

A.L.I.

ASSOCIAZIONE LEGALI IMMIGRAZIONISTI

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA

La direttiva n. 2004/83/CE ha introdotto nel sistema europeo comune in materia di asilo l'importante novità consistente nell'istituto della protezione sussidiaria.

Il concetto di **protezione sussidiaria** appare innovativo e si rese necessario per l'esigenza di soddisfare i bisogni di protezione diversi dalle ipotesi di timore di persecuzioni individuali che danno luogo allo status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, con la previsione di una nuova forma di protezione internazionale "complementare e supplementare" rispetto alla protezione dei rifugiati (considerando n. 24).

La protezione sussidiaria riguarda situazioni diverse dalla persecuzione individuale.

Infatti i suoi presupposti riguardano tutte quelle ipotesi in cui un soggetto non è qualificabile come rifugiato poichè la sua situazione personale non rientra nella cd clausola di inclusione prevista dall'art. 1 lett. A della Convenzione di Ginevra del 1951.

Il richiedente protezione sussidiaria ha un diritto soggettivo perfetto all'ingresso sul territorio italiano, quantomeno al fine di vedere esaminare la sua situazione personale dalla competente autorità (artt. 6 e 7 d. lgs. n. 25/2008).

E' ammissibile alla protezione sussidiaria il "cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine o, nel abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dall'articolo 15, e al quale non si applica l'articolo 17, paragrafi 1 e 2, e il quale non può, o a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese" (art. 2, lett.

e), direttiva n. 2004/83/CE).

La definizione di beneficiario della protezione sussidiaria è stata puntualmente trasposta dal legislatore italiano nell'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 251/2007. Lo status di beneficiario della protezione sussidiaria è dunque riconosciuto, al cittadino di Paese terzo, o apolide, quando sussistano "*fondati motivi*" per ritenere che se ritornasse nel Paese di origine, o di dimora abituale, "*correrebbe un rischio effettivo di subire un danno grave*".

Del tutto irrilevante è, ai fini del riconoscimento dello status di protezione sussidiaria, che il rischio del grave danno sia sorto soltanto in un momento successivo alla partenza del richiedente dal paese di origine, o di dimora abituale, avendo il legislatore italiano declinato il concetto di rifugiato "*sur place*" anche in favore del beneficiario di protezione sussidiaria.

Il timore di subire un grave danno nell'ipotesi di rientro nel paese di origine, o di dimora abituale, è del tutto svincolato dal motivo che lo origina, ma l'art. 14 del d.lgs. n. 251/2007, che attua l'art. 15 della direttiva "qualifiche", identifica la fonte del danno grave che legittima il riconoscimento dello status di protezione sussidiaria in una delle seguenti situazioni:

- a) condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte;
- b) tortura o altra forma di pena o **trattamento inumano e degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine (o di dimora abituale)**;
- c) minaccia grave ed individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazione di conflitto armato interno ed internazionale.

Il riconoscimento della protezione sussidiaria si attua nei confronti di quello straniero che si trovi in una situazione **in cui sussiste uno di quei fattori di rischio di danno grave**, ma in cui non vi sono elementi individuali di persecuzione ed i motivi di persecuzione previsti dalla Convenzione di Ginevra (sull'irrilevanza del *fumus persecutionis*, si veda: Corte di Cass., ordinanza del 24 febbraio 2011, n. 6880).

Il legislatore ha riconnesso la sussistenza di esigenze di protezione sussidiaria alla condizione giuridica oggettiva del richiedente derivante dalla sussistenza di un

“rischio effettivo” di subire un “grave danno” nel caso di rientro nel Paese di origine, o di dimora abituale.

Perciò nei presupposti per il riconoscimento di persona ammissibile alla protezione sussidiaria non si richiede che il rischio di danno grave dipenda da ragioni di tipo particolare e mancano gli elementi relativi alla persecuzione ed il collegamento con i motivi di persecuzione di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951.

