

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2023

IN FUGA DAL CONFLITTO: LA PROTEZIONE RICONOSCIBILE A CHI RIFIUTA IL SERVIZIO NELLE FORZE ARMATE E LA DEFINIZIONE DI “CIVILE” AI SENSI DELLA DIRETTIVA QUALIFICHE

di Marilù Porchia

Abstract: *L'articolo esamina le forme di protezione riconoscibili ai sensi della Dir. 2011/95/UE (DQ) a chi si sottrae al servizio militare in un conflitto armato. Approfondisce, pertanto, il concetto di obiezione di coscienza, specie nella sua forma parziale, distinguendone presupposti e condizioni, secondo la giurisprudenza internazionale, europea e nazionale. Delinea, a seguire, il sistema di garanzie che il Diritto Internazionale Umanitario (DIU), e i diritti umani internazionalmente riconosciuti, offrono contro tortura e maltrattamenti. Al fine di valutare la possibilità di riconoscimento della protezione di cui all'art. 15(c) DQ, esplora inoltre il significato attribuibile al termine “civile” ai sensi dell'art. 15(c)DQ, alla luce del DIU, della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e degli Stati Membri, delle indicazioni fornite dall'Alto Commissariato per i Rifugiati delle Nazioni Unite (UNHCR) e di quelle dell'European Union Asylum Agency (EUAA). Guardare congiuntamente ad un'autonoma definizione di “civile” e alla protezione accordabile a chi si sottrae al servizio in un conflitto armato, incoraggia a non limitare l'esame delle domande di protezione internazionale di appartenenti alle forze armate al profilo della diserzione, ma a valutare anche una loro eventuale qualificazione come civili de facto.*

Abstract: *The article addresses the protection that Dir. 2011/95/UE may grant to those who evade military service in international armed conflicts. The concept of conscientious objection is examined in depth, looking at international, European, and national case law. The article also deals with the guarantees offered by IHL and International Human Rights against torture and ill-treatment. Finally, the article explores the definition of the term “civilian” according to Article 15(c) of Dir. 2011/95/UE, in the light of International Humanitarian Law (IHL), the case law of the ECJ and of the Member States, and the guidance provided by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and by the European Union Asylum Agency (EUAA). The autonomous definition of “civilian” in Article 15(c) of Dir. 2011/95/UE and the protection that can be granted to those who evade service leads to consider the possible qualification of deserters as de facto civilians.*

IN FUGA DAL CONFLITTO: LA PROTEZIONE RICONOSCIBILE A CHI RIFIUTA IL SERVIZIO NELLE FORZE ARMATE E LA DEFINIZIONE DI “CIVILE” AI SENSI DELLA DIRETTIVA QUALIFICHE

di Marilù Porchia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La protezione riconoscibile a chi rifiuta il servizio. – 2.1. Obiezione di coscienza. – 2.1.1. Segue: il nesso con i motivi di cui all’art. 10 Dir. 2011/95/UE. – 2.2. Obiezione relativa. – 2.2.1. Obiezione all’uso illegittimo della forza (*jus ad bellum*). – 2.2.2. Obiezione alla condotta di una delle parti in conflitto (*jus in bello*). – 3. Danno grave derivante da condanna a morte o pena di morte e da trattamenti inumani e degradanti. – 4. La definizione del termine “civile” art. 15(c) ai fini della valutazione di danno grave per violenza indiscriminata. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L’inquadramento giuridico delle persone in fuga da un conflitto armato e l’eventuale forma di protezione cui hanno diritto è una questione discussa fin dalla genesi della Convenzione di Ginevra del 1951 sul diritto dei rifugiati, e del suo Protocollo del 1967. Dalla lettura dei lavori preparatori emergono, infatti, diversi riferimenti alla preoccupazione dei redattori di esporre i Paesi firmatari all’ingresso di un numero incontrollato di persone in fuga da un conflitto, tanto che il delegato Neremiah Robinson aveva espressamente chiesto che la definizione di rifugiato escludesse le persone «fleeing from hostilities unless they were otherwise covered by Art 1 of the Refugee Convention»¹. Ne risulta che né la Convenzione né il Protocollo prevedono alcuna forma di protezione dal rimpatrio in uno Stato ove è in corso un conflitto, in assenza di motivi di persecuzione personali basati su razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un gruppo sociale o opinioni politiche. La rigidità della Convenzione di Ginevra è però stata mitigata, negli anni successivi alla sua adozione, da altri strumenti pattizi adottati nelle regioni del mondo più interessate dagli sflamenti causati da conflitti. L’Organizzazione dell’Unità Africana (OAU) adotta, nel 1969, la Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa, la quale amplia la definizione di rifugiato dell’articolo 1A(2) di Ginevra e prevede che goda di tale *status* «ogni persona che, a causa di aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell’ordine pubblico in tutto o in una parte del Paese di origine o di cittadinanza, è obbligata ad abbandonare la propria residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo fuori del Paese di origine o di cittadinanza»². Poco dopo, nel 1984, gli Stati dell’America del Sud adottano la Dichiarazione di Cartagena³, nella quale si sottolinea come la definizione di rifugiato possa «estendersi alle persone fuggite dal loro Paese perché la loro vita, la loro

