unite.

1. Requisiti Preliminari

a) Giurisdizione (temporale, materiale e territoriale)

Gli organismi giudiziari e quasi-giudiziari internazionali possono pronunciarsi su qualsiasi presunta violazione, secondo la legge sottoposta alla loro giurisdizione. Questo concetto non deve essere confuso con la “competenza” di una corte o di un tribunale a esaminare un caso specifico. Nel diritto internazionale, la giurisdizione di un organismo internazionale viene equiparata alla portata della responsabilità internazionale di uno Stato. Essa si divide, perciò, in tre categorie: giurisdizione temporale (giurisdizione *ratione temporis* – che riguarda il periodo di tempo all’interno del quale lo Stato è vincolato dagli obblighi internazionali); giurisdizione materiale (giurisdizione *ratione materiae* – che riguarda i limiti dell’oggetto degli obblighi dello Stato); e giurisdizione territoriale (giurisdizione *ratione loci* – che riguarda la portata territoriale della responsabilità dello Stato).

i) Giurisdizione temporale (“*ratione temporis*”)

È un principio fondamentale del diritto internazionale che un meccanismo internazionale abbia giurisdizione per esprimersi su presunte violazioni del diritto internazionale accadute successivamente all’entrata in vigore per lo Stato dell’obbligo di rispettare l’obbligazione in questione.¹¹⁵³ Questo principio si applica in maniera equivalente ai meccanismi internazionali sui diritti umani, che hanno, quindi, giurisdizione solo in merito a fatti o azioni emerse solo dopo l’entrata in vigore del trattato in questione per lo Stato Membro.¹¹⁵⁴

Tuttavia, il principio si applica in maniera differente a situazioni differenti:

- **Fatti/azioni istantanei:** La situazione più semplice accade quando il fatto o l’azione contestati sono istantanei. In questo caso, è sufficiente verificare se l’azione sia accaduta prima o dopo l’entrata in vigore dell’accordo specifico;¹¹⁵⁵
- **Fatti/azioni continue:** Quando l’infrazione dell’obbligo ha carattere di continuità, il fatto o l’azione illeciti continuano finché non si sia posto termine alla situazione di violazione. Gli esempi includono sparizioni forzate o detenzioni arbitrarie, quando la persona continua a risultare scomparsa (si continua a non sapere dove si trovi) o detenuta, anche dopo l’entrata in vigore

1153. Si veda, Art. 13, *Progetto di articoli CDI sulla responsabilità degli Stati*. Si veda, inter alia, *Isola di Palmas* (Paesi Bassi/USA), UNRIAA, vol. II (Sales No. 1949.V.1), pag. 829, alla pag. 845 (1928); *Caso dei battelli Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C.H. White e Kate and Anna*, UNRIAA, vol. IX (Sales No. 59.V.5), pag. 66, alla pag. 69 (1902). Vedi anche, *Camerun settentrionale* (Cameroon c. Regno Unito), CGI, Questioni Preliminari, 2 dicembre 1963, ICJ Reports 1963, pag. 15, alla pag. 35; *Alcuni terreni di fosfati a Nauru* (Nauru c. Australia), CGI, Questioni Preliminari, 26 giugno 1992, ICJ Reports 1992, pag. 240, alle pagg. 253-255, parr. 31-36.

1154. Si veda, *X c. Germania*, Comm.edu, Ricorso n. 1151/61, Recueil des décisions, pag. 119 (1961).

1155. Si veda, art. 14.1, *Progetto di articoli CDI sulla responsabilità degli Stati*.

dell'accordo, indipendentemente dal fatto che la situazione ha avuto origine da un'azione/fatto accaduti prima di quella data.¹¹⁵⁶ Questo caso deve essere distinto da infrazioni di obblighi internazionali accadute e terminate prima dell'entrata in vigore dell'accordo, ma che producono ancora effetti dopo l'entrata in vigore del trattato. In tali casi, il meccanismo sarà comunque competente a esprimersi su violazioni collaterali: per esempio la mancanza di indagini sulle responsabilità per le violazioni dei diritti umani, se lo Stato non vi ha posto rimedio prima dell'entrata in vigore dell'accordo.¹¹⁵⁷

- **Infrazioni delle obbligazioni di prevenzione:** Questa situazione si verifica quando lo Stato ha l'obbligo di prevenire un dato evento, ma non vi ottempera. L'infrazione si estende lungo l'intero periodo durante il quale l'evento continua e perdura la violazione di tale obbligo.¹¹⁵⁸

ii) Giurisdizione materiale ("*ratione materiae*")

Questo tipo di giurisdizione si riferisce al trattato o all'obbligo internazionale di cui il meccanismo è il "custode" e comporta che non sia possibile fare ricorso a un meccanismo internazionale per una violazione dei diritti umani che non sia coperta dall'accordo di pertinenza.

Durante la valutazione della presenza di giurisdizione materiale, bisogna tenere presente che l'interpretazione evolutiva ha portato a un ampliamento di taluni diritti umani. Per esempio, è possibile dibattere contro gli sfratti forzati ai sensi del PIDCP e della CEDU, lamentando una violazione del diritto al rispetto per il domicilio e per la vita privata e familiare. Inoltre, la creazione di condizioni di vita che portino a una situazione d'indigenza può costituire una violazione del diritto alla vita (si veda il riquadro n. 14 nel capitolo quinto, sezione II.1(c)(iii)). Il confine tra diritti civili e politici e sociali, economici e culturali e tra differenti trattati non deve essere considerato in maniera restrittiva ed è raccomandata un'analisi attenta della giurisprudenza dei meccanismi.

Il Comitato sui Diritti Umani (CDU) è competente *ratione materiae* per le infrazioni al *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (PIDCP) ; il Comitato contro la Tortura (CCT) per la *Convenzione contro la tortura ed altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti* (CCT) ; il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale (CEDR) per la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* (CIEDR): il Comitato sull'Eliminazione della

1156. Si veda, *Blake c. Guatemala*, C.iadu, Serie C n. 36, Sentenza del 24 gennaio 1998, par. 67; *X c. Svizzera*, Comm.edu, Ricorso n. 7601/75, Decisione sull'ammissibilità, 12 luglio 1976. Sulle violazioni continue nel contesto delle sparizioni forzate, si veda, *Le sorelle Serrano Cruz c. El Salvador*, C.iadu, op. cit., nota n. 785, parr. 100 e 105.

1157. Si veda, art. 14.2, *Progetto di articoli CDI sulla responsabilità degli Stati*. Si veda, *Lovelace c. Canada*, CDU, Comunicazione n. R.6/24, Decisione del 30 luglio 1981. Si veda, *Moldovan e al. (2) c. Romania*, C.edu, op. cit., nota n. 859, parr. 104-106.

1158. Si veda, art. 14.3, *ibid.*

Discriminazione contro le Donne (CEDCD) per la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (CEDCD); il Comitato sui Lavoratori Migranti (CLM) per la *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei loro familiari* (CIDLM). Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (CESCR) sarà competente per le infrazioni del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* (PIDESC) quando il Protocollo opzionale al PIDESC¹¹⁵⁹ entrerà in vigore, cioè tre mesi dopo il deposito della decima ratifica.¹¹⁶⁰

A livello regionale, la Corte Europea dei Diritti Umani (C.edu) è competente ad accogliere i ricorsi riferiti alla *Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (CEDU). Il Comitato Europeo sui Diritti Sociali (CEDS) è competente per i ricorsi collettivi contro gli Stati parte al *Protocollo addizionale alla Carta sociale europea* ("Protocollo Addizionale del 1995") e per coloro i quali accettano la procedura di ricorso collettivo attraverso una dichiarazione secondo l'art. D della *Carta sociale europea (riveduta)*. Il CEDS è competente per la valutazione di ricorsi solo contro quei diritti della *Carta sociale europea* per i quali lo Stato Membro si è impegnato a essere vincolato.¹¹⁶¹

La Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani (Comm.IADU), istituita dalla Carta OAS,¹¹⁶² è competente¹¹⁶³ per la presa in esame di presunte violazioni della *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo* (DADDU), della *Convenzione americana sui diritti umani* (CADU) e del diritto di costituire e unirsi ad associazioni sindacali e del diritto all'istruzione secondo il *Protocollo addizionale alla Convenzione americana sui diritti umani in materia di diritti economici, sociali e culturali "Protocollo di San Salvador"*.¹¹⁶⁴ La Commissione ha stabilito anche che gli articoli 26 e 29 CADU possono permettere a questo organo di prendere in esame violazioni di diritti economici, sociali e culturali contenuti nel *Protocollo di San*

1159. *Protocollo opzionale al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, adottato dalla risoluzione dell'assemblea generale n. 63/117, UN Doc. A/RES/63/117, 10 dicembre 2008 (PO-PIDESC).

1160. Art. 18 PO-PIDESC. All'8 marzo 2011, le sole ratifiche presenti erano quelle di Ecuador, Mongolia e Spagna.

1161. Si veda, art. 11, *Protocollo addizionale alla Carta sociale europea istituente un sistema di ricorsi collettivi* (PA-CSE); e l'art. A (Parte II), CSE(r).

1162. Art. 106, *Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani* (Carta OAS).

1163. Si veda, art. 23, *Regolamento di procedura della Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani*, approvate dalla Commissione al suo 1370 periodo regolare di sessioni, tenutosi dal 28 ottobre al 13 novembre 2009 (Regolamento di procedura Comm.IADU). Altri trattati sui diritti umani di competenza della Commissione Inter-Americana sono il *Protocollo alla Convenzione americana sui diritti umani per l'abolizione della pena di morte*, la *Convenzione inter-americana per la prevenzione e la punizione della tortura*, la *Convenzione inter-americana sulla sparizione forzata di persone*, e/o la *Convenzione inter-americana per la prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne* "Convenzione di Belém do Pará".

1164. Si veda, art. 19.6, *Protocollo di San Salvador*. Si veda, *Associazione nazionale di ex impiegati c. Perù*, Comm. IADU, op. cit., nota n. 822, par. 69; *Pensionati della National Agricultural Development Bank (BANDESA) c. Guatemala*, Comm.IADU, Petizione n. 1380-06, Rapporto n. 102/09, Decisione sull'ammissibilità, 29 ottobre 2009, par. 24; *Tena Colunga et al. c. Mexico*, Comm.IADU, Petizione n. 2582/02, Rapporto n. 44/04, Decisione sull'ammissibilità, 13 ottobre 2004, parr. 39-40; *Meneses de Jiménez c. Colombia*, Comm.IADU, Petizione n. 2779-02, Rapporto n. 50/10, Decisione sull'ammissibilità, 18 marzo 2010, parr. 45-46.

Salvador.¹¹⁶⁵ La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani (C.iadu) ha giurisdizione in materia di violazioni della *Convenzione americana sui diritti umani* solo contro Stati che l'hanno accettata tramite una dichiarazione resa secondo l'articolo 62 CADU. Essa può anche pronunciarsi su violazioni del diritto di costituire e unirsi ad associazioni sindacali e del diritto all'istruzione secondo il *Protocollo di San Salvador*.¹¹⁶⁶

La Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli (Comm.ADUP) è competente a esaminare le denunce contro gli Stati Parte per violazioni della *Carta africana sui diritti umani e dei popoli* (CADUP).¹¹⁶⁷ La Corte Africana dei Diritti Umani e dei Popoli è competente ad esaminare le denunce per infrazioni della Carta Africana e di ogni altro strumento di tutela dei diritti umani ratificato da uno Stato Membro al Protocollo che istituisce la Corte.¹¹⁶⁸

iii) Giurisdizione territoriale (“*ratione loci*”)

La giurisdizione *ratione loci* stabilisce la portata geografica degli obblighi dello Stato in merito ai diritti umani. La maggior parte delle volte, uno straniero sarà evidentemente sotto la giurisdizione dello Stato quando entrerà nel suo territorio. È indiscutibile che gli Stati devono garantire, assicurare e proteggere i diritti umani di chiunque si trovi sul loro territorio.¹¹⁶⁹ Ciò accade anche quando lo straniero si trovi in una “zona franca” o “zona d’attesa” di un aeroporto.¹¹⁷⁰

Tuttavia, gli Stati non solo hanno l’obbligo di assicurare e proteggere i diritti umani di chiunque si trovi sul loro territorio, ma anche di tutte le persone che si trovano sottoposte alla loro giurisdizione. Il termine “giurisdizione” ha una portata più ampia del mero territorio nazionale dello Stato. Esso si applica a tutte le persone che ricadono sotto l’autorità o sotto l’effettivo controllo delle autorità statali o di altre persone che agiscono per conto dello Stato, e a tutte le zone extra-territoriali, siano parte di uno Stati straniero o no, dove lo Stato esercita un controllo effettivo.¹¹⁷¹ Inoltre, quando persone o gruppi che agiscono sotto l’autorità dello Stato si trovano ad agire fuori dal territorio del proprio Stato, in maniera tale da portare le vittime delle violazioni sotto la propria autorità, essi portano la persona o i beni interessati

1165. Si veda, *Sanchez Villalobos e al. c. Costa Rica*, Comm.IADU, Petizione n. 12.361, Rapporto n. 25/04, Decisione sull'ammissibilità, 11 marzo 2004, par. 52; *Meneses de Jiménez c. Colombia*, Comm.IADU, op. cit., nota n. 1164, par. 46.

1166. Si veda, art. 19.6, *Protocollo di San Salvador*. Si veda, *Baena-Ricardo et al. c. Panama*, C.iadu, op. cit., nota n. 1140, par. 97.

1167. Art. 55 CADUP.

1168. Art. 3, *Protocollo alla Carta africana sui diritti umani e dei popoli sull'istituzione di una Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli* (P-CADUP sulla Corte Africana).

1169. Art. 2.1 PIDCP; art. 2.1 CDF; art. 7 CIDLM; art. 1 CEDU; art. 1.1 CADU; art. 3.1 CARDU.

1170. *Amuur c. France*, C.edu, op. cit., nota n. 45, parr. 52-53.

1171. Si veda, nota n. 46.

dalle azioni all'interno della giurisdizione dello Stato, a prescindere dal territorio in cui le azioni hanno avuto luogo o in cui si trovano la persona o i beni.¹¹⁷²

Per esempio, la Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito che la giurisdizione ha portata extra-territoriale in diverse situazioni, anche al di fuori del territorio degli Stati Membri della Convenzione Europea dei Diritti Umani – compresi l'Iraq settentrionale¹¹⁷³, il Kenya¹¹⁷⁴, il Sudan¹¹⁷⁵, l'Iran¹¹⁷⁶, una zona-cuscinetto neutrale delle Nazioni Unite¹¹⁷⁷, e nelle acque internazionali.¹¹⁷⁸ Gli obblighi sui diritti umani si applicano in maniera identica allo Stato che esercita giurisdizione extra-territoriale - per esempio, una potenza occupante, una base militare all'estero o uno Stato che mantiene attivo un centro di detenzione extra-territoriale - secondo quanto autorevolmente affermato in merito ad obblighi comparabili in base alla CCT, il PIDCP, la CEDU¹¹⁷⁹, dalla Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani¹¹⁸⁰ e dalla *Convenzione sui rifugiati*.¹¹⁸¹

1172. Si veda, *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nel territori palestinesi occupati*, op. cit., nota n. 46, par. 109; *Lopez Burgos c. Uruguay*, CDU, op. cit., nota n. 46, par. 12.1-12.3; *Ciliberti de Casariego c. Uruguay*, CDU, op. cit., nota n. 46; *Commentario Generale n. 31*, CDU, op. cit., nota n. 46, par. 10; *Issa e al. c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 46, par. 71; *Öcalan c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 47, par. 91; *Ramirez c. Francia*, Comm.edu, op. cit., nota n. 47; *W.M. c. Danimarca*, Comm.edu, Ricorso n. 17392/90, Decisione sull'ammissibilità, 14 ottobre 1992, par. 1-2; *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 12747/87, 26 giugno 1992, par. 91; *Loizidou e al. c. Turchia*, C.edu, GC, Ricorso n. 15318/89, 23 marzo 1995, par. 62; *Ilascu e al. c. Moldavia e Federazione Russa*, C.edu, GC, Ricorso n. 48787/99, 4 luglio 2001; *Freda c. Italia*, Comm.edu, Plenaria, Ricorso n. 8916/80, Decisione sull'ammissibilità, 7 ottobre 1980 par. 3; *X. c. Regno Unito*, Comm.edu, Ricorso n. 7547/76, Decisione sull'ammissibilità, 15 dicembre 1977, par. 81; *X. c. Repubblica Federale Tedesca*, Comm.edu, Ricorso n. 1611/62, Decisione sull'ammissibilità, 25 settembre 1965; *Cipro c. Turchia*, Comm.edu, Plenaria, Ricorsi n. 6780/74-6950/75, 26 maggio 1975, par. 8 e 10; *Hess c. Regno Unito*, Comm.edu, Ricorso n. 6231/73, Decisione sull'ammissibilità, 28 maggio 1975; *X e Y c. Svizzera*, Comm.edu, Ricorsi n. 7289/75-7349/76, Decisione sull'ammissibilità, 14 luglio 1977, par. 2; *W. c. Regno Unito*, Comm.edu, Ricorso n. 9348/81, 28 febbraio 1983, par. 5; *Victor Saldaño c. Argentina*, Comm.IADU, op. cit., nota n. 46, par. 17; *Coard et al. c. Stati Uniti*, Comm.IADU, op. cit., nota n. 46, par. 37.

1173. *Issa e al. c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 46

1174. *Öcalan c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 47.

1175. *Ramirez c. Francia*, Comm.edu, op. cit., nota n. 47.

1176. *Pad e al. c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 47.

1177. *Isaak e al. c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 47.

1178. *Khavara e al. c. Italia e Albania*, C.edu, op. cit., nota n. 46; e, *Women on Waves e al. c. Portogallo*, C.edu, op. cit., nota n. 46.

1179. Si veda, inter alia, *Al-Sadoon e Mufti c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 376.

1180. Si veda, *Caso sui respingimenti ad Haiti*, Comm.IADU, op. cit., nota n. 46, par. 163, 168 e 171.

1181. *Osservazioni Conclusive sugli USA*, CCT, op. cit., nota n. 46, par. 20; *Osservazioni Conclusive sugli USA*, CDU, op. cit., nota n. 322; ACNUR, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, Opinione, Sir Elihu Lauterpacht CBE QC, Daniel Bethlehem, Barrister, par. 62-67, conclude che: "il principio di *non-refoulement* si applica alla condotta dei pubblici ufficiali dello Stato o a coloro che agiscono in rappresentanza dello Stato ovunque il fatto avvenga, sia al di fuori del territorio nazionale dello Stato in questione, ai posti di frontiera o presso altri punti d'ingresso, nelle zone internazionali, nei punti di transito, ecc." (traduzione ufficiosa). Vedi anche, par. 242. Si veda inoltre, ACNUR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-refoulement Obligations*, op. cit., nota n. 292; CCT, *Commentario Generale n. 2*, op. cit., nota n. 31, par. 7, 16 e 19; Nowak e McArthur, op. cit., nota n. 376, p.129, par. 4; pag.147, par. 72 e pag. 199, par. 180-1; CDU, *Commentario Generale n. 31*, op. cit., nota n. 46, par. 10-11; *Osservazioni Conclusive sul Regno Unito*, CCT, op. cit., nota n. 376, par. 4(b) e 5(e).