Ciò nonostante, per il riconoscimento della protezione sussidiaria non può essere preso in considerazione ogni danno astrattamente qualificabile come grave, ma **soltanto il danno grave che lo straniero riceverebbe nel suo Paese da quelle specifiche fonti di danno grave espressamente contemplate all’art. 15 della direttiva n. 2004/83/CE**, cioè: a) la condanna a morte o all’esecuzione della pena di morte; b) la tortura o altra forma di pena o **trattamento inumano e degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine**; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

L’art. 14 del d.lgs. n. 251/2007 si limita a recepire in modo letterale tutte le circostanze in presenza delle quali si ha il danno grave che legittima il riconoscimento della protezione sussidiaria, ma esse devono essere interpretate in modo estensivo adottando tutti i criteri enunciati attraverso la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo, per come esplicitato dall’art. 117, comma 1 Cost. e dalle sentenze della Corte Costituzionale nn. 348/2007 e 349/2007.

L’art. 14, lett. b) d. lgs. n. 251/2007 prevede l’ipotesi del riconoscimento della protezione sussidiaria in favore del cittadino di paese terzo, o apolide, che in caso di rientro nel Paese di origine, o di dimora abituale, possa incorrere nel **rischio effettivo di subire** tortura o altra forma di pena o **trattamento inumano o degradante**.

Tale ipotesi sostanzialmente corrisponde alla tutela garantita dall'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e presuppone che il richiedente sia esposto in modo specifico al rischio di un danno di tipo particolare - **trattamento inumano e degradante** - che presuppone una chiara misura di individualizzazione.

L'art. 3 della Convenzione europea, con una formula lapidaria, che riproduce quasi testualmente l'art. 5 della Dichiarazione Universale, stabilisce che *"nessuno può essere sottoposto a tortura e a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti"*.

Il divieto è categorico, ha una portata assoluta, non prevede alcuna eccezione e non è suscettibile di alcuna deroga, neppure nell'ipotesi della guerra o di altro pericolo per la vita della nazione, così come stabilito dall'art. 15 della Convenzione.

L'art. 3, tuttavia, non fornisce una definizione del termine **trattamento inumano e degradante**, definizioni che, invece, sono state elaborate dalla giurisprudenza della Corte europea.

Secondo l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo,

a) è trattamento degradante quello che *"umilia o sminuisce un individuo, rivelando una mancanza di rispetto per la sua dignità, ovvero ledendo quest'ultima, generando sentimenti di paura, angoscia o inferiorità"*

b) configura la più grave fattispecie di trattamento inumano quello che *"provoca intenzionalmente danni fisici concreti o sofferenze mentali o fisiche di particolare intensità"* (CEDU, *Pretty c. Regno Unito* , sent. 29 aprile 2002, par. 52 ; *Hummatov c. Azerbaijan* , sent. 29 novembre 2007, par. 105 ; *Kudla c. Polonia*, sent. 26 ottobre 2000, par. 92; *Georgiev c. Bulgaria* , sent. 26 luglio 2007, par. 53).

Con art. 5 del d.lgs. n. 251/2007, è stata data una definizione uniforme di responsabile della persecuzione e di danno grave, prevedendo che esso possa essere:

a) lo Stato;

b) partiti o organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio;

c) soggetti non statuali, se i responsabili di cui alle lettere a) e b) comprese le organizzazioni internazionali, non possono o non vogliono fornire protezione ai sensi dell'art. 6, comma 2, contro persecuzioni o danni gravi.

Ne consegue, dunque, che ai fini dell'accertamento della sussistenza di esigenze di protezione internazionale sono rilevanti i comportamenti che provengono direttamente dallo Stato di origine del richiedente, o siano comunque ad esso imputabili seppur non commessi da suoi organi ufficiali, ma da soggetti investiti dal diritto interno di quello stesso Stato, dell'esercizio di prerogative proprie di un'autorità pubblica.

Nell'ipotesi di agenti privati o gruppi sociali, inoltre, è sufficiente che lo Stato di origine non voglia o non sia in grado di fornire adeguata protezione al richiedente.

“Non vuole” accade quando lo Stato tollera o coadiuva l'azione dell'agente responsabile della persecuzione e del grave danno.

“Non può” accade quando lo Stato appare incapace o impossibilitato a garantire protezione, ad esempio a causa delle gravi carenze del sistema statale e giuridico del Paese.

A tali previsioni di origine convenzionale e comunitaria, si aggiunge quanto già previsto nel nostro ordinamento e, precisamente, dall'art. 19 del d.lgs. 286/98.

L'art. 19 d.lgs. 286/98 prevede che *“In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvioato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione”*.

Tale articolo sancisce il principio di non-refoulement¹, che – per opinione comune e consolidata – ha natura consuetudinaria.

¹ Art. 33(1): “Nessuno Stato contraente potrà espellere o respingere (refouler) - in nessun modo – un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza ad una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche.”.