* Dottoranda in Diritto dell’Unione Europea e ordinamenti nazionali, Università di Ferrara. Le opinioni espresse nell’articolo sono da attribuire soltanto all’autrice.

1. T. Einarsen, *Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol*, in *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, a cura di A. Zimmermann, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 62.

2. Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa (1969), UNTS, n. 14, vol. 691.

3. La Dichiarazione di Cartagena ha un carattere meramente raccomandatorio, non giuridicamente vincolante. Tuttavia, le sue disposizioni sono state incorporate nella legislazione di numerosi Stati dell’America del Sud.

sicurezza e la loro libertà erano minacciate da una violenza generalizzata, un'aggressione straniera, conflitti interni, una violazione massiccia dei diritti dell'uomo o altre circostanze che abbiano gravemente turbato l'ordine pubblico»⁴.

In ambito europeo, il processo di riconoscimento del diritto al soggiorno per chi è in fuga da un conflitto è più lento, subendo una naturale accelerazione come conseguenza del conflitto nei Balcani. In un primo momento gli Stati Membri adottano risoluzioni non vincolanti⁵, cui segue la Direttiva sulla Protezione Temporanea⁶, ed infine la Direttiva Qualifiche (DQ)⁷. L'articolo 15 DQ, che introduce nel Sistema Europeo Comune d'Asilo (SECA) il concetto di protezione sussidiaria⁸, deve la sua origine all'esperienza del Consiglio d'Europa, nell'ambito del quale la Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo prima e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) dopo, si erano occupate di molti casi riguardanti persone in fuga da conflitti armati, che non avevano ottenuto lo *status* di rifugiato, ma a cui era necessario garantire protezione ai sensi degli artt. 2 e 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)⁹.

Oggetto di questo lavoro è l'approfondimento delle forme di protezione riconoscibili ai sensi della DQ ai cittadini in fuga da un Paese in conflitto armato che rifiutano di prestare servizio militare in conflitto. Verranno, pertanto, distinti i presupposti e le condizioni delle diverse forme di protezione, alla luce della giurisprudenza internazionale, europea e nazionale. Sarà, inoltre, valutata l'eventuale inclusione nella protezione di cui all'art. 15(c) DQ, alla luce dell'interpretazione del termine "civile" in essa contenuto.

2. La protezione riconoscibile a chi rifiuta il servizio

A fondamento della domanda di protezione internazionale di chi fugge da uno Stato coinvolto in un conflitto armato internazionale, potrebbe esservi il rifiuto di prestare servizio militare. Il rifiuto al servizio può assumere la forma di diserzione o di renitenza. La diserzione è il reato commesso dal militare che, in tempo di pace o in guerra, si allontana dal suo reparto di appartenenza senza autorizzazione e senza fornire indicazioni sui suoi spostamenti¹⁰. La renitenza è il rifiuto di prestare il servizio militare obbligatorio, in violazione dell'obbligo coattivo eventualmente imposto dalla legge. A seconda delle leggi nazionali, in determinate circostanze può essere considerato come disertore anche un individuo in età di leva che ha completato il suo servizio militare ed è stato smobilitato, ma che è ancora considerato come soggetto al servizio militare nazionale¹¹. I disertori e i renitenti alla leva hanno diritto, al pari di tutti gli altri richiedenti, ad un esame

4. Dichiarazione di Cartagena sui Rifugiati (1984), OAS Document OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev. 1, pp. 190-93.