Di particolare rilevanza per i migranti è il fatto che la giurisdizione dello Stato può estendersi, in determinate situazioni, alle acque internazionali. La Comm.IADU ha stabilito che l'intercettazione e il ritorno dei richiedenti asilo, in mare aperto, ai loro Paesi d'origine costituisce una violazione del loro diritto di cercare asilo in un Paese straniero, come garantito dalla Dichiarazione e dalla Convenzione Americana.¹¹⁸² La Corte Europea dei Diritti Umani ha chiaramente affermato che le misure d'intercettazione di natanti, anche in mare aperto, ricadono sotto la giurisdizione dello Stato che compie l'intercettazione. Dal momento dell'effettiva presa di controllo del natante, tutte le persone su di esso ricadono sotto la giurisdizione dello Stato che compie l'intercettazione, che deve assicurare e tutelare i loro diritti umani.¹¹⁸³ Il Comitato contro la Tortura ha anche stabilito che il sequestro di un natante in acque internazionali, e anche il controllo sui passeggeri in territorio straniero al fine di procedere alla loro identificazione e al rimpatrio, ricadono sotto la giurisdizione dello Stato che ha il controllo su di loro.¹¹⁸⁴ Gli stessi principi si applicano nel contesto di operazioni di salvataggio in mare, analizzate nel primo capitolo.

In un caso riguardante la tratta di esseri umani, la Corte Europea dei Diritti Umani ha ritenuto che fosse valida la giurisdizione dello Stato di origine della persona vittima della tratta, nella misura in cui la situazione fosse pertinente agli obblighi di protezione della vittima dalla tratta.¹¹⁸⁵

b) Legittimazione a agire

Il termine “*locus standi*” si riferisce alla questione su chi abbia la legittimazione a presentare un'istanza o una denuncia per una violazione dei diritti umani di fronte ad un meccanismo internazionale. Mentre alcuni meccanismi internazionali a carattere giudiziario o quasi-giudiziario permettono la presentazione di ricorsi individuali, altri permettono la presentazione di “ricorsi collettivi” da parte di gruppi.

- **Ricorsi individuali:** Alcuni meccanismi consentono unicamente alle vittime di una violazione, o a coloro che presentano l'istanza a nome delle vittime, di depositare un ricorso. Determinati meccanismi permettono alle ONG per i diritti umani di presentare un ricorso a nome delle vittime, anche senza la loro diretta autorizzazione, una volta dimostrata l'impossibilità o l'estrema difficoltà di ottenere l'autorizzazione per ragioni indipendenti dalle vittime stesse.
- **Ricorsi collettivi:** Questo meccanismo consente alle organizzazioni di mettere in discussione una situazione generale, legale o di fatto, che dà origine o potrebbe dare origine a violazioni di diritti umani, senza fare riferimento a ricorsi individuali.

1182. *Caso sui respingimenti ad Haiti*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 46, parr. 156, 157 e 163.

1183. Si veda, *Medvedev et al. c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 51, parr. 62-67.

1184. *J.H.A. c. Spagna*, CCT, *op. cit.*, nota n. 265, par. 8.2.

1185. *Rantsev c. Cipro e Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 235, parr. 206-208.

i) Legittimazione a presentare un'istanza individuale: il significato di "vittima"

Nei meccanismi a ricorso individuale, la legittimazione è generalmente accordata a persone che sono "vittime" di una violazione di diritti umani. Le vittime possono essere sia dirette sia indirette. Una vittima è generalmente una persona direttamente colpita dalla violazione dei diritti umani coinvolti.¹¹⁸⁶ Tuttavia, possono emergere casi particolari in cui il nesso causale diretto è più indeterminato. Per esempio, l'esistenza di una legge che potenzialmente ostacola l'individuo nell'affermazione dei propri diritti, sebbene la persona non abbia ancora infranto la legge, può porre l'individuo nella situazione di "vittima", se il rischio che la legge venga applicata quando viene commessa l'azione contraria ad essa è più che una possibilità puramente teorica.¹¹⁸⁷ Inoltre, le leggi possono violare i diritti dell'individuo anche quando l'individuo può non esserne a conoscenza, perché la legge rende impossibile tale grado di consapevolezza, ad esempio nel caso di alcuni tipi di sorveglianza.¹¹⁸⁸ Gli individui possono essere anche vittime indirette di una violazione o possono subire quelle che si potrebbero chiamare "violazioni collaterali". È riconosciuto, ad esempio, che i parenti di una vittima di tortura o di sparizione possono subire una violazione del loro diritto a non essere soggetti a maltrattamenti per il semplice fatto di essere stati esposti a questa situazione.¹¹⁸⁹ Infine, in casi di espulsione che potrebbero trasgredire gli obblighi sui diritti umani di uno Stato, perché potrebbero essere contrari al principio di *non-refoulement* o interferire in maniera sproporzionata con il diritto al rispetto della vita familiare, un individuo può essere considerato vittima nonostante che si tratti di violazioni potenziali e non attuali (si veda nel secondo capitolo).

ii) Meccanismi a ricorso individuale

Gli organismi universali di monitoraggio dei trattati sui diritti umani non si occupano di ricorsi collettivi. I ricorsi possono essere presentati da individui che dichiarano di essere vittime di una violazione da parte di uno degli Stati Parte di uno dei diritti previsti dal trattato sui diritti umani per il quale l'organismo è competente.¹¹⁹⁰ Se la violazione riguarda un gruppo di persone, esse possono presentarsi

1186. Le imprese possono anch'esse essere vittime, ma, considerato l'oggetto della presente Guida, tratteremo solamente degli individui.

1187. Si veda, *Caso delle donne delle Mauritius*, CDU, op. cit., nota n. 55; *Toonen c. Australia*, CDU, Comunicazione n. 488/1992, Decisione del 31 marzo 1994, par. 8.2 e 9. Si veda, *Dudgeon c. Regno Unito*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 7525/76, Sentenza del 22 ottobre 1981; *Norris c. Irlanda*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 10581/83, Sentenza del 26 ottobre 1988; *Open Door e Well Woman c. Irlanda*, C.edu, Plenaria, Ricorsi n. 14234/88; 14235/88, Sentenza del 29 ottobre 1992; *Campbell e Cosans c. Regno Unito*, Comm.edu, Ricorsi n. 7511/76; 7743/76, Rapporto del 16 maggio 1980.

1188. *Klass e al. c. Germania*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 5029/71, Sentenza del 6 settembre 1978.

1189. Si veda, *Quinteros Almeida c. Uruguay*, CDU, Comunicazione n. 107/1981, Decisione del 21 luglio 1983, par. 14; *Staselovich e Lyashkevich c. Bielorussia*, CDU, Comunicazione n. 887/1999, Decisione del 3 aprile 2003, par. 9.2. Si veda, *Kurt c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 664.

1190. Si veda, art. 1, *Protocollo opzionale al Patto internazionale sui diritti civili e politici* (PO-PIDCP); art. 2 PO-PIDESC; art. 2, *Protocollo opzionale alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (PO-CEDCD); art. 113(a), *Regolamento di procedura del Comitato contro la Tortura*, UN Doc.

come gruppo.¹¹⁹¹ Il ricorso può essere presentato dall'individuo personalmente o da una terza parte che agisce in nome e per conto dell'individuo o del gruppo, che dichiara di essere vittima, con la loro autorizzazione.¹¹⁹² Un'altra questione riguarda se le terze persone o enti possano agire in nome e per conto degli individui o dei gruppi che dichiarano di essere vittime senza la loro autorizzazione. Gli organismi universali generalmente lo consentono, a condizione che la persona o l'ente che fa ricorso giustifichi la mancanza di autorizzazione, per esempio, perché la vittima si trova in una situazione particolare di rischio o vulnerabilità che la ostacola nell'avvalersi della procedura di comunicazione, o perché la violazione è talmente diffusa da rendere impossibile ottenere l'autorizzazione da tutte le persone coinvolte.¹¹⁹³

La **Corte Europea dei Diritti Umani** riceve richieste da diversi attori – persone individuali, ONG, o gruppi di individui – che dichiarano di essere vittime (dirette o indirette) di presunte violazioni.¹¹⁹⁴ Le richieste non possono essere anonime, ma il Presidente della Camera garantisce l'anonimità del ricorso nella sua comunicazione alle altre parti o al pubblico, quando il ricorrente ha addotto motivazioni sufficienti per giustificare la deroga alla normale regola procedurale.¹¹⁹⁵

Per quanto riguarda la **Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani**, ogni persona o gruppo di persone, o qualunque ente non governativo legalmente riconosciuto in uno o più Stati Membri dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS) può depositare istanze contenenti denunce di violazione della Convenzione da parte di uno Stato.¹¹⁹⁶ Nella pratica, tuttavia, la Commissione richiede frequentemente che l'autore di un ricorso sia una vittima o parente di una vittima, o abbia un mandato per agire in nome e per conto della vittima o di un parente della vittima. La Commissione ha affermato chiaramente che “il ricorrente deve dichiarare di essere vittima di una violazione della Convenzione, o deve presentarsi davanti alla Commissione in qualità di rappresentante di una presunta vittima di una violazione della Convenzione da parte di uno Stato Membro. Non è sufficiente, per il ricorrente, dichiarare che la mera

CAT/C/3/Rev.5, 21 febbraio 2011 (Regolamento di procedura CCT); art. 91(b), *Regolamento di procedura del Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale* (Regolamento di procedura CEDR). Vedi anche, art. 68.1, *Regolamento e procedure del Comitato sull'eliminazione della discriminazione contro le donne*, UN Doc. A/56/38 (SUPP), come emendato da A/62/38 (SUPP, capitolo V) (Regolamento di procedura CEDCD).

1191. Questa condizione, valida per tutti gli organismi emananti dai trattati, è resa esplicita dall'art. 2 PO-PIDESC e l'art. 2 PO-CEDCD. Vedi anche, art. 68.1, *Regolamento di procedura CEDCD*.

1192. Si veda, art. 96(b), *Regolamento di procedura del Comitato sui Diritti Umani*, UN Doc. CCRP/C/3/Rev.9, 13 gennaio 2011 (Regolamento di procedura CDU); art. 2 PO-PIDESC; art. 113(a), *Regolamento di procedura CCT*; art. 91(b), *Regolamento di procedura CEDR*; art. 2 PO-CEDCD. Vedi anche, art. 68(1), *Regolamento di procedura CEDCD*.

1193. Si veda, art. 96(b), *Regolamento di procedura CDU*; art. 2 PO-PIDESC; art. 91(b), *Regolamento di procedura CEDR*; e art. 2, PO-CEDCD. Vedi anche, art. 68.1, *Regolamento di procedura CEDCD*; art. 113(a), *Regolamento di procedura CCT*.

1194. Art. 34 CEDU.

1195. Art. 47.3, *Regolamento della Corte*, C.edu, 1 giugno 2010, Strasburgo (Regolamento di procedura C.edu). Si veda per dettagli sull'applicazione l'intero art. 47.

1196. Art. 44 CADU.

esistenza di una legge viola i suoi diritti secondo la Convenzione Americana, ma è necessario che la legge sia stata applicata a suo danno”.¹¹⁹⁷

iii) Meccanismi a ricorso collettivo: il Comitato Europeo sui Diritti Sociali

Il sistema di ricorso collettivo del **Comitato Europeo sui Diritti Sociali** non permette la formulazione di ricorsi individuali, ma conferisce la legittimazione ad agire davanti ad esso a determinate organizzazioni, e precisamente:

- Organizzazioni internazionali di imprenditori e sindacati;
- Altre organizzazioni internazionali non governative che hanno funzione consultiva presso il Consiglio d'Europa e sono state inserite in una lista costituita a tale scopo dal Comitato Governativo;
- Organizzazioni nazionali rappresentative d'imprenditori e sindacati all'interno della giurisdizione della Parte Contraente contro la quale essi hanno depositato una denuncia;
- Organizzazioni non governative nazionali con competenza nelle materie regolate dalla Carta, che hanno ricevuto autorizzazione dallo Stato Contraente di origine a depositare ricorsi contro di esso.¹¹⁹⁸

iv) Ricorsi individuali e collettivi

L'art. 55 della Carta Africana non pone alcuna restrizione in merito a chi sia abilitato a sottoporre casi alla **Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli**. La Commissione ha interpretato questa disposizione come concessione di *locus standi* alle vittime e alle loro famiglie, ma anche a ONG e altri che agiscono in nome e per loro conto, anche quando non sono rappresentanti delle vittime. Anzi, per la Commissione Africana, “la Carta Africana non necessita l'identificazione delle vittime in una comunicazione. Secondo i termini dell'art. 56(1), è richiesta solo l'identificazione dell'autore o degli autori della comunicazione”.¹¹⁹⁹ Questa posizione è un principio affermato della giurisprudenza della Commissione Africana.¹²⁰⁰

La *Carta africana sui diritti e del benessere del bambino* (CADBB) ha costituito un Comitato Africano di Esperti sui Diritti e sul Benessere del Bambino per monitorare la

1197. *Montoya González c. Costa Rica*, Comm.IADU, Caso 11.553, Rapporto n. 48/96, Decisione sull'ammissibilità, 16 ottobre 1996, par. 28 (traduzione ufficiosa).

1198. Artt. 1 e 2, PA-CSE.

1199. *FIDH, National Human Rights Organisation (ONDH) e Rencontre Africaine pour la Defense des Droits de l'Homme (RADDDHO) c. Senegal*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 304/2005, 40a sessione ordinaria, 15-29 novembre 2006, par. 40 (traduzione ufficiosa).

1200. Si veda, come riferimento, *Malawi African Association e al. c. Mauritania*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 923. Vedi anche, *Mgwanga Gunme et al. c. Cameroon*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 266/2003, 45a sessione ordinaria, 13-27 maggio 2009, par. 67.

sua attuazione da parte degli Stati Membri.¹²⁰¹ L'art. 44 di questo trattato stabilisce che il Comitato “possa ricevere comunicazione, da qualunque persona, gruppo o organizzazione non governativa riconosciuta dall'Organizzazione dell'Unità Africana, da uno Stato Membro, o dalle Nazioni Unite, in relazione ad ogni argomento coperto da questa Carta”.¹²⁰² Il Comitato perciò è competente a esaminare sia ricorsi individuali che collettivi.

v) Meccanismi ad accesso indiretto

Gli individui non possono presentare direttamente un ricorso alla Corte Inter-Americana dei Diritti Umani o alla Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli. Esse generalmente accettano casi presentati da un meccanismo sui diritti umani che agisce a livello inferiore (le Commissioni Inter-Americana e Africana) o da uno Stato.

Per la **Corte Inter-Americana dei Diritti Umani** solo uno Stato Membro e la Commissione Inter-Americana hanno il diritto di sottoporre un caso alla Corte.¹²⁰³ Tuttavia, nei casi di fronte alla Corte, presunte vittime, i loro parenti o i loro rappresentanti regolarmente accreditati hanno il permesso di partecipare ai procedimenti sottoponendo autonomamente istanze, richieste e prove durante il procedimento. Essi possono anche richiedere l'adozione di misure provvisorie.¹²⁰⁴

La **Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli** accetta solo casi sottoposti ad essa dalla Commissione, dallo Stato Membro che ha depositato un ricorso presso la Commissione, dallo Stato Membro contro il quale il ricorso è stato presentato presso la Commissione, dallo Stato Membro il cui cittadino è vittima di una violazione dei diritti umani, e dalle organizzazioni inter-governative africane. La Corte può conferire a ONG rilevanti lo *status* di osservatore di fronte alla Commissione, e agli individui la possibilità di presentare i casi direttamente ad essa.¹²⁰⁵ Le ONG perciò avranno bisogno di ottenere un'approvazione previa dalla Commissione Africana, mentre le persone individuali dovranno chiedere il permesso alla Corte, agendo caso per caso. Il *Regolamento provvisorio della Corte* non specifica che la Corte “può conferire”, ma che queste due categorie di richiedenti “hanno titolo” per sottoporre casi alla Corte, suggerendo che, nel suo lavoro, la Corte eserciterà, in modo non sfavorevole, la propria discrezionalità sulla concessione della legittimazione ad agire a persone

1201. Art. 32 CADBB.

1202. Art. 44.1 CADBB (traduzione ufficiosa).

1203. Art. 61.1 CADU.

1204. Si veda, art. 27, *Regolamento di procedura della Corte Inter-Americana dei Diritti Umani*, approvata dalla Corte nel suo LXXXV periodo regolare di sessioni, tenutosi dal 16 al 28 novembre 2009 (Regolamento di procedura C.iadu).

1205. Art. 5, P-CADUP sulla Corte Africana.

individuali.¹²⁰⁶ Le disposizioni non cambiano nel nuovo *Statuto della Corte Africana di Giustizia e dei Diritti Umani*.¹²⁰⁷

2. Condizioni di Ricevibilità

Le condizioni di ricevibilità devono essere soddisfatte pienamente, prima che un ricorso venga esaminato nel merito. Esse sono contenute nel trattato sui diritti umani che stabilisce la competenza dell'organo che tutela i diritti umani di prendere in esame ricorsi individuali o collettivi. Generalmente, queste condizioni sono molto simili per tutti gli organi di tutela dei diritti umani e, anche quando alcune non sono specificate nel trattato, vengono di solito confermate dall'organo competente di tutela sulla base dell'interpretazione uniforme del diritto internazionale sui diritti umani. Per quanto riguarda la Corte Inter-Americana dei Diritti Umani e la Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli, poiché questi organi non prendono in esame direttamente ricorsi individuali, le condizioni di ricevibilità sono le stesse degli organi di livello inferiore, le Commissioni Inter-Americana e Africana.

a) Esaurimento delle vie di ricorso interne

È considerato uno standard generale del diritto internazionale sui diritti umani che, prima di portare un caso di fronte ad un meccanismo legale internazionale, un ricorrente debba prima avere esaurito le vie di ricorso interne disponibili. La ragione di tale principio risiede nel fatto che, siccome è la responsabilità internazionale dello Stato nella sua interezza che è messa in questione, lo Stato deve aver avuto la possibilità di riparare internamente alla violazione dei diritti umani, prima che si possa ricorrere ad una procedura internazionale. Tuttavia, si devono esaurire solo i ricorsi che siano efficaci. Se sono disponibili diversi ricorsi efficaci ed adeguati, è sufficiente esaurirne solo uno.¹²⁰⁸

Un ricorso è “**adeguato**” solo quando è in grado di affrontare la specifica violazione dei diritti umani, secondo gli standard del diritto internazionale sui diritti umani.¹²⁰⁹

1206. Art. 33, *Regolamento provvisorio della Corte*, fatto ad Arusha, Tanzania, 20 giugno 2008, entrato in vigore il 20 giugno 2008 (Regolamento di procedura C.adup).

1207. Art. 30, *Protocollo sullo Statuto della Corte Africana di Giustizia e dei Diritti Umani*, adottato dalla 11a sessione ordinaria dell'Assemblea dell'Unione Africana a Sharm El-Sheikh, Egitto, 1 luglio 2008 (non ancora in vigore) (Statuto C.agdu).

1208. Si veda, *T. W. c. Malta*, C.edu, GC, Ricorso n. 25644/94, Sentenza del 29 aprile 1999, par. 34; *Iatridis c. Grecia*, C.edu, GC, Ricorso n. 31107/96, Sentenza del 25 marzo 1999, par. 47. Una raccolta comprensiva dei criteri di ricevibilità della Convenzione Europea con la giurisprudenza della Corte Europea è disponibile nella *Guida pratica sulla ricevibilità* preparata dalla Divisione di Ricerca della Corte Europea dei Diritti Umani, e disponibile al sito web: http://www.CEDU.coe.int/NR/rdonlyres/CC3BDB4A-584C-4BF2-A728-6233E7F46780/0/ITA_Guide_pratique.pdf.