Nel Parere Consultivo dell'UNHCR esplicitamente si afferma che il non-refoulement deve essere considerato una norma di diritto internazionale consuetudinario, dunque è vincolante anche per gli Stati non aderenti alla Convenzione e al Protocollo di New York del 1967.

Il non-refoulement non è affermato solo nella Convenzione di Ginevra del 1951, troviamo altri strumenti volti a garantirlo.

È espresso indirettamente all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1950)²; all'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966)³, all'art. 1(3) della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1984)⁴.

Tutti questi strumenti, internazionali e regionali, hanno di fatto creato quella che viene definita “**protezione complementare**”, ovvero “*State's protection obligations arising from international legal instruments and custom that complement - or supplement - the 1951 Refugee Convention*” (Goodwin-Gill, McAdam 2007, p. 285).

L'ampliarsi delle garanzie del principio in argomento trovo riscontro nel PIDCP (Patto Internazionale sui diritti civili e politici) dove l'art.7 rappresenta una disposizione inderogabile, e pur se non è esplicitamente affermato l'obbligo di non-refoulement, il Comitato Diritti Umani ha interpretato questo articolo considerando implicito il divieto di respingere una persona verso un luogo in cui ci sia il rischio reale di violazione del presente articolo (Gill, McAdam 2007, p. 306). Infine troviamo la CEDU ove il principio di non-refoulement espresso dall'art. 3 della stessa è assoluto e ha una valenza nettamente più ampia rispetto a quello espresso dalla Convenzione di Ginevra in quanto “*opera in relazione a qualsiasi tipologia di rischio per l'incolumità psico-fisica dell'individuo nel Paese di destinazione [mentre] il divieto di refoulement sancito dall'art. 33 della Convenzione di*

² “Nessuno può essere sottoposto a tortura né pene o trattamenti inumani e degradanti.”, da ora in poi “CEDU”.

³ “Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni, o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico.”, da ora in poi “PIDCP”

⁴ “Nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura.”, da ora in poi “CAT”.

Ginevra può essere invocato solamente in favore di una persona che soddisfi i requisiti generali di eleggibilità previsti dall'art. 1 della Convenzione stessa” (Saccucci 2011, p. 177).

La CEDU rappresenta uno strumento che consente di realizzare un ampliamento delle garanzie del principio in argomento e la sua giurisprudenza ha costruito un meccanismo di tutela nei confronti delle misure di allontanamento di una categoria specifica di persone: i non-nazionali.

Per indicare tale meccanismo di salvaguardia nei confronti di pratiche quali l'extradizione, l'espulsione e il respingimento è stato coniato, da parte dei giuristi Gérard Cohen-Jonathan e Frédéric Sudre, il termine protezione *par ricochet*, a seguito del caso Soering c. Royaume-Uni (Julien-Laferrière 2006, p. 141).

La protezione di riflesso permette, da un lato di estendere “*materialmente*” il campo di applicazione della CEDU, proteggendo diritti non espressamente dichiarati in essa; dall'altro estende “*territorialmente*” le garanzie della convenzione, tutelandone i diritti contro la violazione che potrebbe essere messa in opera da Stati non contraenti (Laferrière 2006, p. 141).

La giurisprudenza della Corte EDU ha dunque reso possibile che **l'obbligo di non refoulement** acquisisse una solida tutela all'interno del diritto europeo. Tale principio, in particolare, è stato collegato alla possibile violazione di alcuni articoli della CEDU.

La protezione relativa all'art. 3 CEDU diviene dunque assai più estesa di quella fornita dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951, perché il divieto di allontanamento non si basa esclusivamente sul concetto di persecuzione: **in base alla Convenzione il principio di non-refoulement va applicato nei confronti di coloro che temono di essere perseguitati per razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o politico.**

La protezione di riflesso relativa all'art. 3 della CEDU, **permette che un individuo sia tutelato rispetto a misure di allontanamento dal territorio dello Stato**

contraente, se rischia di essere esposto, nel Paese di destinazione, a trattamenti inumani e degradanti.

La Corte di Strasburgo per giurisprudenza consolidata definisce “*inumano*” quel trattamento inflitto con premeditazione, che dura per ore, causando lesioni corporali ed intense sofferenze fisiche o mentali.