5. Joint Position of 4.03.1996 (96/96/JHA), OJ L 63/2, 1.03.1996.

6. Dir. 2001/55/CE del 20.07.2001, OJ L 212, 7.8.2001, pp. 12-23.

7. Dir. 2004/83/CE del 29.04.2004, OJ L 304, 30.9.2004, pp. 12-23, poi rifiuta in Dir. 2011/95/UE del 13.12.2011, OJ L 337, 20.12.2011, pp. 9-26.

8. Dir. 2011/95/UE art. 2(f) riconosce il beneficio della protezione sussidiaria a «un cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all'articolo 15, e al quale non si applica l'articolo 17, paragrafi 1 e 2, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese».

9. H. Storey, *Armed conflict in asylum law: the "war-flaw"*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 2.2012, pp. 1-32.

10. Corte EDU, *Feti Demirtaş c. Turquie*, app. n. 5260/07, 17.01.2012.

11. UNCHR, Linee guida n. 10, p. 2.

individualizzato delle loro domande d'asilo, che valuti in prima battuta i presupposti per il riconoscimento del rifugio, e a seguire quelli per l'inclusione in forme complementari di protezione. È pacifico, infatti, che riconoscere loro protezione non debba essere interpretato come un atto politico o come un elemento di compromissione della neutralità, non costituendo un'ingerenza inaccettabile nel conflitto o un attacco al Paese d'origine del richiedente¹². D'altra parte, l'obbligo di prestare servizio nell'esercito e la punizione per il reato di diserzione o evasione, in quanto tali, non sono considerati dal diritto internazionale e dei rifugiati come una restrizione illegittima di un diritto umano fondamentale. Invero, sia la Carta delle Nazioni Unite (ONU)¹³ che il diritto internazionale consuetudinario sanciscono come principio fondamentale la sovranità dello Stato e il suo diritto all'autodifesa, e la protezione dell'integrità territoriale e della popolazione civile dipendono dal fatto che le forze armate affrontano un rischio maggiore per la vita e l'incolumità fisica¹⁴. Il rischio reale di persecuzione per un disertore o un renitente non può, quindi, fondarsi semplicemente sulla base del fatto che al rientro nel Paese rischierebbe di essere punito per essersi sottratto al servizio, salvo circostanze particolari¹⁵. Ne consegue che non è possibile per le autorità decidenti, come ribadito dalla Corte di cassazione, «limitarsi ad osservare che quello di prestare il servizio militare è un obbligo previsto in numerosi Stati, che non costituisce per ciò solo violazione dei diritti umani»¹⁶, ma è sempre necessario valutare le circostanze particolari che possano integrare un rischio in caso di rientro. Queste possono essere rappresentate, tre le altre, da un rifiuto fondato su motivi di coscienza, o dettato dalla necessità di sottrarsi alla commissione di atti contrari al DIU, o derivante dal rischio di subire tortura e trattamenti inumani e degradanti.

2.1. Obiezione di coscienza

L'obiezione per motivi di coscienza trova il suo fondamento negli articoli 18 della Dichiarazione universale dei diritti umani (UDHR) e del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), e nell'articolo 9 della CEDU. Anche se nessuno di questi articoli fa riferimento esplicito al diritto all'obiezione di coscienza, i meccanismi di tutela delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa lo hanno nel tempo riconosciuto come espressione legittima della libertà di pensiero, di coscienza e di religione. È nel 1989 che il Comitato per i Diritti Umani riconosce per la prima volta come l'uso della forza letale possa essere «seriamente in conflitto con la libertà di coscienza e il diritto di manifestare la propria religione o il proprio credo»¹⁷, mentre l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sancisce il diritto ad

12. H. Niebergall-Lackner, *The Deserter in a Country of Refuge*, in *Status and Treatment of Deserters in International Armed Conflicts*, a cura di C. Greenwood e T. L.H. McCormack, Leiden, Brill-Nijhoff, 2016, pp. 177-247.