1209. Si veda, *Danyal Shafiq c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 637, par. 6.4; *Vélez Loor c. Panama*, Comm.IADU, Caso 92-04, Rapporto n. 95/06, Decisione sull'ammissibilità, 23 ottobre 2006, par. 36; *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, C.iadu, *op. cit.*, par. 64; *Godínez Cruz c. Honduras*, C.iadu, Serie C n. 5, Sentenza del 20 gennaio 1989, par. 67; *Garbí e Corrales c. Honduras*, C.iadu, Serie C n. 6, Sentenza del 15 marzo 1989, par. 88; *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 316, par. 121; *Soldatenko c. Ucraina*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 358, par. 49; *Shamayev e al. c. Georgia e Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 414, par. 446.

Una denuncia basata su una norma sostanziale contenente un diritto secondo il diritto internazionale sui diritti umani deve essere sostenibile di fronte ad una procedura interna.¹²¹⁰ Non è necessario che la specifica normativa convenzionale sui diritti umani venga utilizzata come base per un controllo giurisdizionale. È sufficiente che il contenuto del diritto umano affermato sia sostenibile.¹²¹¹

Il rimedio interno deve essere inoltre “**efficace**”, cioè capace di accertare e rimediare la potenziale violazione, una volta che questa sia stata determinata. Esso deve avere il potere di dare ordini vincolanti che invertano la situazione di violazione dei diritti della persona o che, se ciò è impossibile, forniscano un adeguato risarcimento. Il risarcimento include, a seconda dei casi, la restituzione, la compensazione, la riabilitazione, la soddisfazione e le garanzie di non-ripetizione della violazione.¹²¹² I rimedi, le cui decisioni non hanno forza vincolante o le cui decisioni o la loro messa in pratica sono lasciate alla discrezionalità di un organo politico, non sono considerati efficaci.¹²¹³ Inoltre, particolarmente nei casi di espulsione, il provvedimento deve avere il potere di sospendere la situazione di potenziale violazione per evitare il prodursi di danni irreparabili / effetti irreversibili per il ricorrente, mentre il caso viene esaminato.¹²¹⁴

Il ricorso deve rispettare **le regole del processo equo**.¹²¹⁵ Deve essere indipendente, il che significa che non deve essere soggetto a interferenze da parte delle autorità contro le quali è stato presentato il ricorso.¹²¹⁶ Deve consentire la celebrazione di un processo equo per la protezione del diritto o dei diritti presumibilmente violati,

1210. *Muminov c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 339, par. 99.

1211. Si veda, *Fressoz e Roire c. Francia*, C.edu, GC, Ricorso n. 29183/95, Sentenza del 21 gennaio 1999, parr. 33-37; *Castells c. Spagna*, C.edu, Ricorso n. 11798/85, Sentenza del 23 aprile 1992, parr. 24-32.

1212. Artt. 19-23, *Principi fondamentali delle Nazioni Unite sul diritto ad un ricorso e alla riparazione*. Vedi anche, ICJ, *Guida per operatori del diritto* n. 2, op. cit., nota n. 452, capitoli VI e VII.

1213. Si veda, *Madafferi e Madafferi c. Australia*, CDU, op. cit., nota n. 433, par. 8.4; *C. c. Australia*, CDU, op. cit., nota n. 344, par. 7.3; *L. Z. B. c. Canada*, CCT, Comunicazione n. 304/2006, Decisione del 15 novembre 2007, par. 6.4; *L. M. V. R. G. e M. A. B. C. c. Svezia*, CCT, Comunicazione n. 64/1997, Decisione del 19 novembre 1997, par. 4.2; *Shamayev e al. c. Georgia e Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 414, par. 446. Tuttavia, vi deve essere prova in pratica che la discrezione del potere politico non conduce ad una decisione prevedibile secondo norme giuridiche. Deve essere evidente che le discrezione è assoluta. Si veda, *Danyal Shafiq c. Australia*, CDU, op. cit., nota n. 637, par. 6.5. Vedi anche, art. 22.5(b) CCT; art. 113(e), *Regolamento di procedura CCT*; art. 4.1 PO-CEDCD; art. 77.3(b) CIDLM.

1214. Si veda, *Dar c. Norvegia*, CCT, Comunicazione n. 249/2004, Decisione del 16 maggio 2007, parr. 6.4-6.5; *Tebourski c. Francia*, CCT, op. cit., nota n. 346, parr. 7.3-7.4; *Na c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 90; *Jabari c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 40035/98, Decisione sull'ammissibilità, 28 ottobre 1999; *Bahaddar c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 25894/94, Sentenza del 19 febbraio 1998, parr. 47 e 48; *Soldatenko c. Ucraina*, C.edu, op. cit., nota n. 358, par. 49; *Muminov c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 339, par. 101; *Gebremedhin c. Francia*, C.edu, op. cit., nota n. 561, parr. 66-67.

1215. Si veda, art. 46 CADU; and art. 31, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1216. Si veda, CDU, *Commentario Generale* n. 31, op. cit., nota n. 46, par. 15; *Keenan c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 704, par. 122; *Muminov c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 339, par. 101; *Le garanzie giurisdizionali negli stati di emergenza*, C.iadu, Opinione Consultiva OC-9/87, 6 ottobre 1987, par. 24.

deve essere accessibile a tutti, e non deve costituire una negazione della giustizia.¹²¹⁷ Per assicurare l'accesso alla procedura, potrà essere necessario fornire il patrocinio legale gratuito.¹²¹⁸ Il rimedio deve mettere a disposizione del ricorrente il tempo sufficiente per la preparazione del caso, e consentire realmente la possibilità di utilizzare il ricorso.¹²¹⁹

Una situazione particolare si verifica con il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale (CEDR). Secondo il trattato (CIEDR), ogni Stato Membro può costituire un organismo nazionale che prenda in considerazione istanze riguardanti violazioni dei diritti contenuti nella relativa Convenzione.¹²²⁰ Nei Paesi dove questi organi esistono, prima che la propria comunicazione possa essere considerata ricevibile, il ricorrente deve prima dimostrare di non avere ottenuto soddisfazione da tale organismo.¹²²¹

i) Derghe al principio

Vi sono situazioni in cui al ricorrente non è richiesto di esaurire le vie di ricorso interne. In generale, ciò accade quando il ricorso difetta di efficacia, adeguatezza o delle caratteristiche di un processo nelle dovute forme di legge. Di seguito elenchiamo i casi più tipici di eccezioni alla regola dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, sebbene altre situazioni possono emergere ove l'esaurimento non sia richiesto. Non è necessario perseguire un ricorso interno:

- Se si può provare incontrovertibilmente che è **destinato a fallire**.¹²²² Questo potrebbe accadere quando il ricorso è soggetto a una prassi ricorrente o ad una giurisprudenza, o il sistema legale ha una struttura normativa tale che rendono virtualmente impossibile il successo della causa.¹²²³
- **Se il sistema legale come tale non fornisce le condizioni per l'efficacia del ricorso**, per esempio, a causa della mancanza di un'indagine efficace, o dove sia prassi ricorrente non seguire o mettere in pratica gli ordini della corte in

1217. Si veda, *Vélez Loor c. Panama*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 1209, par. 36. Sull'accesso vedi anche, *Osservazioni Conclusiva sul Messico*, CLM, *op. cit.*, nota n. 461, parr. 25-26; *Osservazioni Conclusiva sull'Egitto*, CLM, *op. cit.*, nota n. 987, parr. 22-23; *Osservazioni Conclusiva sulla Bolivia*, CLM, *op. cit.*, nota n. 472, parr. 23-24; *Airey c. Irlanda*, C.edu, Ricorso n. 6289/73, Sentenza del 9 ottobre 1979.

1218. *Ibid.*, par. 45.

1219. Si veda, *Muminov c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 339, par. 90; *Bahaddar c. Paesi Bassi*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1214, par. 45; *Alzery c. Svezia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 356, par. 8.2.

1220. Art. 14.2 CIEDR. Tuttavia questa norma non è utilizzata in pratica.

1221. Art. 14.5 CIEDR. Vedi anche, art. 91(e), *Regolamento di procedura CEDR*.

1222. Si veda, *Na c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 89; *Kleyn e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, GC, Ricorsi n. 39343/98-39651/98-43147/98-46664/99, Sentenza del 6 maggio 2003, par. 156; *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 316, parr. 121-124;

1223. Si veda, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 316, parr. 121-124; *Kleyn e al. c. Paesi Bassi*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1222, par. 156; *Johnston e al. c. Irlanda*, C.edu, Plenaria, Ricorso n. 9697/82, Sentenza del 18 dicembre 1986, par. 44; *Open Door e Well Woman c. Irlanda*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1187, parr. 47-52; *Keegan c. Irlanda*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 199, par. 39.

situazioni particolari, o dove ci sia una situazione di conflitto o di impunità.¹²²⁴ La Corte Europea ha stabilito che i ricorsi in cui la concessione del rimedio è puramente discrezionale non devono essere esauriti.¹²²⁵

- Se il procedimento attraverso cui ottenere o avere accesso al ricorso **si prolunga in maniera irragionevole**.¹²²⁶
- Se la vittima **non ha accesso al ricorso** a causa di mancanza di rappresentanza legale, sia a causa dell'indisponibilità del gratuito patrocinio, per minacce o rappresaglie, o restrizioni all'accesso degli avvocati in detenzione. Questa dottrina è stata sviluppata dalla Corte Europea dei Diritti Umani,¹²²⁷ dalla Corte Inter-Americana dei Diritti Umani¹²²⁸ e dalla Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli.¹²²⁹ Quest'ultima ha anche stabilito che un ricorso risultasse inaccessibile ad un gruppo di rifugiati della Sierra Leone espulsi dalla Guinea, perché sarebbero stati in "costante pericolo di rappresaglie e sanzioni", il gruppo costituiva un "numero impraticabile di potenziali ricorrenti" per la capacità del sistema giudiziario, e l'esaurimento dei ricorsi in Guinea avrebbe richiesto loro di rientrare in un Paese dove avevano subito persecuzioni.¹²³⁰

Ogniquale volta vi siano dubbi sull'efficacia, l'adeguatezza, l'imparzialità o l'indipendenza di un ricorso, "i semplici dubbi in merito all'efficacia delle vie di ricorso interne o la prospettiva dei costi finanziari da sostenere"¹²³¹ non esonerano il ricorrente

1224. Si veda, *Akdivar e al. c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 859, par. 69-77; *Isayeva, Vusupova e Bazayeva c. Russia*, Ricorsi n. 57947/00-57948/00-57949/00, Sentenza del 24 febbraio 2005, par. 143-153; *A.B. c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 37328/97, Sentenza del 29 gennaio 2002, par. 63-74; *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, C.iadu, *op. cit.*, nota n. 733, par. 68; e, *IHRDA c. Angola*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, par. 39, dove la rapida esecuzione dell'espulsione che non aveva lasciato al ricorrente nemmeno il tempo di raccogliere le sue cose è stata considerata sufficiente per provare l'impossibilità di avvalersi ed esaurire le vie di ricorso interne. Vedi anche, *ZLHR e IHRD c. Zimbabwe*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 380, par. 56. Vedi anche, art. 46 CADU, e art. 31, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1225. *Buckley c. Regno Unito*, Comm.edu, Ricorso n. 20348/92, Decisione sull'ammissibilità, 3 marzo 1994.

1226. Si veda, *Zundel c. Canada*, CDU, *op. cit.*, nota n. 473, par. 6.3; *Z.U.B.S. c. Australia*, CEDR, Comunicazione n. 6/1995, Decisione del 25 gennaio 2000, par. 6.4; *Vélez Loor c. Panama*, Comm.IADU, *op. cit.*, nota n. 1209, par. 36; *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, C.iadu, *op. cit.*, nota n. 733, par. 93; *Tanli c. Turchia*, Comm.edu, Plenaria, Ricorso n. 26129/95, Decisione sull'ammissibilità, 5 marzo 1996. Vedi anche, art. 2 e 5.2(b) PO-PIDCP; art. 96(f), *Regolamento di procedura CDU*; art. 3.1 PO-PIDESC; art. 22.5(b) CCT; art. 113(e), *Regolamento di procedura CCT*; art. 14.7(a) CIEDR; art. 91(e), *Regolamento di procedura CEDR*; art. 4.1 PO-CEDCD; art. 77.3(b) CIDLM; art. 46 CADU; art. 31, *Regolamento di procedura Comm.IADU*; and art. 56.5 CADUP.

1227. *Airey c. Irlanda*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1217; *Reed c. Regno Unito*, Comm.edu, Plenaria, Ricorso n. 7630/76, Decisione sull'ammissibilità, 6 dicembre 1979; *Öcalan c. Turchia*, C.edu, GC, *op. cit.*, nota n. 47.

1228. Si veda, *Eccezioni all'esaurimento dei ricorsi interni*, C.iadu, Opinione Consultiva OC-11/90, 10 agosto 1990, par. 30-35. Vedi anche, art. 46 CADU, and art. 31, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1229. *Dott. Curtis Francis Doebbler c. Sudan*, Comm.ADUP, Comunicazione n. 235/2000, 46a sessione ordinaria, 11-25 novembre 2009, par. 116-117.

1230. *AIHRD c. Guinea*, Comm.ADUP, *op. cit.*, nota n. 540, par. 32-36 (traduzione ufficiosa).

1231. *A c. Australia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 610, par. 6.4 (traduzione ufficiosa); *Na c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 308, par. 89; Si veda, inter alia, *Pellegrini c. Italia*, C.edu, Ricorso n. 77363/01, Decisione

dall'esperirlo. Tuttavia, “quando un ricorrente viene informato dal consulente legale che il ricorso in appello non offre alcuna prospettiva di successo, quel ricorso non costituisce un provvedimento efficace”.¹²³²

b) Termini per il ricorso

Il **Comitato sui Diritti Umani** non specifica dei termini temporali per la comunicazione del ricorso. Tuttavia, in caso di prolungato ritardo rispetto all'esaurimento dei ricorsi interni, il Comitato richiederà una giustificazione ragionevole, altrimenti dichiarerà la denuncia inammissibile come ricorso abusivo.¹²³³ Tale impostazione è stata recentemente riaffermata nel suo *Regolamento di procedura* dove si stabilisce che “una comunicazione può costituire un abuso del diritto di presentazione, quando viene presentata dopo cinque anni dall'esaurimento delle vie di ricorso interne [...] o, ove sia il caso, dopo tre anni dalla conclusione di un'altra procedura di indagine o accordo internazionale, a meno che vi siano ragioni che giustifichino il ritardo, tenendo conto di tutte le circostanze relative alla comunicazione”.¹²³⁴

Il **Comitato contro la Tortura** non applica un termine specifico, ma ha affermato che non ammetterà segnalazioni ricevute dopo un periodo “irragionevolmente prolungato”.¹²³⁵ Il *Protocollo opzionale alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (PO-CEDCD) non impone un termine, ma è probabile che segua la giurisprudenza del Comitato sui Diritti Umani. Il *Protocollo opzionale al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* (PO-PIDESC) stabilirà il termine di un anno dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, a meno che il richiedente possa dimostrare che non era stato possibile sottoporre la segnalazione entro il termine stabilito.¹²³⁶ Il CEDR stabilisce che la segnalazione debba essere presentata entro sei mesi dall'esaurimento dei ricorsi interni, compreso l'“organo nazionale CEDR”, “eccetto quando si presentino circostanze eccezionali debitamente verificate”.¹²³⁷

La **Corte Europea dei Diritti Umani** può trattare la questione solo se è stata comunicata alla Corte entro sei mesi dalla data di esaurimento dei ricorsi interni.¹²³⁸ La

sull'ammissibilità, 26 maggio 2005; *MPP Golub c. Ucraina*, C.edu, Ricorso n. 6778/05, Decisione sull'ammissibilità del 18 ottobre 2005; e *Milosevic c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 77631/01, Decisione sull'ammissibilità del 19 marzo 2002.

1232. *Na c. Regno Unito*, C.edu, op. cit., nota n. 308, par. 89 (traduzione ufficiale); *Selvanayagam c. Regno Unito*, C.edu, Ricorso n. 57981/00, Decisione sull'ammissibilità del 12 dicembre 2002; *McFeeley c. Regno Unito*, Comm.edu, op. cit., nota n. 391, p. 44.

1233. Art. 3 PO-PIDCP. Si veda, *Gobin c. Mauritius*, CDU, Comunicazione n. 787/1997, Decisione del 20 agosto 2001, par. 6.3.

1234. Art. 96(c), *Regolamento di procedura CDU* (traduzione ufficiale).

1235. Art. 113(f), *Regolamento di procedura CCT*.

1236. Art. 3.2(a) PO-PIDESC.

1237. Art. 14.5 CIEDR; art. 91(f), *Regolamento di procedura CEDR* (traduzione ufficiale).

1238. Art. 35.1 CEDU. Quando non vi siano ricorsi interni disponibili, il caso deve essere presentato entro sei mesi dai fatti su cui verte. Per una spiegazione estesa del requisito dei sei mesi si veda *Lutete Kemevuako c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 65938/09, Decisione sull'ammissibilità del 1 giugno 2010.

data di introduzione del ricorso è generalmente “la data della prima comunicazione da parte del ricorrente che espone, anche per sommi capi, l’argomento oggetto della domanda, a condizione che un formulario debitamente compilato sia stato presentato alla Corte entro il termine da essa stabilito. Ciononostante, la Corte può decidere di dover considerare una data differente come data di presentazione”.¹²³⁹

La **Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani** richiede che le istanze o le comunicazioni debbano essere depositate entro un periodo di sei mesi dalla data in cui alla parte dichiarante la violazione dei propri diritti sia stata notificata la decisione con cui sono esauriti i ricorsi interni. Nei casi in cui le eccezioni ai requisiti di previo esaurimento delle vie di ricorso interne sono applicabili, l’istanza dovrà essere presentata entro un periodo di tempo ragionevole. A questo scopo, la Commissione considera la data in cui è avvenuta la presunta violazione dei diritti e le circostanze di ogni caso.¹²⁴⁰ Il regolamento della **Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli** stabilisce che le comunicazioni debbano essere presentate entro un ragionevole periodo dal momento in cui le vie di ricorso interne sono esaurite o dalla data in cui la Commissione si occupa dell’argomento.¹²⁴¹

c) Duplicazione di procedure o condizioni simili

Generalmente, un ricorso sarà inammissibile se lo stesso caso è già stato esaminato da un organismo di tutela dei diritti umani o è stato esaminato o è, a presente, considerato da un’altra procedura di indagine o accordo internazionale.¹²⁴² Questo principio deve, tuttavia, essere interpretato in maniera restrittiva. Un ricorso può essere presentato se il caso sottoposto a un altro organo è stato sottoposto da una terza parte senza autorizzazione da parte della vittima o di un membro della famiglia, se le violazioni dei diritti umani dichiarate sono differenti, se si basa su fatti o atti differenti dai fatti presentati nell’altro ricorso, o se il ricorso è stato inviato a un organo non giudiziario, come un Relatore Speciale.¹²⁴³

Vi è un’eccezione a questo principio per il Comitato sui Diritti Umani, che applica questa regola solo alle denunce **pendenti** di fronte a un altro meccanismo

1239. Art. 47.5, *Regolamento di procedura C.edu* (traduzione ufficiosa).

1240. Vedi anche, art. 46.2, CADU, and art. 32, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1241. Art. 56.6 CADUP.