Per “*degradante*” si intende invece quel trattamento che umilia e avvilita la persona, senza rispettare la sua dignità umana e addirittura diminuendola; un trattamento che suscita nella persona che lo subisce paura, angoscia, o inferiorità, distruggendo la sua resistenza morale e fisica⁵.

Continuando l'analisi dell'utilizzo estensivo del concetto di trattamento inumano e degradante non si può non citare la sentenza Salah Sheekh c. Pays-Bas⁶, **dove viene considerata contraria all'art. 3 l'espulsione di un ricorrente facente parte, nel Paese di destinazione, di un gruppo esposto sistematicamente a maltrattamenti.**

La tendenza a comprendere diverse fattispecie all'interno della protezione di riflesso offerta dall'art. 3 è stata resa possibile dal carattere assoluto ed inderogabile del divieto quivi espresso che è divenuto oramai una regola imperativa del diritto internazionale.

La protezione offerta dall'art. 3 va rivendicata con absolutezza in ogni caso di espulsione in cui l'individuo potrebbe incorrere nel rischio reale di trattamenti inumani e degradanti.

Il soggetto dovrà dunque essere protetto indipendentemente dalla sua posizione di pericolosità o indesiderabilità per lo Stato in questione.

La protezione *par ricochet* è stata espressa in merito alla violazione dell'art. 2 della CEDU: **diritto alla vita.**

Di particolare rilievo risulta anche la giurisprudenza che riconosce la protezione *par ricochet* a tutela dell'inosservanza dell'art. 8, garante del rispetto della vita

⁵ Affaire M.S.S.c. Belgique et Grèce, par. 220

⁶ Affaire Salah Sheekh c. Pays-Bas, requête n. 1948/04, sentenza del 23 maggio 2007

privata e familiare, definito dalla Corte di Strasburgo come *“the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and can sometimes embrace aspects of an individual's social identity, it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitutes part of the concept of 'private life'”*⁷.

Ribadendo che costituisce **TRATTAMENTO DEGRADANTE** quello che *“umilia o sminuisce un individuo, rivelando una mancanza di rispetto per la sua dignità, ovvero ledendo quest'ultima, generando sentimenti di paura, angoscia o inferiorità”*, mentre sostanzia **TRATTAMENTO INUMANO** quello che *“provoca intenzionalmente danni fisici concreti o sofferenze mentali o fisiche di particolare intensità”*.

Tale orientamento trova riscontro in un recente provvedimento emesso dalla Commissione Territoriale per il Riconoscimento della Protezione Internazionale di Forli (reperibile sul sito <http://www.emiliaromagnaimmigrazione.it/provvedimenti-della-commissione-territoriale-per-il-riconoscimento-della-protezione-internazionale/>) dove testualmente *“...atteso che la situazione esposta dalla richiedente sull'insicurezza economica e politica che sta caratterizzando...è colpisce in maniera importante la popolazione locale - con gravi conseguenze sulla qualità della vita, tra cui difficoltà a reperire generi alimentari e farmaci, ad accedere all'istruzione ed al lavoro nonché ripercussioni sul funzionamento del sistema sanitario nazionale e sulla situazione generale della sicurezza per la popolazione - in quanto sistematica e protratta nel tempo, appare suscettibile di essere qualificata come trattamento inumano e degradante, comportando l'impossibilità di vedere adeguatamente tutelati diritti fondamentali quali quello alla salute e alla vita in generale...”*.

In questo quadro, può essere riconosciuto la protezione sussidiaria ove sussista una attività inerte dello Stato nel predisporre attività di tutela ed assistenza dei propri cittadini.

⁷ Case of Omojudi v. United Kingdom, application n. 1820/08, sentenza del 24/02/2010

Coerentemente dovrebbe essere riconosciuta la protezione sussidiaria, ove il richiedente dovesse essere rimpatriato, fosse inserito in un contesto sociale, lavorativo ed economico che, non prevedendo alcuna forma di tutela ed assistenza (a fronte del citato percorso di integrazione compiuto in Italia), determinerebbe un trattamento degradante, inteso come mancanza di rispetto per la sua dignità (mentre in Italia aveva intrapreso un percorso di autodeterminazione ed indipendenza economica), generando nel richiedente sentimenti di paura, angoscia ed inferiorità a causa dell'avvenuta interruzione del percorso di autodeterminazione ed indipendenza economica perseguito in Italia e dell'impossibilità oggettiva di recuperarlo nel paese di origine.

Avv. Fabio Loscerbo