13. Carta delle Nazioni Unite, art. 2(4).

14. UKUIT, *ZQ (Serving Soldier) Iraq v. Secretary of State for the Home Department*, 2.12.2009, par. 158.

15. A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1966, p. 219; J. Hathaway, M. Foster, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 169.

16. Corte di Cass., sez. VI civile, ord. n. 5211 del 17.02.2022, che cassa una decisione del Tribunale di Campobasso relativa ad un renitente alla leva egiziano.

17. HRC, *General Comment No. 22, The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 30.07.1993, par. 1. Ha poi specificato che l'obiezione di coscienza fa parte della dimensione *forum internum* delle libertà protette dall'art. 18 UDHR: si veda HRC, *Min-Kuy Jeong et. al. v. the Republic of Korea*, 27.04.2011, Nos. 1642 a 1741/2007; HRC, *Cenk Atasoy and Arda Sarkut v. Turkey*, 29.03.2012, Nos. 1853/2008 e 1854/2008.

obiettare al servizio già nel 1967¹⁸, dovendosi però arrivare al 2011 perché la Corte EDU riscontri per la prima volta violazione dell'art. 9 CEDU in un caso riguardante il diritto all'obiezione di coscienza¹⁹. Nell'ambito dell'Unione Europea, questo diritto è stato, inizialmente, riconosciuto in diverse risoluzioni del Parlamento Europeo²⁰. Oggi è espressamente previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) all'art. 10(2)²¹, la cui *Explanation*²² ne delinea l'origine nelle tradizioni costituzionali e nell'evoluzione delle legislazioni nazionali, offrendo uno strumento utile all'interpretazione della disposizione.

L'obiezione di coscienza rileva tanto in tempo di pace che in tempo di guerra²³, e può essere espressa dai militari di leva, dai membri professionisti delle forze armate e dai riservisti²⁴. Per rilevare ai fini della protezione internazionale, deve esporre al rischio di subire atti persecutori. Discostandosi dalla proposta originaria²⁵, all'art. 9(2)(e) la DQ considera persecutorie *sic et simpliciter* le azioni giudiziarie o sanzioni penali derivanti dall'obiezione al servizio soltanto se questo espone al rischio di commettere crimini, reati o atti che rientrano nell'ambito dei motivi di esclusione²⁶. In mancanza di tale rischio, le azioni giudiziarie o sanzioni penali conseguenti all'obiezione di coscienza, per qualificarsi

18. PACE, Ris. No. 337 (1967), 26.01.1967 e PACE, Racc. No. 478 (1967), 26.01.1967. Si veda anche Ris. No. 337 (1967), 26.01.1967 e PACE, Racc. No. 478 (1967), 26.01.1967, Racc. 816 (1977), Racc. 1518 (2001), Racc. 1742 (2006), e la Ris.1042 (1994) sui disertori e i renitenti alla leva delle repubbliche dell'ex Jugoslavia.

19. Corte EDU (GC), *Bayatyan v. Armenia*, 7.07.2011, app. n. 23459/03. La Corte EDU era stata aspramente criticata per l'atteggiamento restrittivo nei confronti dell'obiezione di coscienza: si veda G. Gilbert, *Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?*, in EJIL, 2004, pp. 963-987. Ha poi riconosciuto il diritto all'obiezione in casi quali *Erçep v. Turkey*, n. 43965/04, del 22.11.2011; *Bukharatyan v. Armenia*, n. 37819/03, del 10.01.2012; *Çağlar Buldu and Others v. Turkey*, n.14017/08 del 3.06.2014.

20. Parlamento Europeo, *Resolution on conscientious objection*, 7.2.1983, OJ C 68, 14.3.1983, p. 14; *Resolution on conscientious objection and alternative service*, 13.10.1989, OJ C 291, 20.11.1989, p. 122; *Resolution on respect for human rights in the European Community*, 11.03.1993, OJ C 115, 26.4.1993, p. 178 e 183; *Resolution on conscientious objection in the Member States of the Community*, 19.01.1994, OJ C 44, 14.2.1994, p. 103; *Resolution on deserters from the armed forces of states in the former Yugoslavia*, 28.10.1993, OJ C, C/315, 22.11.1993, p. 234.