1242. Art. 5.2(a) PO-PIDCP; art. 96(e), *Regolamento di procedura CDU*; art. 3.2(c) PO-PIDESC; art. 22.5(a) CCT; art. 113(d), *Regolamento di procedura CCT*; art. 4.2(a) PO-CEDCD; art. 77.3(a) CIDLM; art. 35.2(b) CEDU; artt. 46 e 47 CADU; art. 33, *Regolamento di procedura Comm.IADU*; art. 56.7 CADUP.

1243. Si veda, nel diritto pattizio, art. 56.7 CADUP. Vedi anche, sull’identità dei ricorrenti, *Folgero e al. c. Norvegia*, C.edu, Ricorso n. 15472/02, Sentenza del 29 giugno 2007; sulla differenza tra ricorsi per diritti umani, *Smirnova e Smirnova c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 46133/99 e 48183/99, Sentenza del 24 luglio 2003. Vedi anche, *Baena-Ricardo et al. c. Panama*, C.iadu, Serie C n. 61, Questioni Preliminari, Sentenza del 18 novembre 1999, par. 53; *Durand e Ugarte*, C.iadu, Serie C n. 50, Questioni Preliminari, Sentenza del 28 maggio 1999, par. 43 (su diversi ricorrenti nello stesso caso).

internazionale. Se l'altro meccanismo è stato esperito, è ancora possibile per il Comitato sui Diritti Umani prendere in esame lo stesso caso.¹²⁴⁴

d) Pregiudizi importanti

Il protocollo 14 della CEDU introduce una nuova condizione di ricevibilità per la Corte Europea dei Diritti Umani: la presenza di un “pregiudizio importante”. Quindi, alla Corte è consentito di dichiarare inammissibile una domanda quando “il ricorrente non ha subito alcun **pregiudizio importante**, salvo che il rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno”.¹²⁴⁵

Nell'applicazione dei nuovi criteri, la Corte Europea dei Diritti Umani ha ritenuto inammissibili alcuni ricorsi per mancanza di pregiudizi importanti, quando presunte violazioni della garanzia di un equo processo o del diritto di proprietà hanno portato a perdite pecuniarie di 150, 90 o un euro e la situazione finanziaria del ricorrente non fosse “tale per cui la risoluzione del caso avrebbe avuto un effetto significativo sulla sua vita”.¹²⁴⁶ La Corte ha stabilito di dover prendere in considerazione “sia le opinioni soggettive del richiedente sia ciò che è oggettivamente in esame in un caso particolare”¹²⁴⁷, e ha riconosciuto che “una violazione della Convenzione può riguardare importanti questioni di principio e, di conseguenza, causare un pregiudizio importante senza pregiudicare interessi economici”.¹²⁴⁸

Inoltre, la Corte dovrà anche accertare se l'esame sia richiesto dal rispetto dei diritti umani come definiti nella Convenzione e nei Protocolli. La Corte ha stabilito che questo non si verifica quando “la legge pertinente è cambiata e questioni simili sono state risolte in altri casi precedenti”.¹²⁴⁹ Infine, la Corte verificherà se il caso non sia stato debitamente considerato da una giurisdizione interna, il che è stato interpretato come un dovere di accertare che non si sia verificata nessuna negazione della giustizia a livello interno.¹²⁵⁰

Secondo il PO-PIDESC, il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali “può, se necessario, rifiutarsi di considerare una comunicazione quando questa non mostri che l'autore abbia subito un **chiaro svantaggio**, a meno che il Comitato consideri

1244. *Correia de Matos c. Portogallo*, CDU, Comunicazione n. 1123/2002, Decisione del 18 aprile 2006, par. 6.2.

1245. Art. 35.3(b) CEDU (traduzione ufficiale, grassetto aggiunto). La condizione è stata interpretata in *Petrovich Korolev c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 25551/05, Decisione sull'ammissibilità del 1 luglio 2010; *Mihai Ionescu c. Romania*, C.edu, Ricorso n. 36659/04, Decisione sull'ammissibilità del 1 giugno 2010; *Rinck c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 18774/09, Decisione sull'ammissibilità del 19 ottobre 2010.

1246. *Mihai Ionescu c. Romania*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1245, par. 35 (traduzione ufficiale).

1247. *Petrovich Korolev c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1245 (traduzione ufficiale).

1248. *Ibid.* (traduzione ufficiale).

1249. *Mihai Ionescu c. Romania*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1245, par. 37 (traduzione ufficiale).

1250. *Petrovich Korolev c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1245.

che la comunicazione sollevi una seria questione di interesse generale”.¹²⁵¹ Tuttavia, questa misura non costituisce una condizione di ricevibilità. La formula “se necessario” significa che il “chiaro svantaggio” costituisce un esame discrezionale e probabilmente sarà usata dal Comitato solo in circostanze eccezionali.

e) Altre condizioni

Tutti gli organismi delle Nazioni Unite di monitoraggio dei trattati sui diritti umani, la Corte Europea, la Commissione Inter-Americana e la Commissione Africana respingeranno come inammissibili le istanze anonime, che costituiscano un abuso del diritto al ricorso, o che siano incompatibili con le disposizioni del trattato sui diritti umani di cui sono investiti.¹²⁵² Il CCT, il CEDCD, il CDESC, la Corte Europea e la Commissione Inter-Americana rigettano i ricorsi che siano manifestamente infondati o insufficientemente suffragati,¹²⁵³ nonostante che questo requisito venga in seguito preso in considerazione anche da altri organismi.

Il PO-PIDESC esclude, inoltre, denunce che siano basate esclusivamente su resoconti divulgati dai mass media.¹²⁵⁴ La Commissione Africana non considererà segnalazioni scritte in un linguaggio denigratorio o diffamatorio dirette contro lo Stato coinvolto o le sue istituzioni o l'Organizzazione per l'Unità Africana.¹²⁵⁵

Il CEDS prevede due specifici livelli di inammissibilità, dovuti al sistema di ricorso collettivo:

- **Oggetto:** Le organizzazioni non governative possono presentare un ricorso solo in merito a quegli argomenti sui quali sono state riconosciute come particolarmente competenti.¹²⁵⁶
- **Altri ambiti:** i ricorsi devono essere presentati in forma scritta, collegati a una disposizione della Carta accettata dallo Stato Parte e devono indicare il merito in cui lo Stato Parte non ha assicurato una soddisfacente applicazione della disposizione.¹²⁵⁷

1251. Art. 4 PO-PIDESC (traduzione ufficiosa; grassetto aggiunto).

1252. Art. 3 PO-PIDCP; art. 96(a), (c) e(d), *Regolamento di procedura CDU*; art. 3.2(d) al (g) PO-PIDESC; art. 22.2 CCT; art. 113(b) e (c), *Regolamento di procedura CCT*; art. 91, *Regolamento di procedura CEDR*; art. 4.2 PO-CEDCD; art. 77.2 CIDLM; artt. 35.2(a) e 35.3(a) CEDU; art. 47 CADU; art. 34, *Regolamento di procedura Comm.IADU*; art. 56.1 CADUP.

1253. Art. 4.2(c) PO-CEDCD; art. 22.2 CCT; art. 113(b) e (c) *Regolamento di procedura CCT*; art. 3.2(d) a (g) PO-PIDESC; artt. 35.2(a) e 35.3(a) e (b) CEDU; art. 47 CADU; art. 34 *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1254. Art. 3.2(d) al (g) PO-PIDESC.

1255. Art. 56.3 CADUP.

1256. Art. 3 PA-CSE.

1257. Art. 4 PA-CSE.

3. Provvedimenti provvisori

Le misure provvisorie o precauzionali sono ordini emanati dal meccanismo internazionale nella fase preliminare della controversia internazionale al fine di assicurare che una situazione di potenziale violazione non arrechi un danno irreparabile, prima che il caso possa essere giudicato nel merito. Le misure provvisorie o precauzionali sono spesso emanate nelle situazioni di espulsione, in cui l'organismo internazionale richiede che lo Stato non esegua la misura di espulsione fino a che non sia raggiunta una decisione finale. Le misure provvisorie possono essere stabilite anche per le situazioni di sfratti coatti, in cui la sospensione della misura di sfratto viene ordinata fino a sentenza finale.

Le misure provvisorie sono un corollario al diritto di ricorso internazionale e perciò sono vincolanti per gli Stati che hanno accettato il meccanismo internazionale di ricorso individuale.¹²⁵⁸

Esse sono un elemento essenziale del procedimento davanti ai tribunali internazionali, con particolare rilevanza per i tribunali che giudicano sui diritti umani, e sono ampiamente riconosciute come aventi effetto legale vincolante. La natura vincolante delle misure provvisorie ha radici sia procedurali che sostanziali: prima di tutto, è necessario preservare i diritti delle parti da danni irreparabili, proteggendoli contro ogni atto o omissione che possa distruggere o rimuovere l'oggetto del ricorso, che possa renderlo inutile o che possa altrimenti impedire alla Corte di considerarlo secondo il normale procedimento¹²⁵⁹; ed, in secondo luogo, è necessario permettere alla Corte di dare una protezione concreta ed efficace ai diritti della Convenzione ai quali gli Stati Membri si sono impegnati ad attenersi.¹²⁶⁰

La natura vincolante delle misure provvisorie è stata riconosciuta dalla Corte Internazionale di Giustizia¹²⁶¹, dalla Corte Europea dei Diritti Umani,¹²⁶² dalla Corte Inter-Americana dei Diritti Umani,¹²⁶³ la Commissione Inter-Americana sui Diritti

1258. Si veda, *LeGrand* (Germania c. Stati Uniti d'America), *op. cit.*, nota n. 769, alla pag. 503, par. 103; *Zhakhongir Maksudov e al. c. Kirghizistan*, CDU, *op. cit.*, nota n. 323, par. 10.1-10.3; *Dar c. Norvegia*, CCT, *op. cit.*, nota n. 1214, par. 16.3-16.5; *Brada c. Francia*, CCT, Comunicazione n. 195/2002, Decisione del 24 maggio 2005, par. 13.4; *Pelit c. Azerbaigian*, CCT, *op. cit.*, nota n. 335, par. 10.2; *Tebourski c. Francia*, CCT, *op. cit.*, nota n. 346, par. 8.2-9; *Singh Sogi c. Canada*, CCT, *op. cit.*, nota n. 331, par. 10.2-10.11; *Shamayev e al. c. Georgia e Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 414, par. 470-473; *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 421, par. 100-112; *Al-Sadoon e Mufti c. Regno Unito*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 419, par. 160-161.

1259. *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 421, par. 101-108; *Paladi c. Moldavia*, C.edu, Ricorso n. 39806/05, Sentenza del 10 marzo 2009, par. 87; *Ben Khemais c. Italia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 354, par. 81.

1260. *Ibid.*, par. 125; *Aloumi c. Francia*, C.edu, Ricorso n. 50278/99, Sentenza del 17 gennaio 2006, par. 103.

1261. *LeGrand* (Germania c. Stati Uniti d'America), *op. cit.*, nota n. 769, alla pag. 503, par. 102.

1262. *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 421; *Shamayev e al. c. Georgia e Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 414; *Aloumi c. Francia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1260; *Paladi c. Moldavia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1259; *Aleksanyan c. Russia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 704; *Shtukaturv c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 44009/05, Sentenza del 27 marzo 2008; *Ben Khemais c. Italia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 354.

1263. *Chunimá c. Guatemala*, C.iadu, Serie E, Ordinanza della Corte del 15 luglio 1991; *James c. Trinidad e Tobago*, C.iadu, Serie E, Ordinanza della Corte del 24 novembre 2000; *Loayza Tamayo c. Perù*, C.iadu,

Umani¹²⁶⁴, la Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli¹²⁶⁵, il Comitato sui Diritti Umani¹²⁶⁶ e il Comitato contro la Tortura.¹²⁶⁷ Data l'uniformità della giurisprudenza su questa questione, è probabile che altri organismi come il CDESC, il CEDR e il CEDCD, che hanno il potere di emanare misure provvisorie, ne confermino la natura vincolante.

Le misure provvisorie possono essere emanate dagli organi di tutela dei diritti umani investiti del caso dal momento della comunicazione del caso fino al raggiungimento della decisione finale.¹²⁶⁸ Il sistema inter-americano permette alla Commissione di emanare misure precauzionali e di chiedere alla Corte Inter-Americana misure provvisorie anche quando la Corte non è ancora investita del caso.¹²⁶⁹

4. L'esercizio efficace del diritto al ricorso

Quando lo Stato intralcia o proibisce al ricorrente di presentare una domanda a un organismo internazionale competente, al fine di tutelare i propri diritti, quello Stato potrebbe violare le disposizioni del trattato che garantiscono al richiedente il diritto di ricorso.¹²⁷⁰

Serie E, Ordinanza della Corte del 13 dicembre 2000; *Cittadini Haitiani e Dominicani di origine Haitiana nella Repubblica Dominicana c. Repubblica Dominicana*, C.iadu, Ordinanza della Corte del 14 settembre 2000. Si vedano inoltre i commenti extra-giudiziari di Asdrúbal Aguiar, ex giudice della Corte Inter-Americana dei Diritti Umani, "Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", in *La Corte y el sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Rafael Nieto Navia, Editore, 1994, p.19.

1264. Si veda, *Lettera al Center for Constitutional Rights e al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) dalla Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani*, Ref: Djamel Ameziane, Misure precauzionali n. 211-08, Stati Uniti, 20 agosto 2008, disponibile a: <http://ccrjustice.org/files/2008-08-20%20COMM.IADU%20Initial%20Response.pdf>.

1265. *International Pen e al. c. Nigeria*, Comm.ADUP, Comunicazioni n. 137/94, 139/94, 154/96 e 161/97, 24a sessione ordinaria, 31 ottobre 1998, par. 114.

1266. *Piandiong c. Filippine*, CDU, Comunicazione n. 869/1999, Decisione del 19 ottobre 2000, par. 5.1; *Khalilov c. Tagikistan*, CDU, Comunicazione n. 973/2001, Decisione del 13 aprile 2005, par. 4.1; *Mansaraj e al. c. Sierra Leone*, CDU, Comunicazioni n. 839/98, 840/98 e 841/98, Decisione del 16 luglio 2001, par. 5.1; *Ashby c. Trinidad e Tobago*, CDU, Comunicazione n. 580/1994, Decisione del 19 aprile 2002, par. 4.11.

1267. *Brada c. Francia*, CCT, *op. cit.*, nota n. 1258; *Pelit c. Azerbaigian*, CCT, *op. cit.*, nota n. 335; *Dar c. Norvegia*, CCT, *op. cit.*, nota n. 1214; *Nuñez Chipana c. Venezuela*, CCT, Comunicazione n. 110/1998, Decisione del 16 dicembre 1998, par. 8; *T.P.S. c. Canada*, CCT, Comunicazione n. 999/1997, Decisione del 4 settembre 2000, par. 15.6.

1268. Si veda, art. 92, *Regolamento di procedura CDU*; art. 5.1 PO-PIDESC; art. 114, *Regolamento di procedura CCT*; art. 94.3, *Regolamento di procedura CEDR*; art. 5.1 PO-CEDCD; art. 63, *Regolamento di procedura CEDCD*; art. 39, *Regolamento di procedura C.edu* (l'obbligazione di obbedire alle misure provvisorie emana dall'art. 34 CEDU ed è anche legato alle obbligazioni ai sensi degli artt. 1 e 46 CEDU); art. 25, *Regolamento di procedura Comm.IADU*; art. 63.2 CADU; art. 27, *Regolamento di procedura C.iadu*; art. 111, *Regolamento di procedura della Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli*, adottato il 6 ottobre 1995 (*Regolamento di procedura Comm.ADUP*); art. 27.2, P-CADUP sulla Corte Africana; art. 51, *Regolamento di procedura C.adup*. Norme simili sono contenute nell'art. 35, *Statuto C.agdu*.

1269. Si veda, art. 76, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1270. Artt. 1 e 2 PO-PIDCP; artt. 1 e 2 PO-CEDCD; art. 14 CIEDR; artt. 1 e 2 PO-PIDESC; art. 76 CIDLM; art. 34 CEDU; art. 44 CADU. Si veda, *Alzery c. Svezia*, CDU, *op. cit.*, nota n. 356, par. 11.11; *Agiza c. Svezia*, CCT, *op. cit.*, nota n. 329, par. 13.9; *Poleshchuk c. Russia*, C.edu, Ricorso n. 60776/00, Sentenza del 7 ottobre 2004; *Cotlet c. Romania*, C.edu, Ricorso n. 38565/97, Sentenza del 3 giugno 2003; *Akdivar e al. c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*,

Nel diritto dei trattati, la Convenzione Europea dei Diritti Umani stabilisce che “le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l’esercizio effettivo” del diritto di ricorso individuale.¹²⁷¹ Inoltre, molti Stati Parte della CEDU sono anche membri dell’*Accordo europeo relativo a persone che partecipano a procedimenti davanti alla Corte Europea dei Diritti Umani*, che prevede determinate tutele e immunità.¹²⁷²

Il PO-PIDESC richiede anch’esso che lo Stato Membro “adotti tutte le misure adeguate ad assicurare che gli individui sottoposti alla propria giurisdizione non siano soggetti ad alcuna forma di maltrattamento o intimidazione conseguente alla comunicazione al Comitato in base del presente Protocollo”.¹²⁷³ Queste misure includono obblighi positivi di protezione riguardanti un’ampia gamma di “maltrattamenti e intimidazioni”, sia dirette alla persona che ha segnalato il caso e riguardanti interferenze non dovute e pressioni sull’integrità fisica, morale e psicologica, sia a tutte le persone che possono subire conseguenze ostili per aver comunicato il caso.¹²⁷⁴ Gli Stati Membri del PO-CEDCD si impegnano ad “adottare tutti i provvedimenti adeguati ad assicurare che gli individui sotto la propria giurisdizione non siano soggetti a maltrattamenti o intimidazioni quali conseguenza di una comunicazione al Comitato”.¹²⁷⁵ Quando il Comitato riceve informazioni attendibili sul fatto che uno Stato Membro ha infranto questi obblighi può richiedere spiegazioni o chiarimenti in forma scritta.¹²⁷⁶

La Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito che questo obbligo è stato violato quando l’amministrazione penitenziaria ha rifiutato di spedire la lettera del ricorrente alla Corte stessa o ha interferito con essa,¹²⁷⁷ quando il richiedente è stato interrogato direttamente dalle autorità nazionali in merito al ricorso,¹²⁷⁸ o quando sul ricorrente sono state fatte pressioni e intimidazioni dalle autorità nazionali per non inoltrare o per ritirare la domanda.¹²⁷⁹

Il Comitato contro la Tortura ha stabilito che uno Stato ha violato il diritto di ricorso individuale quando non ha garantito un ragionevole periodo di tempo prima

nota n. 859; *Kurt c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 664; e *Ilascu e al. c. Russia e Moldavia*, C.edu, op. cit., nota n. 392.

1271. Art. 34 CEDU (traduzione ufficiale).

1272. Si veda, *Accordo europeo relativo alle persone partecipanti ai procedimenti davanti alla Corte Europea dei Diritti Umani*, Strasburgo, 5 marzo 1996.

1273. Art. 13 PO-PIDESC (traduzione ufficiosa).

1274. Inter-American Institute of Human Rights e International Commission of Jurists, *Commentario al Protocollo opzionale al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, edizione inglese, 2010, p. 100.

1275. Art. 11 PO-CEDCD (traduzione ufficiosa).

1276. Art. 91.2, *Regolamento di procedura CEDCD*.

1277. *Poleshchuk c. Russia*, C.edu, op. cit., nota n. 1270; *Cotlet c. Romania*, C.edu, op. cit., nota n. 1270.

1278. *Akdivar c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 859.

1279. Si veda, *Kurt c. Turchia*, C.edu, op. cit., nota n. 664; e *Ilascu e al. c. Russia e Moldavia*, C.edu, op. cit., nota n. 392.

dell'esecuzione della decisione finale di rimuoverlo dal territorio nazionale, impedendogli, di fatto, di considerare la possibilità di rivolgersi al Comitato stesso.¹²⁸⁰

5. Interventi di terzi

Gli **organi universali** – CDU, CDESC, CEDR e CEDCD – non consentono espressamente la presentazione di interventi formali di terze parti nei casi individuali.¹²⁸¹ Tuttavia, potrebbe essere possibile intervenire nel caso chiedendo al ricorrente di includere l'intervento della terza parte nel suo ricorso o di inoltrare un'istanza all'organo previsto dal trattato, a seconda dei casi.

Per quanto riguarda la **Corte Europea dei Diritti Umani**, ai sensi dell'art. 36 CEDU, per qualsiasi questione all'esame di una Camera o della Grande Camera, "nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa o ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze".¹²⁸² Anche le ONG possono presentare interventi. Lo stesso articolo prevede l'intervento come terze parti degli altri Stati contraenti e del Commissario del Consiglio d'Europa per i Diritti Umani. La richiesta di autorizzazione a essere invitati a inviare osservazioni scritte in qualità di terza parte deve essere dovutamente motivata e sottoposta alla Corte in una delle lingue ufficiali entro dodici settimane dalla notifica del ricorso allo Stato Membro interessato. In casi davanti alla Grande Camera, il tempo decorre dalla data della rinuncia alla giurisdizione da parte della Camera o dell'accettazione del caso da parte del collegio della Grande Camera.¹²⁸³

I requisiti sono più restrittivi per il **Comitato Europeo sui Diritti Sociali**, a causa della natura collettiva della procedura di ricorso. Secondo il regolamento del procedimento, gli Stati Parte del meccanismo di ricorso collettivo sono automaticamente invitati a sottoporre il proprio punto di vista sul ricorso, così come le organizzazioni internazionali di imprenditori e sindacati, ma le organizzazioni internazionali possono solo inviare interventi su ricorsi presentati da organizzazioni nazionali di imprenditori e sindacati o dalle ONG.¹²⁸⁴

Nel sistema inter-americano, né la Convenzione Americana né il *Regolamento sulla procedura* considerano le informazioni di terze parti. Tuttavia, nella pratica, la **Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani** accetterà la presentazione di informazioni da parte di *amicus curiae* senza alcun requisito formale particolare.

1280. *Agiza c. Svezia*, CCT, op. cit., nota n. 329, par. 13.9.

1281. Il *Regolamento di procedura del Comitato sui Diritti Umani* o il PO-PIDCP non menzionano interventi di parti terze. Vedi anche, art. 8.1 PO-PIDESC; art. 118.2, *Regolamento di procedura CCT*; art. 95.2, *Regolamento di procedura CEDR*; art. 72.2, *Regolamento di procedura CEDCD*.

1282. Art. 36.1 CEDU (traduzione ufficiale).

1283. Art. 44.3-4, *Regolamento di procedura C.edu*.

1284. Art. 32, *Regolamento di procedura del Comitato Europeo sui Diritti Sociali*, adottato durante la 101a sessione il 29 marzo 2004 e riveduto durante la 207a sessione il 12 maggio 2005 e durante la 234a sessione il 20 febbraio 2009 (*Regolamento di procedura CEDS*).

La **Corte Inter-Americana dei Diritti Umani** ha istituzionalizzato la presentazione di interventi di terze parti nel suo regolamento sulla procedura, secondo il quale ogni persona o istituzione che vuole agire in qualità di *amicus curiae* può sottoporre un'informativa, firmata al fine di assicurarne l'autenticità, alla Corte, di persona, tramite corriere, facsimile, posta ordinaria o elettronica, in una lingua utilizzata dalla Corte, e recante i nomi e le firme dei suoi autori. Se l'informativa è trasmessa tramite mezzi elettronici e non è sottoscritta o non è accompagnata dai suoi allegati, il documento originale o gli allegati mancanti devono essere ricevuti dalla Corte entro sette giorni dalla sua trasmissione, altrimenti verrà archiviata senza essere stata presa in considerazione. Gli interventi possono essere presentati in ogni momento durante il procedimento fino a quindici giorni successivi all'udienza pubblica. Se l'udienza non si tiene, essi devono essere trasmessi entro quindici giorni successivi all'ordinanza che stabilisce i termini per la presentazione delle argomentazioni finali. Gli interventi vengono trasmessi alle parti. Essi possono essere presentati anche durante i procedimenti per monitorare l'esecuzione delle sentenze e sulle misure provvisorie.¹²⁸⁵

Nel **sistema africano**, le regole procedurali della Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli non fanno menzione della presentazione di interventi di terze parti. Al contrario, l'art. 49(3) del nuovo *Statuto della Corte Africana di Giustizia e dei Diritti Umani* sembra dare spazio agli interventi di terze parti.¹²⁸⁶ Tuttavia, lo Statuto non è ancora entrato in vigore e i regolamenti della Corte potrebbero ancora disporre altrimenti.

II. Le procedure dei meccanismi internazionali

1. Organismi previsti dai trattati universali¹²⁸⁷

Le procedure degli organismi previsti dai trattati delle Nazioni Unite, pur essendo simili, non sono state armonizzate.¹²⁸⁸ Le differenze sono maggiormente riscontrabili negli organismi di più recente istituzione. Le procedure sono esposte sia nei trattati costitutivi sia nelle proprie regole di procedura. Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali e il Comitato sui Lavoratori Migranti non hanno ancora stabilito delle regole di procedura, data la mancata competenza per ricevere delle comunicazioni individuali. Le comunicazioni devono essere presentate in una delle lingue ufficiali delle Nazioni Unite: arabo, cinese, inglese, francese, russo e spagnolo.

1285. Si veda, art. 44, *Regolamento di procedura C.iadu*.

1286. art. 49.3 *Statuto C.agdu*.

1287. Ulteriori informazioni pratiche su come presentare una domanda ad un organismo pattizio si possono trovare presso il seguente sito web: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm>

1288. Un processo di armonizzazione delle procedure degli organismi ONU derivanti dai trattati è pendente sotto l'egida delle Nazioni. Per più informazioni si veda, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/treaty/reform.htm>.

a) Fase preparatoria

Le regole procedurali relative alla fase preparatoria sono simili per tutti i quattro organismi abilitati a ricevere comunicazioni individuali e che hanno stabilito delle regole di procedura. Il segretariato delle Nazioni Unite riceve tutte le comunicazioni e verifica il corretto adempimento dei requisiti formali; e potrebbe chiedere chiarimenti sui requisiti formali e sulle intenzioni effettive del ricorrente di investire il Comitato della comunicazione. Adempiuti questi passaggi preliminari, la comunicazione viene registrata e trasmessa al Comitato competente.¹²⁸⁹

b) Fase di ammissibilità

Chi decide? Nel Comitato, considerato nel suo insieme, viene determinato l'adempimento delle condizioni formali di ricevibilità, ed, eventualmente, viene istituito un gruppo di lavoro al suo interno sulle decisioni di ammissibilità.¹²⁹⁰ Nei Comitati sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale (CEDR) e sull'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne (CEDCD), il gruppo di lavoro può solo formulare raccomandazioni sulla ricevibilità.¹²⁹¹

Come? Il Comitato decide sempre sulla ricevibilità con un semplice voto di maggioranza. Tuttavia, i sistemi di voto variano quando viene istituito il gruppo di lavoro, che con voto unanime decide sull'ammissibilità nei Comitati sui Diritti Umani e contro la Tortura; ma, nel primo caso, una decisione di inammissibilità dovrà essere ratificata dal Comitato sui Diritti Umani nel suo insieme.¹²⁹²

Comunicazioni e Repliche: Il Comitato chiede informazioni sia al ricorrente che allo Stato Parte, fissando dei termini massimi appropriati.¹²⁹³ Il Comitato sui Diritti Umani invita lo Stato convenuto a presentare per iscritto entro sei mesi le sue osservazioni sull'ammissibilità e il merito, a meno che il Comitato richieda di presentare unicamente le osservazioni sull'ammissibilità. Il Comitato può richiedere al ricorrente e allo Stato di presentare osservazioni complementari. A ogni parte deve essere offerta l'opportunità di replicare alle osservazioni dell'altra parte.¹²⁹⁴

Revisione della decisione di ammissibilità: Una decisione di inammissibilità può essere riesaminata dal Comitato in un secondo momento, qualora sia stato accertato che il motivo di irricevibilità non è più applicabile.¹²⁹⁵

1289. Si veda, artt. 84-87, *Regolamento di procedura CDU*; artt. 103-105, *Regolamento di procedura CCT*; artt. 83-84, *Regolamento di procedura CEDR*; artt. 56-58, *Regolamento di procedura CEDCD*.

1290. Si veda, artt. 111-112, *Regolamento di procedura CCT*; artt. 93-98, *Regolamento di procedura CDU*.

1291. Art. 87, *Regolamento di procedura CEDR*; art. 62, *Regolamento di procedura CEDCD*.

1292. Artt. 93-98, *Regolamento di procedura CDU*; artt. 111-112, *Regolamento di procedura CCT*.

1293. Si veda, art. 115, *Regolamento di procedura CCT*; art. 92, *Regolamento di procedura CEDR*.

1294. Artt. 93-98, *Regolamento di procedura CDU*.

1295. Art. 116, *Regolamento di procedura CCT*; art. 93.2, *Regolamento di procedura CEDR*; art. 70, *Regolamento di procedura CEDCD*.

Decisioni sull'ammissibilità e il merito: In pratica, i Comitati possono decidere sulla ricevibilità e sul merito della comunicazione individuale quando le informazioni ricevute sono ritenute sufficienti per raggiungere una decisione finale.

c) Merito

Riunioni a porte chiuse: I Comitati esaminano la comunicazione, sia in fase di ammissibilità sia di merito, in riunioni a porte chiuse.¹²⁹⁶ I Comitati per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale e contro la Tortura (CEDR e CCT) possono invitare le parti a un'udienza orale a porte chiuse per rispondere alle domande e fornire ulteriori informazioni.¹²⁹⁷

Comunicazioni: Di norma, un Comitato trasmetterà le informazioni allo Stato Parte e informerà il ricorrente,¹²⁹⁸ e potrà richiedere informazioni complementari sul merito.¹²⁹⁹ Il Comitato sui Diritti Umani prevede che lo Stato Parte abbia sei mesi per presentare osservazioni scritte e dichiarazioni che chiariscano la questione in esame e la soluzione eventuale che può essere stata adottata dallo Stato. Eventuali osservazioni o dichiarazioni presentate dallo Stato Parte saranno comunicate all'autore della comunicazione, che può replicare presentando ulteriori informazioni scritte o osservazioni entro dei termini stabiliti.¹³⁰⁰ Per il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale, lo Stato dispone di tre mesi per presentare le sue motivazioni, che saranno trasmesse al ricorrente per opporre ulteriori osservazioni.¹³⁰¹

Documentazione: Il Comitato prenderà in considerazione tutte le informazioni rese disponibili dalle parti.¹³⁰² Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali o Culturali include nel fascicolo tutta la documentazione rilevante proveniente da altri organismi delle Nazioni Unite, agenzie specializzate, fondi, programmi e meccanismi, e altre organizzazioni internazionali includendo i sistemi regionali di diritti umani.¹³⁰³

1296. Artt. 88 e 102, *Regolamento di procedura CDU*; art. 8 PO-PIDESC; art. 22.4-6 CCT; art. 118.1, *Regolamento di procedura CCT*; art. 88, *Regolamento di procedura CEDR*; art. 7 PO-CEDCD, e art. 72, *Regolamento di procedura CEDCD*; art. 77.6-7 CIDLM.

1297. Art. 94.5, *Regolamento di procedura CEDR*; art. 117, *Regolamento di procedura CCT*.

1298. Art. 117, *Regolamento di procedura CCT*; art. 8 PO-PIDESC; artt. 99-100, *Regolamento di procedura CDU*; art. 94.1, *Regolamento di procedura CEDR*; art. 7 PO-CEDCD; art. 72, *Regolamento di procedura CEDCD*.

1299. *Ibid.*

1300. Artt. 99-100, *Regolamento di procedura CDU*.

1301. Art. 94.2-4, *Regolamento di procedura CEDR*.

1302. Artt. 99-100, *Regolamento di procedura CDU*; art. 8 PO-PIDESC; art. 22.4-6 CCT; art. 118.1, *Regolamento di procedura CCT*; art. 14.7(a) CIEDR; art. 7 PO-CEDCD; art. 72, *Regolamento di procedura CEDCD*; art. 77.5 CIDLM.

1303. Art. 8 PO-PIDESC.

Decisione: I Comitati adotteranno le loro decisioni (*Views*) sul caso e le trasmetteranno alle parti.¹³⁰⁴ Il regolamento interno del Comitato sui Diritti Umani prevede espressamente la pubblicità delle decisioni di questo organismo.¹³⁰⁵

d) Composizione amichevole

Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali o Culturali è l'unico Comitato che prevede espressamente la possibilità di raggiungere una composizione amichevole della controversia, che dovrà avvenire sulla base del rispetto degli obblighi previsti dal Patto e che conclude la procedura della comunicazione.¹³⁰⁶ Mentre gli altri trattati delle Nazioni Unite sui diritti umani e le corrispondenti regole di procedura non prevedono espressamente una procedura di composizione amichevole, il Comitato può mettersi a disposizione degli interessati al fine di raggiungere una soluzione amichevole del caso.¹³⁰⁷

e) Misure provvisorie

Misure provvisorie possono essere adottate dagli organismi dei diritti umani ai quali è stata presentata la causa, quando sono auspicabili per evitare danni irreparabili alla vittima della presunta violazione, dal momento della comunicazione del caso fino al raggiungimento della decisione definitiva.¹³⁰⁸ Il Comitato sui Diritti Umani¹³⁰⁹ e il Comitato contro la Tortura¹³¹⁰ hanno confermato nella loro giurisprudenza il carattere vincolante delle misure provvisorie. Data l'uniformità della giurisprudenza su questo tema, altri organismi (CDESC, CEDR e CEDCD), che hanno il potere di emettere provvedimenti provvisori, potrebbero sostenere la loro natura vincolante.

2. La Corte Europea dei Diritti Umani

Ricorso: la proposizione di un ricorso alla Corte Europea dei Diritti Umani dovrebbe essere normalmente eseguita compilando e inviando il modulo della domanda che può essere scaricato dal sito della Corte. Il ricorso deve essere compilato in una delle lingue ufficiali della Corte (inglese o francese), e spedito con le copie

1304. Artt. 99-100, *Regolamento di procedura CDU*; art. 22.7 CCT; art. 14.7(b) CIEDR; art. 7 PO-CEDCD; art. 72, *Regolamento di procedura CEDCD*; art. 77.6-7 CIDLM.

1305. Art. 102(5), *Regolamento di procedura CDU*.

1306. Art. 7 PO-PIDESC.

1307. Si veda, Catarina de Albuquerque, *Elements for an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Analytical paper by the Chairperson-Rapporteur, Open-ended working group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, 30 novembre 2005, par. 14; e CDESC, *Report to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications in relation to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/CN.4/1997/105, 18 dicembre 1996, par. 38.

1308. Si veda, art. 92, *Regolamento di procedura CDU*; art. 5.1 PO-PIDESC; art. 114, *Regolamento di procedura CCT*; art. 94.3, *Regolamento di procedura CEDR*; art. 5.1 PO-CEDCD; art. 63, *Regolamento di procedura CEDCD*.

1309. Si veda, nota n. 1266.

1310. Si veda, nota n. 1267.

di tutti i documenti pertinenti e, in particolare, della decisione giudiziaria o non giudiziaria riguardante l'oggetto della domanda.¹³¹¹ È anche possibile introdurre prima una denuncia contenente la materia oggetto della domanda e gli articoli della Convenzione che si ritengono violati mediante una lettera.¹³¹² Questa lettera interrompe il termine previsto di sei mesi per la presentazione del ricorso. In questo caso o nel caso della proposizione di un ricorso incompleto, la Corte richiederà ulteriori informazioni da produrre entro otto settimane dalla data della richiesta.¹³¹³ Dal ricevimento della prima comunicazione che definisce l'oggetto della causa, la Cancelleria aprirà un fascicolo con un numero che deve essere menzionato in tutta la successiva corrispondenza e ne informerà il ricorrente per lettera. Eventuali ulteriori richieste di informazioni e documenti possono essere inoltrate dalla Corte.¹³¹⁴

Fase preparatoria: Il Presidente della Corte assegna il ricorso a una designata Camera della Corte composta da sette giudici.¹³¹⁵

Fase di ricevibilità: Quando gli elementi presentati nel ricorso sono di per sé sufficienti per determinare la sua irricevibilità o che dovrebbe essere stralciato dal ruolo, verrà esaminato da un giudice unico con decisione finale. In caso contrario, il giudice unico inoltrerà la causa ad una Camera o ad un Comitato, tra i cui membri il presidente della Camera nominerà un Giudice Relatore per trattare il caso. Il Giudice Relatore può richiedere ulteriori informazioni alle parti; decidere se il ricorso debba essere esaminato da un giudice unico, da un Comitato o da una Camera; e può sottoporre rapporti, bozze di testi e altri documenti alla Camera, Comitato o Presidente.¹³¹⁶ In questa fase, la causa passerà al Comitato, composto di tre giudici della Camera, che emana decisioni definitive. Il Comitato comunica il ricorso allo Stato interessato e richiede informazioni supplementari a entrambe le parti. Il Comitato può, all'unanimità, dichiarare irricevibile il ricorso o stralciarlo dal ruolo, oppure dichiararlo ricevibile e raggiungere immediatamente una decisione nel merito quando la questione della causa risulta oggetto di una consolidata giurisprudenza della Corte. In caso contrario, il Comitato trasmette il caso alla Camera.¹³¹⁷ La Camera è anch'essa in grado di notificare la decisione allo Stato e chiedere informazioni alle parti. La Camera può decidere di dichiarare il ricorso irricevibile o stralciarlo dal ruolo della Corte. Prima di decidere, la Camera può tenere un'udienza, su istanza di

1311. I formulari per le domande si trovano a <http://www.CEDU.coe.int/CEDU/EN/Header/Applicants/Apply+to+the+Court/Application+pack/>. Si veda, art. 47.1, *Regolamento di procedura C.edu*.

1312. *Istituzione del procedimento*, Direttiva pratica emanata dal presidente della Corte ai sensi dell'art. 32 del *Regolamento di procedura C.edu* il 1 novembre 2003 ed emanata il 22 settembre 2008 ed il 24 giugno 2009, par. 3.

1313. *Ibid.*, par. 4.

1314. *Ibid.*, par. 7.