21. CDFUE, OJ C 83, 30.03.2010.

22. CDFUE, Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, Article 10(2), OJ C 303/17 - 14.12.2007 «The right guaranteed in paragraph 2 corresponds to national constitutional traditions and to the development of national legislation on this issue».

23. OHCHR, *Approaches and challenges with regard to application procedures for obtaining the status of conscientious objector to military service in accordance with human rights standards*, 24.05.2019, A/HRC/41/23, par. 60 (d),(e).

24. *Ibidem*, par. 60 (c); CoE, Assemblea Parlamentare, Racc. n. 1518/2001, par. 5.2. 13; CoE, Comitato dei Ministri, Racc. CM/Rec 2010, *Human Rights of members of the armed forces*, par. 42-46; OSCE, ODIHR, *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, 2008, p. 85.

25. La quale consentiva che le ragioni del rifiuto di prestare servizio militare potessero essere basate su convinzioni morali, religiose o politiche profondamente radicate. Si veda ECRE, *Information Note on the Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted*, INI/10/2004/ext/CN.

26. Tale scelta è stata ampiamente criticata, e ha portato l'UNHCR ad invitare gli Stati membri a tenere conto che la pena per il rifiuto di prestare servizio militare possa essere considerata persecutoria anche quando «le ragioni del rifiuto sono basate su convinzioni morali, religiose o politiche profondamente radicate» UNHCR *Annotated Comments on the EC Council Directive*, 2005, 2004/83/EC (OJ L 304/12 of 30.9.2004), p. 21. Per un commento si veda K. Hailbronner e S. Alt, *Council Directive 2004/83/EC of April 29, 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, Art. 1-10*, in *EU Immigration and Asylum Law, Commentary on the Regulations and Directives*, a cura di K. Hailbronner, Monaco, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2010, p. 1077.

persecutorie, devono essere sproporzionate o discriminatorie ai sensi dell'art. 9(2)(c) DQ²⁷. La normativa nazionale ben distingue le due ipotesi, introducendo la lett. f) all'art. 7(2) d.lgs. 251/07, la quale prevede che, quando a rilevare per il rifiuto al servizio siano motivi di natura morale, religiosa, politica o di appartenenza etnica o nazionale, ad essere persecutorie sono «le azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie che comportano gravi violazioni di diritti umani fondamentali»²⁸. Secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, l'elemento della sproporzione è integrato quando le azioni giudiziarie e le pene vanno oltre quanto necessario allo Stato interessato per esercitare il suo legittimo diritto di mantenere una forza armata²⁹. Può essere il caso di una pena eccessivamente lunga³⁰, o che venga eseguita in isolamento. Quello sulla discriminazione è invece un giudizio comparativo, e rileva nei casi di pene inflitte in modo differente, ad esempio per un tempo maggiore rispetto ad altri che scontano la stessa pena³¹. A tali atti persecutori non deve essere possibile sottrarsi: deve mancare la possibilità di essere esentati dal servizio, o di accedere ad un servizio alternativo, durante l'intero processo di reclutamento³². Se esistente, il servizio alternativo deve essere adeguato, nel senso che la sua legge di previsione non deve essere punitiva né per natura né per il modo in cui viene implementata, come a causa del tipo di servizio previsto o della sua durata sproporzionata³³. Ad esempio, il Comitato per i diritti umani ha ritenuto punitivo il servizio alternativo al di fuori dell'area di residenza, pagato al di sotto del livello di sussistenza, che include restrizioni alla libertà di movimento³⁴. Inoltre, deve essere possibile accedervi tanto in tempo di pace che di guerra. Esemplicativo in tal senso è il caso ucraino, dove il diritto all'obiezione di coscienza – esercitabile dagli appartenenti a una delle dieci piccole comunità religiose, come i testimoni di Geova o gli avventisti – è stato sospeso con l'entrata in vigore della legge marziale³⁵. In conclusione, la diserzione o la renitenza devono costituire l'unico – e quindi legittimo – modo di esprimere obiezione, per cui se è possibile accedere ad un servizio alternativo adeguato, il mancato espletamento della procedura per ottenere lo *status* di obiettore di coscienza esclude il diritto alla protezione, salvo non si riesca a dimostrare che nello specifico caso non vi fosse possibilità di accedere a tale procedura³⁶.