1315. Art. 52.1, *Regolamento di procedura C.edu*.

1316. Artt. 27 CEDU; artt. 49 e 52A, *Regolamento di procedura C.edu*.

1317. Art. 28 CEDU; art. 53, *Regolamento di procedura C.edu*.

parte o d'ufficio, e, se lo reputa necessario, decidere di esaminare congiuntamente la ricevibilità e il merito.¹³¹⁸

Composizione amichevole: In ogni momento della procedura, la Corte si mette a disposizione degli interessati al fine di pervenire a una composizione amichevole della controversia. In questo caso, la procedura di conciliazione ha carattere confidenziale, sotto la supervisione della Cancelleria, in base alle istruzioni della Camera o del suo Presidente. Nel caso di composizione amichevole, la Corte cancella il ricorso dal ruolo mediante una decisione che si limita a una breve esposizione dei fatti e della soluzione adottata. Tale decisione viene trasmessa al Comitato dei Ministri, che ne sorveglia l'esecuzione.¹³¹⁹

Cancellazione dal ruolo: In ogni momento della procedura, la Corte può decidere di cancellare un ricorso dal ruolo, nei seguenti tre casi: il ricorrente non intende mantenerlo; la controversia è stata risolta; o quando, per ogni altro motivo di cui la Corte accerta l'esistenza, la prosecuzione dell'esame del ricorso non sia più giustificata. Tuttavia, la Corte "prosegue l'esame del ricorso qualora il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli lo imponga",¹³²⁰ e può decidere di iscrivere nuovamente a ruolo un ricorso precedentemente cancellato.¹³²¹ Il ricorso viene cancellato dal ruolo quando è stata raggiunta una composizione amichevole tra le parti¹³²² o quando una dichiarazione unilaterale da parte dello Stato convenuto è accettata dalla Corte. In quest'ultimo caso, la Corte può cancellare il caso dal ruolo anche se il ricorrente intende proseguire la causa.¹³²³ Tuttavia è previsto che il rispetto dei diritti umani, come definiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli, possa richiedere la prosecuzione dell'esame del caso. A tal fine, la Corte ha dichiarato che verranno prese in considerazione "la natura del ricorso, se le questioni sollevate sono simili a problematiche risolte dalla Corte in casi precedenti; la natura e la portata dei provvedimenti adottati dal governo nell'ambito dell'esecuzione delle sentenze pronunciate dalla Corte in tali casi precedenti, e l'impatto di queste misure sul caso in esame".¹³²⁴

1318. Art. 29 CEDU; artt. 54 e 54A, *Regolamento di procedura C.edu.*

1319. Art. 39 CEDU; art. 62, *Regolamento di procedura C.edu.*

1320. Art. 37.1 CEDU (traduzione ufficiale).

1321. Si veda, art. 37 CEDU; art. 43, *Regolamento di procedura C.edu.*

1322. Si veda, art. 43.3, *Regolamento di procedura C.edu.*

1323. Si veda, *Akman c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 37453/97, Decisione sull'ammissibilità, 26 giugno 2001, par. 28-32; e, *Tahsin Acar c. Turchia*, C.edu, Ricorso n. 26307/95, Sentenza del 8 aprile 2004, par. 75-76.

1324. *Tahsin Acar c. Turchia*, C.edu, *op. cit.*, nota n. 1323, par. 76 (traduzione ufficiosa). La Corte ha anche aggiunto che "può essere materialmente rilevante se i fatti siano in disputa tra le parti e, in caso positivo, a che livello, e che valore di prova *prima facie* si possa attribuire alle petizioni delle parti sui fatti. In tal merito, sarà importante se la Corte stessa abbia già raccolto prove nel caso ai fini di stabilire fatti che siano contestati. Altri fattori rilevanti possono includere la questione se il governo convenuto abbia fatto una qualche ammissione in merito alle presunte violazioni della Convenzione nella sua dichiarazione unilaterale ed, in caso positivo, la portata di tale ammissione e la maniera in cui si intende fornire una riparazione al ricorrente. Con riguardo a quest'ultimo punto, nei casi in cui sia possibile eliminare gli effetti della violazione presunti (come, per esempio, in casi relative alla proprietà) ed il governo convenuto ha dichiarato la sua

Esame nel merito: dichiarato ricevibile il ricorso, la Camera può invitare le parti a presentare nuove prove e osservazioni e a fissare un'udienza. La Corte, in composizione camerale, esamina il ricorso.¹³²⁵ Le udienze sono pubbliche. Anche i documenti depositati presso la Cancelleria della Corte sono pubblici, sebbene l'accesso possa essere limitato dalla Corte qualora lo richieda, in una società democratica, la protezione della moralità, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale. Ulteriori restrizioni avvengono nell'interesse dei minori o per proteggere la sfera privata delle parti in causa, e qualora la pubblicità possa nuocere all'interesse della giustizia.¹³²⁶ Le sentenze della Camera diventano definitive nei seguenti casi: quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera; sono trascorsi tre mesi dalla data della sentenza, senza richiesta di rinvio alla Grande Camera; se la Grande Camera respinge la richiesta di rinvio.¹³²⁷

Equa soddisfazione: In caso di violazione delle disposizioni convenzionali, la Corte accorda un'equa soddisfazione alla parte lesa.¹³²⁸ Per concedere una riparazione idonea, la Corte dovrà ricevere dal ricorrente l'indicazione delle misure di riparazione auspiccate, delle memorie scritte e la documentazione probante sul merito del ricorso, entro la data fissata dal Presidente.¹³²⁹

Rimessione o rinvio alla Grande Camera: La Camera può decidere di rimettere la causa davanti alla Grande Camera, composta di diciassette giudici, quando il caso “solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte”,¹³³⁰ a meno che una delle parti della controversia non vi si opponga entro un mese dalla decisione di rimessione.¹³³¹ Inoltre, ogni parte può chiedere che il caso sia rinviato dinanzi alla Grande Camera entro tre mesi dalla data della sentenza di una Camera. La domanda viene esaminata da un collegio di cinque giudici della Grande Camera, che accetta il caso solamente nel caso in cui dovesse sorgere una questione grave relativa all'interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o una questione grave di carattere generale.¹³³² Le disposizioni che disciplinano il procedimento davanti alle Camere si applicano *mutatis mutandis* a quello davanti alla Grande Camera, compresa la designazione di un Giudice Relatore.¹³³³

prontezza ad operare in tal senso, è più probabile che la riparazione intesa sia ritenuta appropriata ai fini della cancellazione dal ruolo” (traduzione ufficiosa). La lista non è tassativa.

1325. Art. 38 CEDU.

1326. Art. 40 CEDU. Si veda, artt. 33 e 63, *Regolamento di procedura C.edu.*

1327. Art. 44 CEDU.

1328. Art. 41 CEDU.

1329. Art. 60, *Regolamento di procedura C.edu.*

1330. Artt. 30-31 CEDU (traduzione ufficiale).

1331. Vedi anche, art. 72, *Regolamento di procedura C.edu.*

1332. Art. 43 CEDU. Vedi anche, art. 73, *Regolamento di procedura C.edu.*

1333. Artt. 50 and 71, *Regolamento di procedura C.edu.*

a) Rappresentante legale e gratuito patrocinio

Inizialmente i ricorsi possono essere introdotti sia personalmente dalla vittima sia tramite un rappresentante.¹³³⁴ Comunque, il sistema giudiziario della Corte Europea richiede la rappresentanza obbligatoria dopo che la domanda è stata notificata allo Stato contraente.¹³³⁵ Il ricorrente può richiedere il permesso di esporre egli stesso la sua causa al presidente della Camera, che solo in casi “eccezionali” concede l'autorizzazione. Il rappresentante deve essere un avvocato “abilitato all'esercizio della professione in una qualsiasi Parte Contraente e residente nel territorio di una di esse, o qualsiasi altra persona autorizzata dal presidente della Camera”.¹³³⁶ Il rappresentante deve possedere una conoscenza adeguata di una delle lingue della Corte, a meno che sia concessa l'autorizzazione di utilizzare un'altra lingua dal presidente della Camera, il quale può anche rimuovere un avvocato dall'incarico di rappresentare il cliente, qualora ritenga che le circostanze o la condotta dell'avvocato lo giustifichino.

La Corte Europea dei Diritti Umani, consapevole della propria giurisprudenza nonché delle spese di rappresentanza legale, prevede un sistema di gratuito patrocinio. Il presidente della Camera accorda il gratuito patrocinio solo quando lo ritenga necessario per il corretto svolgimento del caso e il ricorrente non disponga dei mezzi finanziari sufficienti per far fronte in tutto o in parte alle spese connesse alla procedura dinanzi alla Corte. Su istanza di un ricorrente individuale ovvero d'ufficio può essere concesso il gratuito patrocinio, dal momento in cui lo Stato interessato abbia presentato le proprie memorie per iscritto in merito alla ricevibilità del caso o quando è scaduto il termine concessogli a tal fine. Accordato il gratuito patrocinio, esso coprirà tutte le fasi del procedimento dinanzi alla Corte, a meno che il presidente constati che non sono più presenti le condizioni per mantenerlo. Per accertare le condizioni economiche e di reddito del ricorrente, a quest'ultimo viene richiesto di produrre una dichiarazione di risorse, certificata dalle autorità nazionali, nella quale devono essere indicati i redditi, i capitali, ed eventuali impegni finanziari nei confronti di persone a carico o qualsiasi altro obbligo finanziario.¹³³⁷

3. Il Comitato Europeo sui Diritti Sociali

Fase preparatoria: Il ricorso deve essere rivolto al Segretario Esecutivo, agente per conto del Segretario Generale del Consiglio d'Europa, che, dopo aver confermato l'avvenuto ricevimento, lo notificherà allo Stato interessato e lo trasmetterà al

1334. Le norme sulla rappresentazione sono contenute nell'art. 36, *Regolamento di procedura C.edu*.

1335. Una mancanza di contatto costante, per un lungo periodo di tempo, tra il ricorrente ed il suo rappresentante può condurre la Corte a considerare che il ricorrente abbia perso interesse nel procedimento ed a ordinare la cancellazione della causa dal ruolo. Si veda, *Ramzy c. Paesi Bassi*, C.edu, Ricorso n. 25424/05, Decisione sull'ammissibilità, 20 luglio 2010.

1336. Art. 36.4(a), *Regolamento di procedura C.edu* (traduzione ufficiosa).

1337. Si veda, artt.100 to 105, *Regolamento di procedura C.edu*.

Comitato Europeo sui Diritti Sociali (CEDS).¹³³⁸ I ricorsi devono essere presentati in una delle lingue di lavoro del Comitato: inglese o francese.

Fase di ricevibilità: Per ogni caso, il presidente del Comitato nominerà uno dei suoi membri come relatore. Il relatore preparerà un progetto di decisione sulla ricevibilità, e in seguito, eventualmente, un progetto di decisione sul merito.¹³³⁹ Il Comitato può richiedere informazioni complementari alle parti sulla ricevibilità del ricorso. Se il ricorso viene ammesso, il Comitato esegue la notifica alle Parti Contraenti della Carta tramite il Segretario Generale.¹³⁴⁰ Il Comitato può dichiarare il ricorso ricevibile o irricevibile, senza aver invitato il governo interessato a presentare osservazioni quando ritiene manifestamente rispettate o non rispettate le condizioni di ricevibilità.¹³⁴¹

Esame nel merito: Il Comitato può richiedere ulteriori informazioni alle parti e fissare un'udienza, su richiesta di una delle parti o su propria iniziativa.¹³⁴² Il Comitato redigerà una relazione contenente le sue conclusioni sulla violazione della Carta da parte dello Stato, se riscontrate, e le invierà, in via confidenziale, al Comitato dei Ministri e alle parti, con divieto di pubblicazione.¹³⁴³ Successivamente, i membri del Comitato dei Ministri, che sono gli Stati Parte della Carta, approvano la relazione con una risoluzione a maggioranza. Se il Comitato Europeo sui Diritti Sociali rileva una violazione della Carta, il Comitato, con la stessa composizione, può deliberare con voto a maggioranza di due terzi una raccomandazione allo Stato interessato.¹³⁴⁴ Il rapporto del CEDS verrà pubblicato immediatamente dopo l'adozione della risoluzione del Comitato dei Ministri, o, in ogni caso, non oltre quattro mesi dopo la sua trasmissione.¹³⁴⁵

4. La Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani

L'esatta natura della procedura per l'esame della domanda/comunicazione dipende da se quest'ultima si basi su una presunta violazione della *Convenzione americana sui diritti umani* o della *Dichiarazione americana sui diritti e doveri dell'uomo*.

a) Domande che si riferiscono alla *Convenzione americana sui diritti umani*

Fase preparatoria: Il Segretariato Esecutivo della Commissione inizia a esaminare le domande presentate dinanzi alla Commissione, verificando il rispetto delle condizioni previste dall'art. 28 delle *Regolamento di procedura* (requisiti formali

1338. Art. 5, PA-CSE. Si veda, art. 23, *Regolamento di procedura CEDS*.

1339. Art. 27, *Regolamento di procedura CEDS*.

1340. Artt. 6 e 7.1, PS-CSE. Vedi anche, artt. 29 e 30, *Regolamento di procedura CEDS*.

1341. Art. 29.4, *Regolamento di procedura CEDS*.

1342. Art. 7, PS-CSE. Vedi anche, artt. 31 e 33, *Regolamento di procedura CEDS*.

1343. Art. 8, *ibid.*

1344. Art. 9, *ibid.*

1345. Art. 8.2, *ibid.*

della domanda), e chiedendo eventualmente al richiedente o al suo rappresentante l'adempimento delle condizioni che non sono state soddisfatte.¹³⁴⁶

Procedura di ricevibilità: Il Segretariato Esecutivo della Commissione inoltra gli elementi significativi della comunicazione individuale allo Stato interessato con una richiesta di informazioni entro due mesi. La comunicazione non dovrebbe rivelare l'identità del ricorrente, senza il suo consenso. Prima di decidere sulla ricevibilità della domanda, la Commissione può invitare le parti a presentare ulteriori memorie scritte o ascoltare deposizioni orali. Ricevute le osservazioni o scaduto il termine per presentarle, la Commissione verifica l'esistenza o la sussistenza delle motivazioni nella domanda.¹³⁴⁷ La Commissione istituisce un gruppo di lavoro di tre o più dei suoi membri per studiare la ricevibilità delle denunce e formulare raccomandazioni alla Commissione plenaria.¹³⁴⁸ Dopo aver esaminato la posizione delle parti, la Commissione prende una decisione sulla ricevibilità. Le relazioni della Commissione sulla ricevibilità sono pubbliche e sono raccolte nella sua relazione annuale all'assemblea generale OAS. Quando una relazione sull'ammissibilità viene adottata, la domanda viene registrata e iniziato il procedimento di merito.¹³⁴⁹

Procedimento di merito: Dopo l'apertura del caso, la Commissione fissa un periodo di tre mesi per presentare ulteriori informazioni sul merito della causa. Le parti rilevanti di tali osservazioni sono trasmesse allo Stato interessato, in modo che possa replicare entro altri tre mesi.¹³⁵⁰ La Commissione chiede alle parti se sono interessate a una composizione amichevole della controversia. La Commissione può disporre indagini sul posto e chiedere un'audizione.¹³⁵¹ Infine, la Commissione delibera nel merito del caso: se stabilisce che non vi sia stata alcuna violazione lo indica nella sua relazione, che verrà trasmessa alle parti e pubblicata nelle Relazione Annuale della Commissione all'Assemblea Generale dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS); se verifica la violazione di una o più disposizioni della Convenzione, prepara una relazione preliminare con la proposta e le raccomandazioni che ritiene pertinenti e le trasmette allo Stato in questione, fissando un termine entro il quale lo Stato deve riferire sulle misure adottate per conformarsi alle raccomandazioni. Lo Stato non è autorizzato a rendere pubblica la relazione fino a quando la Commissione non ha adottato una decisione in questo senso. La Commissione notifica al ricorrente l'adozione della relazione e la sua trasmissione allo Stato. Qualora gli Stati Parte della Convenzione abbiano accettato la giurisdizione contenziosa della Corte Inter-Americana, con la notifica all'istante la Commissione concede un mese per presentare eventuali richieste di sottoposizione del caso alla Corte.¹³⁵²

1346. Si veda, artt. 26, 27, 29, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1347. Si veda, art. 30, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1348. Si veda, art. 35, *ibid.*

1349. Si veda, art. 36, *ibid.*

1350. Si veda, art. 37, *ibid.* La procedura d'udienza è negli artt. 61-69, *ibid.*

1351. Si veda, artt. 39 e 43, *ibid.*

1352. Art. 50-51 CADU. Si veda, artt. 43 e 44, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

Composizione amichevole: La Convenzione Americana prevede che “la Commissione si mette a disposizioni delle parti interessate al fine di pervenire a una composizione amichevole della controversia nel rispetto dei diritti umani riconosciuti in questa Convenzione”.¹³⁵³ Dopo le richieste iniziali sul merito, la Commissione chiede alle parti, entro un termine stabilito, di esprimere il proprio interesse a utilizzare la procedura di regolamento amichevole.¹³⁵⁴ Tutte le soluzioni conciliative devono essere fondate sul rispetto dei diritti umani riconosciuti nella Convenzione e Dichiarazione Americana, ed in altri strumenti pertinenti.¹³⁵⁵ Se l'accordo è raggiunto, la Commissione redige un rapporto con una breve esposizione dei fatti e della soluzione raggiunta, che viene pubblicato e trasmesso alle parti.¹³⁵⁶

Rinvio del caso alla Corte: qualora lo Stato in questione abbia accettato la giurisdizione della Corte Inter-Americana in conformità con l'art. 62 della Convenzione, e la Commissione ritiene che lo Stato non abbia adempiuto alle raccomandazioni del rapporto approvato ai sensi dell'art. 50 della Convenzione stessa, il caso viene sottoposto alla deliberazione della Corte, a meno che non vi sia una deliberazione contraria approvata dalla maggioranza assoluta dei membri della Commissione.¹³⁵⁷

Pubblicazione del rapporto: Se entro tre mesi dalla trasmissione del rapporto preliminare allo Stato la questione non è stata risolta o - per gli Stati che hanno accettato la giurisdizione della Corte Inter-Americana - non è stato sottoposto il caso da parte della Commissione o dello Stato alla deliberazione della Corte, con il voto della maggioranza assoluta dei suoi membri la Commissione può emettere la propria opinione e le proprie conclusioni riguardanti il caso sottoposto alle sue considerazioni. Il rapporto finale sarà trasmesso alle parti, che sono tenute a presentare informazioni sul rispetto delle raccomandazioni ricevute, entro un periodo di tempo fissato dalla Commissione. Con il voto della maggioranza assoluta dei suoi membri e sulla base delle informazioni disponibili la Commissione valuterà la conformità delle misure eventualmente adottate dallo Stato con le sue raccomandazioni e se pubblicare o no il rapporto finale.¹³⁵⁸

b) Domande riguardanti gli Stati che non sono parte della *Convenzione americana sui diritti umani*

La Commissione può ricevere ed esaminare qualsiasi istanza contenente la denuncia di presunte violazioni dei diritti umani enunciati nella *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo* in relazione agli Stati Membri OAS che non sono Parti

1353. Art. 48.1(f) CADU. Vedi anche, art. 40, *Regolamento di procedura Comm.IADU* (traduzione ufficiosa).

1354. Si veda, art. 37.4, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1355. Si veda, art. 40.5, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1356. Art. 49 CADU. Si veda, art. 40.5, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1357. Si veda, art. 45, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1358. Si veda, art. 47, *ibid.*

della *Convenzione americana sui diritti umani*.¹³⁵⁹ La procedura applicabile a tali domande è sostanzialmente uguale a quella appena descritta, con l'eccezione della procedura di ricorso alla Corte Inter-Americana dei Diritti Umani.¹³⁶⁰

5. La Corte Inter-Americana dei Diritti Umani

Fase preparatoria: Come si è visto in precedenza, solo la Commissione e gli Stati Parte hanno diritto a sottoporre un caso alla Corte. Ricevuto il caso in una lingua ufficiale della Corte, il presidente conduce un esame preliminare della domanda e, se ritiene che i requisiti di base non siano stati rispettati, chiederà alle parti di correggere eventuali lacune entro venti giorni.¹³⁶¹ Se il ricorrente agisce senza un rappresentante accreditato, la Corte può nominare un Difensore Inter-Americano in qualità di rappresentante nel corso del procedimento.¹³⁶² La Cancelleria della Corte esegue le notifiche al presidente e ai giudici della Corte, allo Stato convenuto, alla Commissione, e, quando non è il ricorso non ha avuto origine dal ricorrente, ai suoi rappresentanti o, eventualmente, al Difensore Inter-Americano.¹³⁶³ Quando il ricorso è stato notificato alla presunta vittima o ai rappresentanti, essi hanno un periodo non rinnovabile di due mesi per presentare le loro istanze, memorie e prove alla Corte.¹³⁶⁴ Anche lo Stato avrà un termine non rinnovabile di due mesi per rispondere.¹³⁶⁵

Fase preliminare di contestazione: Le eccezioni preliminari dello Stato possono essere sollevate unicamente in risposta al primo ricorso. Nel documento che presenta le eccezioni preliminari devono essere indicati i fatti sui quali si fonda l'opposizione, gli argomenti legali, le conclusioni, i documenti corroboranti e ogni altra prova che si desidera produrre. Tutte le parti in causa che desiderano presentare memorie scritte sulle eccezioni preliminari possono farlo entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione. Sulle eccezioni preliminari, la Corte, se lo ritiene opportuno, può fissare un'udienza e dopo decidere sulle contestazioni. In base al principio di economia processuale, la Corte può decidere sulle eccezioni preliminari e sul merito in un'unica deliberazione.¹³⁶⁶

Ulteriori memorie: Presentata la risposta in opposizione al ricorso, e prima dell'apertura del processo orale, le parti possono chiedere l'autorizzazione al presidente

1359. Tali Stati sono Antigua e Barbuda, Bahamas, Belize, Canada, Guyana, St. Kitts e Nevis, Saint Lucia, St. Vincent e Grenadines, e gli Stati Uniti d'America. Si veda, art. 51, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1360. Si veda, art. 52, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1361. Si veda, artt. 34-36 and 38, *Regolamento di procedura C.iadu*.

1362. Si veda, art. 37, *ibid*.

1363. Si veda, art. 39, *ibid*.

1364. Si veda, art. 40, *ibid*.

1365. Si veda, art. 41, *ibid*.

1366. Si veda, art. 42, *ibid*.

di depositare ulteriori memorie scritte. In tal caso, il presidente, se lo ritiene opportuno, stabilisce i termini per la presentazione dei relativi documenti.¹³⁶⁷

Fase di discussione della causa: Le udienze della Corte Inter-Americana dei Diritti Umani sono pubbliche, a meno che la Corte non decida di tenere udienza a porte chiuse a causa di circostanze eccezionali.¹³⁶⁸ Le date delle udienze vengono annunciate dalla presidenza della Corte secondo la procedura prevista dagli artt. 45 e 55 del regolamento.¹³⁶⁹ A seguito delle udienze, le vittime o i loro rappresentanti, lo Stato e la Commissione possono presentare le loro memorie conclusive.¹³⁷⁰

Composizione amichevole: Se le vittime, i loro rappresentanti, lo Stato o la Commissione informano la Corte che una soluzione amichevole è stata raggiunta, essa si pronuncerà sulla sua ammissibilità e i suoi effetti giuridici, a meno che non decida di proseguire con la trattazione della causa.¹³⁷¹

Sentenza: Con la dichiarazione della violazione di un diritto o delle libertà protette dalla Convenzione, la Corte decide che alla parte lesa sia assicurato il godimento del diritto e della libertà violata, e, eventualmente, ordina che un rimedio sia fornito per rimediare alle conseguenze del fatto illecito ed accorda un risarcimento alla parte lesa.¹³⁷² Le sentenze della Corte sono definitive e gli Stati Contraenti della Convenzione sono tenuti a conformarvisi. Grava sugli Stati Parte eseguire il risarcimento determinato dalla Corte.¹³⁷³

Interpretazione delle sentenze: La Corte può accogliere la richiesta delle Parti di fornire l'interpretazione delle sue precedenti sentenze entro novanta giorni dalla notifica della sentenza.¹³⁷⁴

6. La Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli

Fase preparatoria: La Segreteria della Commissione trasmette le comunicazioni ricevute alla Commissione per l'esame. La Commissione, tramite la Cancelleria, può chiedere all'autore della comunicazione di fornire chiarimenti sulla domanda presentata.¹³⁷⁵

1367. Si veda, art. 43, *ibid.*

1368. Si veda, art. 15, *ibid.*

1369. Si veda, artt. 45-55, *ibid.* Vedi anche, artt. 57 – 60 sull'ammissione delle prove.

1370. Si veda, art. 56, *ibid.*

1371. Si veda, artt. 63 e 64, *ibid.*

1372. Art. 63.1 CADU. Si veda, artt. 65 - 67, *Regolamento di procedura C.iadu.*

1373. Artt. 67-68 CADU.

1374. Art. 67 CADU. Si veda, art. 68, *Regolamento di procedura C.iadu.*

1375. Si veda, artt. 102-105, *Regolamento di procedura Comm.ADUP.*

Fase di ricevibilità: Le comunicazioni sono esaminate dalla Commissione in privato.¹³⁷⁶ La Commissione può istituire uno o più gruppi di lavoro composti al massimo da tre membri per presentare raccomandazioni in materia di ricevibilità.¹³⁷⁷ La Commissione esamina le questioni di ammissibilità ai sensi dell'art. 56 della Carta.¹³⁷⁸ La Commissione o il gruppo di lavoro può richiedere allo Stato Parte interessato o all'autore della comunicazione di presentare memorie scritte contenenti informazioni o osservazioni relative alla questione della ricevibilità della comunicazione. Se la Commissione decide per l'inammissibilità della comunicazione secondo le condizioni previste dalla Carta, ha l'obbligo di comunicare la sua decisione al più presto possibile, tramite la Cancelleria, all'autore della comunicazione ed eventualmente allo Stato interessato che ha ricevuto la comunicazione. Diversamente, quando la Commissione decide per l'ammissibilità della Comunicazione, tramite la Cancelleria, trasmetterà il provvedimento e tutti i documenti rilevanti allo Stato interessato e informerà l'autore della decisione.¹³⁷⁹

Esame nel merito: Nei tre mesi successivi, lo Stato Parte deve presentare per iscritto alla Commissione spiegazioni o dichiarazioni per chiarire la questione in esame, indicando, se possibile, le misure adottate per porre rimedio alla situazione. Tutto il materiale prodotto dallo Stato deve essere comunicato, tramite la Cancelleria, all'autore della comunicazione che può presentare memorie scritte entro un termine fissato dalla Commissione.¹³⁸⁰

Decisione definitiva: Dichiarata ammissibile la comunicazione, la Commissione deve esaminare la questione alla luce di tutte le informazioni che l'individuo o lo Stato Parte hanno presentato per iscritto, rendendo note le sue osservazioni in merito. A tal fine, la Commissione può rimettere la comunicazione a un gruppo di lavoro, che presenta delle raccomandazioni. Le osservazioni della Commissione devono essere comunicate all'Assemblea, mediante il Segretario Generale, e allo Stato Parte interessato. L'Assemblea o il suo presidente possono chiedere alla Commissione di condurre uno studio approfondito su questi casi e di presentare una relazione sui fatti, accompagnata da conclusioni e raccomandazioni, conformemente alle disposizioni della Carta. La Commissione può affidare questo compito a un relatore speciale oppure a un gruppo di lavoro.¹³⁸¹

7. La Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli

Concluso nel 1998, il *Protocollo alla Carta africana sui diritti umani e dei popoli riguardante l'istituzione di una Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli* è entrato

1376. Si veda, art. 106, *ibid.* Vedi anche, art. 59.1 CADUP.

1377. Si veda, art. 115, *ibid.*

1378. Si veda, art. 116, *ibid.*

1379. Si veda, artt. 117-119, *ibid.*

1380. Si veda, art. 119, *ibid.*

1381. Si veda, art. 120, *ibid.*

in vigore il 25 Gennaio 2004 con la fondazione della Corte. Il 1 luglio 2008, l'Assemblea dell'Unione Africana ha adottato un *Protocollo sullo Statuto della Corte Africana di Giustizia e dei Diritti Umani* per unire la Corte di Giustizia Africana e la Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli. Attualmente il Protocollo è stato ratificato solamente da tre Stati ed entrerà in vigore dopo la quindicesima ratifica.

Fase preparatoria: Il richiedente deve depositare presso la cancelleria della Corte una copia firmata della domanda, contenente una sintesi dei fatti e delle prove che intende fornire. Deve specificare la presunta violazione, la documentazione riguardante il previo esaurimento dei ricorsi interni, l'ordinanza di ingiunzione invocata, ed, eventualmente, una richiesta di risarcimento danni.¹³⁸² Il Cancelliere trasmette copia al presidente e ai membri della Corte e, a meno che la Corte decida diversamente, alle altre parti, cioè potenziali ricorrenti e convenuti.¹³⁸³ Lo Stato Parte deve rispondere entro sessanta giorni, se non viene concessa una proroga dalla Corte.¹³⁸⁴ La Corte può respingere il ricorso perché risulta privo di fondamento nella fase istruttoria, fornendo le dovute motivazioni.¹³⁸⁵

Fase di ricevibilità: La Corte effettua gli esami preliminari sulla propria giurisdizione e sulla ricevibilità del ricorso, e può chiedere ulteriori informazioni alle parti.¹³⁸⁶ Le condizioni di ricevibilità sono identiche a quelle previste per la Commissione. La Corte può richiedere un'opinione alla Commissione sulla ricevibilità e valutare anche il trasferimento del caso alla Commissione.¹³⁸⁷

Composizione amichevole: Le parti possono sottoporre all'attenzione della Corte l'accordo raggiunto. La Corte pronuncia la sentenza, indicando i fatti e la soluzione adottata, e può anche decidere di proseguire con la trattazione del caso. La Corte si mette a disposizione delle parti al fine di pervenire ad una soluzione amichevole.¹³⁸⁸

Esame nel merito: Il presidente della Corte fisserà la data dell'udienza, se necessaria, che di regola è pubblica, a meno che la Corte non decida per un'udienza camerale nell'interesse della pubblica morale o della sicurezza e dell'ordine pubblico. La prova può essere prodotta in udienza.¹³⁸⁹

Sentenza: Se la Corte dichiara che vi è stata una violazione dei diritti umani o dei popoli, dovrà emanare delle ordinanze al fine di rimediare alla violazione, anche prevedendo il pagamento di un equo indennizzo o altra forma di risarcimento. La Corte deve emanare una decisione entro novanta giorni dalla data delle discussioni

¹³⁸² Art. 34, *Regolamento di procedura C.adup.*

¹³⁸³ Art. 35, *ibid.*

¹³⁸⁴ Art. 37, *ibid.* Vedi anche, art. 52, *ibid.*, sulle questioni preliminari.

¹³⁸⁵ Art. 38, *ibid.*

¹³⁸⁶ Art. 39, *ibid.*

¹³⁸⁷ Art. 6, P-CADUP sulla Corte Africana. Vedi anche, art. 40, *Regolamento di procedura C.adup.*

¹³⁸⁸ Art. 9, *ibid.* Vedi anche, artt. 56-57, *Regolamento di procedura C.adup.*

¹³⁸⁹ Artt. 10 e 26, *ibid.* Vedi anche, artt. 42-50, *Regolamento di procedura C.adup.*

finali.¹³⁹⁰ Le sentenze sono vincolanti per le parti. Gli Stati sono obbligati dal trattato istitutivo della Corte a dare esecuzione alla sentenza.¹³⁹¹ Ciascuna parte può chiedere l'interpretazione della sentenza alla Corte ai fini dell'esecuzione, entro dodici mesi dalla pronuncia.¹³⁹² Su richiesta di parte, la Corte può rivedere il proprio giudizio alla luce di nuove prove, che non erano conosciute dalle parti al momento della sentenza.¹³⁹³

III. Cosa accade dopo? I sistemi di esecuzione e controllo

Determinata la violazione con un giudizio o un parere emanato da un organismo internazionale, il ricorrente deve avere il diritto al risarcimento. I ricorsi giurisdizionali prevedono l'esecuzione delle condanne al risarcimento: la Corte Europea dei Diritti Umani, la Corte Inter-Americana dei Diritti Umani e la Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli possono ordinare un indennizzo o altre misure di risarcimento, che gli Stati sono obbligati ad eseguire.

Gli organi internazionali quasi-giudiziari possono raccomandare, ma non imporre, un risarcimento. L'applicazione in buona fede del trattato da parte degli Stati Parte comporta l'attuazione delle raccomandazioni espresse dall'organo internazionale competente.

Emanata la sentenza definitiva, la **Corte Europea dei Diritti Umani** la trasmette al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che ne sorveglia l'esecuzione. L'art. 46(1) CEDU prevede che “[l]e Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.”.¹³⁹⁴ In conseguenza di ciò, le sentenze della Corte hanno forza vincolante. Il Comitato dei Ministri deve monitorare che lo Stato Parte abbia compensato la vittima della violazione con un determinato risarcimento monetario e con eventuali interessi di mora a titolo di equa soddisfazione,¹³⁹⁵ e che “misure specifiche di carattere individuale siano state adottate per garantire la cessazione della violazione e una riparazione idonea, per quanto possibile, a ripristinare la situazione anteriore alla violazione della Convenzione [, e/o] misure generali adottate per prevenire nuove violazioni simili a quella contestata o per porre termine alle continue violazioni”.¹³⁹⁶ Se il Comitato dei Ministri ritiene che uno Stato Parte rifiuti di conformarsi ad una sentenza definitiva, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con un voto a maggioranza di due terzi, adire la Corte sulla questione

1390. Artt. 27 e 28.1, *ibid.* Vedi anche, artt. 59-61, *Regolamento di procedura C.adup.*

1391. Artt. 28 e 30, *ibid.* Vedi anche, art. 61, *Regolamento di procedura C.adup.*

1392. Art. 28.4, *ibid.* Vedi anche, art. 66, *Regolamento di procedura C.adup.*

1393. Art. 28.3, *ibid.* Vedi anche, art. 67, *Regolamento di procedura C.adup.*

1394. Art. 46.1 CEDU (traduzione ufficiale).

1395. Art. 6.2(a), *Regolamento del Comitato dei Ministri sulla supervisione dell'esecuzione delle sentenze e delle composizioni amichevoli*, adottate dal Comitato dei Ministri il 10 maggio 2006 alla 964a riunione dei rappresentanti dei Ministri (Regolamento CMCE sull'esecuzione delle sentenze).

1396. Art. 6.2(b), *Regolamento CMCE sull'esecuzione delle sentenze* (traduzione ufficiosa).

della mancata osservanza della sentenza. Quindi, la Corte può constatare la violazione dell'art. 46 CEDU e rinviare il caso al Comitato affinché esamini le misure da adottare.¹³⁹⁷ Eccezionalmente, quando nuovi fatti vengono conosciuti entro un anno dalla pronuncia giudiziale, una parte può richiedere la revisione della sentenza.¹³⁹⁸

La *Convenzione americana sui diritti umani* non prevede alcun ruolo istituzionale per gli organi politici dell'Organizzazione degli Stati Americani di sorvegliare l'applicazione delle sentenze della **Corte Inter-Americana dei Diritti Umani**. Ai sensi dell'art. 65 della Convenzione, la Corte è obbligata a sottoporre alla considerazione dell'Assemblea Generale OAS un rapporto sul lavoro svolto nell'anno precedente. In questo rapporto, la Corte indica i casi in cui lo Stato non ha dato esecuzione alle sue sentenze, avanzando le opportune osservazioni in materia. Comunque, le regole di procedura prevedono che la Corte possa svolgere attività di *follow up* dei suoi giudizi e monitorare l'esecuzione delle sue decisioni attraverso le relazioni dello Stato Parte e le osservazioni delle vittime e dei loro rappresentanti. Inoltre, la Corte può chiedere ulteriori informazioni ad altre fonti e, se lo ritiene opportuno, convocare un'audizione con i rappresentanti dello Stato e delle vittime al fine di monitorare l'osservanza delle sue decisioni. Durante l'audizione, la Corte può ascoltare il parere della Commissione. Dopo l'audizione, la Corte può emettere delle ordinanze sulla conformità alla sentenza.¹³⁹⁹

Nel sistema africano, il trattato che istituisce la Corte affida al Comitato dei Ministri dell'Unione Africana il compito di monitorare l'esecuzione delle sentenze emanate dalla **Corte Africana sui Diritti Umani e dei Popoli**, quando la Corte sarà operativa.¹⁴⁰⁰

Gli altri organismi, sia universali sia regionali, eccetto il Comitato sui Diritti Umani e il CEDR, dispongono di procedure per esercitare il controllo sull'attuazione delle loro raccomandazioni.

Il **Comitato contro la Tortura** e il **CEDR**, quando comunicano le loro decisioni, invitano lo Stato a fornire informazioni sulla loro attuazione e possono nominare uno o più relatori speciali per seguire e riferire su di esse.¹⁴⁰¹ Il **CDESC** ed il **CEDCD** stabiliscono l'obbligazione per lo Stato di riferire entro sei mesi, per iscritto, qualsiasi azione intrapresa alla luce dei pareri e delle raccomandazioni, e prevedono, in particolare, che lo Stato Parte possa essere invitato ad includere ulteriori informazioni nel suo rapporto periodico al Comitato.¹⁴⁰²

1397. Si veda, art. 46 CEDU.

1398. Artt. 79-80, *Regolamento di procedura C.edu*.

1399. Si veda, art. 69, *Regolamento di procedura C.iadu*.

1400. Art. 29, P-CADUP sulla Corte Africana.

1401. Artt. 118.5 e 120, *Regolamento di procedura CCT*; il nuovo art. 95, parr. 6 e 7, *Regolamento di procedura CEDR*, adottato il 15 agosto 2005, disponibile a: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/newruleprocedure-August05.pdf>.

1402. Si veda, art. 7.4-5 PO-CEDCD. Vedi anche, art. 73, *Regolamento di procedura CEDCD*; art. 9 PO-PIDESC.

La **Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani**, appena pubblicato un rapporto su una composizione amichevole o di merito in cui ha reso delle raccomandazioni, può adottare eventuali misure di accompagnamento che ritenga appropriate, come la richiesta di informazioni dalle parti e tenere audizioni, al fine di verificare il rispetto dell'accordo conciliativo e le proprie raccomandazioni. La Commissione riferirà sui progressi realizzati nel rispetto di tutti gli accordi di questo tipo e le raccomandazioni che ritiene opportune.¹⁴⁰³

Il **Comitato Europeo sui Diritti Sociali** richiede allo Stato interessato di fornire informazioni circa l'attuazione delle raccomandazioni del Comitato dei Ministri nella relazione periodica sull'attuazione della Carta.¹⁴⁰⁴

IV. Procedure di comunicazione tramite rapporti

I meccanismi di comunicazione internazionale non impediscono ai ricorrenti di adire gli strumenti di tutela giudiziaria o quasi-giudiziaria. Anche se non hanno la competenza per considerare una situazione individuale, il loro uso potrebbe rivelarsi importante per esaminare i casi sottoposti alla loro attenzione. Tale effetto si può produrre perché i rapporti di questi organi possono informare gli organismi giudiziari o quasi-giudiziari sulla situazione del Paese, oppure perché la segnalazione del caso a questi organismi consente di esercitare una pressione politica sulle autorità nazionali e di contribuire ad analizzare la situazione del Paese. Quest'ultimo risultato è particolarmente significativo, dato che i casi individuali potrebbe richiedere alcuni anni per essere risolti a livello internazionale, mentre i rapporti sulla situazione del Paese o gli interventi diplomatici sui casi individuali potrebbero essere più rapidi, offrendo così del materiale utile per la soluzione delle controversie.

1. Gli organismi dei trattati ONU

Gli organismi dei trattati ONU sono dei meccanismi istituiti dai trattati internazionali sui diritti umani, la maggior parte dei quali sono stati considerati nei paragrafi precedenti perché contemplano una procedura quasi-giudiziaria che consente di valutare i casi singoli. Nelle procedure dei singoli trattati gli Stati sono obbligati a sottoporre al Comitato competente rapporti periodici sulla situazione dei diritti umani nel Paese. Tali organismi sono:

- Il Comitato sui Diritti Umani (PIDCP);
- Il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale (CIEDR);
- Il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne (CEDCD);
- Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (PIDESC);

1403. Si veda, art. 48, *Regolamento di procedura Comm.IADU*.

1404. Art. 10 PA-CSE.

- Il Comitato contro la Tortura (CCT);
- Il Comitato sui Diritti del Fanciullo (CDF);
- Il Comitato sui Diritti dei Lavoratori Migranti e dei Loro Familiari (CIDLM);
- Il Comitato sui Diritti delle Persone con Disabilità (CDPD);
- Il Comitato sulle Sparizioni Forzate (CPSF).

Tutti questi Comitati accettano l'invio di osservazioni da parte delle ONG. Tali osservazioni potrebbero includere anche alcuni casi individuali di violazione dei diritti umani nel Paese. Il contatto con una ONG nazionale o internazionale, al fine di prendere in considerazione il singolo caso nel loro rapporto, potrebbe aumentare le possibilità che il Comitato competente affronterà la situazione generale dei diritti umani che lo riguardano. Una conclusione appropriata del Comitato potrebbe essere di aiuto nel singolo caso

2. Meccanismi non giudiziari per esaminare ricorsi individuali

Molte delle Procedure Speciali stabilite dal Consiglio ONU dei Diritti Umani per affrontare questioni particolari (mandati tematici), con la nomina di esperti indipendenti o “mandatari”, possono esaminare e risolvere “comunicazioni” individuali. Ricevuta la comunicazione da esaminare, si deciderà se contattare lo Stato interessato per chiedere una risposta alle dichiarazioni ricevute. Le comunicazioni saranno generalmente pubblicate nella Relazione Annuale delle relative Procedure Speciali. Queste comunicazioni non sono condizionate dal fatto che lo Stato interessato sia Parte di un trattato particolare sui diritti umani e che le vie di ricorso interne siano esaurite. Inoltre, le Procedure Speciali non sono vincolate dal divieto della duplicazione dei reclami, consentendo la presentazione della comunicazione a più procedure speciali oppure a procedure speciali e a un organismo giudiziario o quasi-giudiziario. In aggiunta a queste procedure speciali esiste anche la procedura per i reclami del Consiglio dei Diritti Umani, istituita per affrontare regolari sistemi di gravi e attendibili violazioni di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali, che si verificano in qualsiasi parte del mondo e in qualsiasi circostanza.¹⁴⁰⁵

a) Norme procedurali essenziali nelle procedure speciali

Nella considerazione delle comunicazioni, le procedure speciali delle Nazioni Unite applicano alcune norme procedurali essenziali che sono contenute nel *Manuale di funzionamento delle procedure speciali del Consiglio dei Diritti Umani*¹⁴⁰⁶ e nel *Codice di condotta per i titolari di mandato per le procedure speciali del Consiglio*

1405. Vedi <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/complaints.htm>.

1406. *Manuale di funzionamento delle Procedure Speciali del Consiglio dei Diritti Umani*, adottato alla 15a riunione annuale delle Procedure Speciali, giugno 2008, disponibile presso http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/docs/Manual_Agosto_FINAL_2008.doc (Manuale di funzionamento).

dei Diritti Umani.¹⁴⁰⁷ Queste norme non sono vincolanti ma ispirano una procedura armonizzata per i titolari di mandato che le applicano.

Chi può presentare una comunicazione: La comunicazione può essere presentata da qualsiasi persona o gruppo di persone che lamentano di essere vittime di violazioni, oppure da persone o gruppi di persone (inclusendo ONG), che, agendo in buona fede nel rispetto dei diritti umani (comprendendo la Carta delle Nazioni Unite) e senza opinioni politiche preconcepite, dichiarano di avere una conoscenza diretta e attendibile di violazioni confermate da informazioni chiare.¹⁴⁰⁸

Come la comunicazione deve essere presentata: La comunicazione deve essere presentata in forma scritta, stampata o in formato elettronico e comprendente i dettagli relativi all'identità e indirizzo del mittente, oltre a una completa esposizione dei fatti accaduti. Le comunicazioni anonime non vengono considerate.¹⁴⁰⁹ La maggioranza delle procedure speciali prevedono la presentazione della comunicazione attraverso la compilazione di questionari redatti nelle diverse lingue,¹⁴¹⁰ che, pur non essendo obbligatoria, è fortemente richiesta.

Quali violazioni possono essere sottoposte ad esame: Il tipo di violazione che può essere sottoposto ad una procedura speciale dipende dalla materia di competenza degli esperti.¹⁴¹¹

Criteri di conformità: La comunicazione (1) non deve essere manifestamente infondata o politicamente motivata; (2) deve contenere una descrizione fattuale delle presunte violazioni dei diritti umani; (3) il linguaggio della comunicazione non deve essere offensivo; (4) e la comunicazione non deve basarsi esclusivamente sulle relazioni diffuse dai mezzi di comunicazione.¹⁴¹² Non è necessario l'esaurimento delle vie di ricorso interne.¹⁴¹³

Canali di comunicazione: Gli esperti incaricati inviano tutte le loro comunicazioni al governo interessato attraverso le vie diplomatiche, salvo venga raggiunto un accordo differente tra il singolo governo e l'Ufficio dell'Alto Commissariato per i Diritti Umani.¹⁴¹⁴ Gli esperti non sono tenuti ad informare coloro che forniscono informazioni su qualsiasi misura da essi conseguentemente adottata. Tuttavia, possono dichiarare di aver ricevuto le informazioni e fornire un'indicazione dei risul-

1407. *Codice di condotta per i titolari del mandato per le Procedure Speciali del Consiglio dei Diritti Umani*, nella risoluzione 5/2 del Consiglio ONU dei Diritti Umani, appendice (Codice di condotta).

1408. Art. 9.d, *ibid.*; *Manuale di funzionamento*, op. cit., nota n. 1406, par. 38.

1409. *Manuale di funzionamento*, op. cit., nota n. 1406, par. 38. Altri requisiti formali che potrebbero essere inclusi si trovano al par. 39.

1410. Si veda, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/questionnaires.htm>.

1411. *Ibid.*, par. 28.

1412. Art. 9(a), (b), (c) e (e), *Codice di condotta*, op. cit., nota n. 1407.

1413. *Manuale di funzionamento*, op. cit., nota n. 1406, par. 42.

1414. Art. 14, *Codice di condotta*, op. cit., nota n. 1407; *Manuale di funzionamento*, op. cit., nota n. 1406, par. 28.

tati raggiunti e delle attività in corso di svolgimento, ed, eventualmente, decidere di dare alcune informazioni, che normalmente non riguardano dei contenuti specifici di comunicazione con i governi, a meno che un problema non sia già stato definitivamente affrontato da parte del governo in questione.¹⁴¹⁵

Riservatezza: Il mandatario adotta tutte le precauzioni possibili per garantire che le fonti d'informazione non siano sottoposte a ritorsioni.¹⁴¹⁶ Nelle comunicazioni inviate ai governi, la fonte è normalmente riservata. Tuttavia, una fonte di informazione può richiedere che la sua identità venga rivelata.¹⁴¹⁷ I testi di tutte le comunicazioni inviate e le relative risposte restano riservate fino alla pubblicazione nei rapporti dei mandatarî, salvo che specifiche circostanze richiedano di intervenire prima del tempo stabilito per la pubblicazione.¹⁴¹⁸ L'identità delle presunte vittime sono normalmente indicate nei rapporti, salvo eccezioni riguardanti i bambini e altre vittime di violenze in relazione ai quali la pubblicazione dei nominativi risulterebbe problematica.¹⁴¹⁹

Azione: La risposta alla comunicazione da parte dei mandatarî può assumere la forma di una lettera di denuncia o di un appello urgente. La decisione di intervenire è affidata alla discrezionalità del mandatario.¹⁴²⁰

- **Lettere di denuncia:** Le lettere di denuncia vengono utilizzate per comunicare le presunte violazioni già perpetrate, in situazioni in cui gli appelli urgenti non sono necessari.¹⁴²¹ In questo caso, i governi hanno due mesi per fornire una risposta sul merito. Alcuni mandatarî inoltrano il contenuto delle risposte ricevute alla fonte d'informazione.¹⁴²²
- **Appello urgente:** I mandatarî possono ricorrere ad appelli urgenti nei casi in cui le presunte violazioni comportano il rischio di minaccia o di perdita della vita o situazioni di danno grave e imminente alla vittima, che non può essere affrontata in modo tempestivo dalla procedura di denuncia tramite le lettere.¹⁴²³ Nel caso di appelli urgenti, i governi sono tenuti a fornire una risposta nel merito entro trenta giorni. In casi particolari, i mandatarî possono decidere di rendere pubblico un appello urgente.¹⁴²⁴

Follow-up: Un estratto delle comunicazioni e delle risposte del governo sono pubblicate nelle relazioni presentate al Consiglio dei Diritti Umani. La prassi generale

1415. *Manuale di funzionamento*, op. cit., nota n. 1406, par. 25.

1416. *Ibid.*, par. 27.

1417. *Ibid.*, par. 35.

1418. *Ibid.*, par. 37.

1419. *Ibid.*, par. 37.

1420. *Ibid.*, par. 40.

1421. *Ibid.*, par. 6.

1422. *Ibid.*, par. 48.

1423. Art. 10, *Codice di condotta*, op. cit., nota n. 1407; *Manuale di funzionamento*, op. cit., nota n. 1406, par. 43.

1424. *Manuale di funzionamento*, op. cit., nota n. 1406, par. 45.

prevede che il mandatario fornisca qualche risposta, o valutazione del caso, o scambio di informazioni, anche se tale prassi varia da un procedimento speciale all'altro.¹⁴²⁵

Riquadro n. 17. Le procedure speciali più importanti per migranti e rifugiati

Procedura speciale	Informazioni per comunicazioni
Gruppo di Lavoro sulla Detenzione Arbitraria	http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Complaints.aspx
Relatore Speciale sulla vendita dei bambini, la prostituzione e la pornografia minorile	http://www2.ohchr.org/english/issues/children/rapporteur/model.htm
Relatore Speciale su un alloggio adeguato come elemento del diritto ad un adeguato standard di vita, e il diritto alla non discriminazione in questo contesto	http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/IndividualComplaints.aspx
Gruppo di Lavoro sulle sparizioni forzate o Involontarie	http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/procedures.htm#1
Relatore Speciale sul diritto all'educazione	http://www2.ohchr.org/english/issues/education/rapporteur/complaints.htm
Gruppo di Lavoro sulla questione della discriminazione contro le donne in via di fatto e di diritto	Procedura individuale da istituire
Relatore Speciale sulle esecuzioni extra-giudiziarie, arbitrarie e sommarie	http://www2.ohchr.org/english/issues/executions/complaints.htm
Relatore Speciale sul diritto all'alimentazione	http://www2.ohchr.org/english/issues/food/complaints.htm
Relatore Speciale sulla libertà di religione e di credo	http://www2.ohchr.org/english/issues/religion/complaints.htm

¹⁴²⁵. *Manuale di funzionamento*, op. cit., nota n. 1406, par. 91.

Procedura speciale	Informazioni per comunicazioni
Relatore Speciale sulla promozione e protezione del diritto alla libertà di opinione e di espressione	http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/complaints.htm
Relatore Speciale sul diritto di tutti al godimento del livello più elevato possibile di salute fisica e mentale	http://www2.ohchr.org/english/issues/health/right/complaints.htm
Relatore Speciale sulle forme contemporanee di razzismo, discriminazione razziale, xenofobia, ed intolleranze connesse	http://www2.ohchr.org/english/issues/racism/rapporteur/complaints.htm
Relatore Speciale sulle forme contemporanee di schiavitù	http://www2.ohchr.org/english/issues/slavery/rapporteur/submitting_info.htm
Relatore Speciale sulla tortura e altri trattamenti e pene crudeli, inumane o degradanti	Lettere di denuncia: http://www2.ohchr.org/english/issues/torture/rapporteur/allegation.htm Appelli urgenti: http://www2.ohchr.org/english/issues/torture/rapporteur/appeals.htm
Relatore Speciale sulla tratta delle persone, in particolare di donne e bambini	http://www2.ohchr.org/english/issues/trafficking/complaints.htm
Relatore Speciale sulla violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze	http://www2.ohchr.org/english/issues/women/rapporteur/complaints.htm
Relatore Speciale sull'indipendenza di magistrati e avvocati	http://www2.ohchr.org/english/issues/judiciary/complaints.htm

b) Il Gruppo di Lavoro sulla detenzione arbitraria

Il Gruppo di Lavoro sulla detenzione arbitraria (GLDA) è l'unica procedura speciale delle Nazioni Unite il cui mandato prevede espressamente l'esame delle 'denunce' individuali piuttosto che le semplici 'comunicazioni', riconoscendo in tal modo un

diritto di ricorso individuale proveniente da tutte le parti del mondo.¹⁴²⁶ Il Gruppo di Lavoro può anche esaminare casi di propria iniziativa.¹⁴²⁷

Il diritto: Il Gruppo di Lavoro fonda le proprie decisioni sulle denunce individuali del diritto internazionale riguardanti: la *Dichiarazione universale dei diritti umani*, il *Corpo di principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualsiasi forma detentiva o carceraria*, il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* per gli Stati Parte aderenti, le *Regole minime sul il trattamento dei carcerati*; le *Regole delle Nazioni Unite sulla protezione dei minori privati della libertà*, e le *Regole minime di applicazione per l'amministrazione della giustizia minorile*, nonché ogni altro standard rilevante.¹⁴²⁸

Chi può presentare una denuncia: Le denunce possono essere inviate dai soggetti direttamente interessati, dalle loro famiglie o rappresentanti e da ONG per la protezione dei diritti umani, per quanto il Gruppo possa ricevere denunce anche da parte di governi e organizzazioni inter-governative.¹⁴²⁹

Come deve essere presentata la denuncia: La denuncia deve essere presentata per iscritto e indirizzata alla Segreteria, indicando il cognome e indirizzo del mittente. Per quanto possibile, ogni caso dovrebbe includere una presentazione con l'indicazione dei nominativi e di qualsiasi altra informazione che consenta di identificare la persona detenuta. Nel sito del Gruppo è possibile scaricare un formulario.¹⁴³⁰

Procedura. L'esame delle denunce individuali prevede una procedimento ripartito in quattro fasi.

- **Fase 1:** Il Gruppo riceve la denuncia contenente le informazioni minime illustrate sopra.¹⁴³¹
- **Fase 2:** Il Gruppo di Lavoro inoltra la denuncia al governo attraverso le vie diplomatiche, invitandolo a rispondere con commenti e osservazioni entro novanta giorni. Se il governo richiede una proroga, questa può essere concessa per un ulteriore periodo massimo di due mesi.¹⁴³²

1426. Si veda, risoluzioni 1991/42 e 1997/50 della Commissione ONU sui Diritti Umani; decisione 2006/102 del Consiglio ONU dei Diritti Umani; e risoluzione 6/4 del Consiglio ONU dei Diritti Umani.

1427. *Regole di lavoro rivedute*, GLAD, in *Fact Sheet No. 26, The Working Group on Arbitrary Detention*, OHCHR, appendice IV, par. 13.

1428. *Ibid.*, par. 7.

1429. *Ibid.*, par. 12.

1430. *Ibid.*, parr. 9-11. Vedi il questionario presso http://www2.ohchr.org/english/issues/detention/docs/WGADQuestionnaire_en.doc.

1431. *Ibid.*, parr. 9-14.

1432. *Ibid.*, parr. 15-16.

- **Fase 3:** Le risposte del governo vengono comunicate al denunciante, che potrà eventualmente commentarle.¹⁴³³
- **Fase 4:** Il Gruppo può adottare uno dei seguenti provvedimenti a seguito della denuncia:
 - a. Se la persona è stata rilasciata, per qualsiasi ragione, in seguito al riferimento del caso, il caso viene archiviato; il Gruppo, comunque, si riserva il diritto di rendere un parere, caso per caso, se la privazione della libertà è stata arbitraria, nonostante il rilascio della persona interessata;
 - b. Se considera che il caso non costituisce una privazione arbitraria della libertà, esprimerà un parere in tal senso;
 - c. Se ritiene necessario acquisire ulteriori informazioni dal governo o dalla fonte della denuncia, può mantenere il caso aperto fino al ricevimento dell'informativa richiesta;
 - d. Se ritiene di non riuscire ad acquisire sufficienti informazioni riguardanti il caso, può archiviare il caso temporaneamente o definitivamente;
 - e. Se decide che la natura arbitraria della privazione della libertà sia stata determinata, deve rendere un parere in tal senso e formulare raccomandazioni al governo.

Il parere espresso dal Gruppo viene inviato al governo interessato insieme con le sue raccomandazioni. Tre settimane dopo, il parere viene inviato al denunciante.

Follow-up: Il Gruppo di Lavoro inserisce il parere nella sua relazione annuale al Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite.¹⁴³⁴ Esso deve anche adottare tutte le misure appropriate per verificare che i governi li tengano informati sulle azioni intraprese in adempimento delle raccomandazioni ricevute.¹⁴³⁵

Riesame: In circostanze eccezionali, il Gruppo di Lavoro può riconsiderare un parere già adottato, quando: (a) i fatti su cui si basa la richiesta sono considerati dal Gruppo nuovi e determinanti per modificare la decisione precedente; (b) i fatti non erano conosciuti o accessibili al denunciante; o (c) la richiesta proviene dal governo che ha rispettato i termini di replica.¹⁴³⁶

^{1433.} *Ibid.*, par. 15.

^{1434.} *Ibid.*, par. 19.

^{1435.} *Ibid.*, par. 20.

^{1436.} *Ibid.*, par. 21.

Procedura di intervento urgente: Questa procedura può essere invocata dal Gruppo (a) nei casi in cui esistono sufficienti e affidabili prove che una persona sia stata arbitrariamente privata della libertà e che la continuazione di tale privazione costituisce una grave minaccia per la salute o addirittura per la sua vita; o (b) nei casi in cui, anche in assenza di tale minaccia, esistono circostanze particolari che giustificano un'azione urgente. La procedura di intervento urgente non pregiudica alcun parere che il Gruppo di Lavoro potrà in seguito adottare sull'arbitrarietà della privazione della libertà.¹⁴³⁷

¹⁴³⁷. *Ibid.*, parr. 22-23.