27. L'UNHCR identifica come equivalenti alla persecuzione la «punizione sproporzionata e severa» (Manuale UNHCR, par. 169) e la «punizione sproporzionata o arbitraria» (Linee guida n. 10, par. 18).

28. D.lgs. 251/2007, GU n. 3 del 04.01.2008.

29. Corte Giust., causa C-472/13, *Shepherd contro Germania*, 26.06.2015, par. 50 e 54.

30. L'UKIAT ha stabilito nel caso *Foughali* che un lungo periodo di detenzione (tra i 2 e i 10 anni) imposto per aver rifiutato il servizio militare attivo non poteva, di per sé, essere considerato sproporzionato (*Foughali v. Secretary of State for the Home Department*, 21.12.2000).

31. Corte Giust., *Shepherd*, par. 54.

32. HRC, Risoluzione 1998/77, punto 7.

33. UNHCR, Linee guida n. 10, punti 17-20.

34. HRC, *Concluding Observations on the Russian Federation*, 24.11.2009, CCPR/C/RUS/CO/6, par. 23.

35. Ministry of Defence of Ukraine, *Official Reply of the Ministry of Defence of Ukraine to Public Information Request of Ukrainian Pacifist Movement Asking to Provide Information about Implementation, under Conditions of Martial Law and Mobilization, of the Constitutional Right of Citizens to Replace the Performance of Military Duty with Alternative (Non-military) Service in Case If the Performance of Military Duty Contradicts the Citizen's Beliefs*, 21 August 2022.

36. Corte Giust., causa C-238/19, *EZ contro Germania*, 19.11.2020, par. 32.

2.1.1. *Segue: il nesso con i motivi di cui all'art. 10 Dir. 2011/95/UE*

Ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, deve essere stabilito un nesso tra la persecuzione che si teme di subire a causa dell'obiezione di coscienza e uno dei motivi di cui all'art. 10 DQ. Una persecuzione può essere di carattere religioso quando l'uso delle armi e la partecipazione ad un conflitto entrano in contrasto con dettami morali e credenze. Molte dottrine religiose stabiliscono, infatti, che la fede di un credente deve riguardare tutti gli aspetti della sua vita e ogni decisione deve essere valutata attraverso la sua lente. È il caso dei testimoni di Geova, la cui religione proibisce qualsiasi tipo di servizio militare³⁷, o degli Hare Krishna, come esaminato dalla Corte amministrativa suprema della Repubblica ceca in un recente caso di renitenza³⁸. Nel caso di obiezioni basate sull'adesione a religioni formali, l'UNHCR invita ad approfondire le esperienze religiose dell'individuo attraverso l'acquisizione di informazioni relative all'adesione alla religione, ai luoghi e modi di culto, ai rituali, al significato che la religione acquisisce nella sfera privata e ai suoi valori e dettami, in particolare, in relazione all'uso delle armi³⁹. Nel caso in cui l'obiezione derivi, invece, da ragioni di pensiero o di coscienza, ad essere approfondite potrebbero essere le convinzioni e le pratiche familiari, sociali o comunitarie, le convinzioni filosofiche e dei diritti umani, e i comportamenti e le esperienze passate⁴⁰. Il rifiuto al servizio può anche essere connesso a ragioni politiche. Sempre l'UNHCR specifica che una persecuzione può essere di natura politica se basata su «qualsiasi opinione o argomento nel quale possono essere coinvolti apparati di Stato, governo, società o politica», e può sussistere anche nei casi in cui un'opinione politica è soltanto attribuita⁴¹. Invero, nel determinare il nesso con la Convenzione, «il fulcro dell'indagine deve essere sempre l'esistenza di una attribuzione politica *de facto* da parte del persecutore nello Stato di origine, al di là dell'importanza oggettiva degli atti politici del ricorrente, della sua volontà di caratterizzare le sue azioni come derivanti da qualsiasi ideologia politica, o anche dell'esplicito disconoscimento dei punti di vista a lui attribuiti dal persecutore»⁴². A rilevare, quindi, non è tanto la volontà di esprimere o meno una posizione politica attraverso il rifiuto del servizio, ma se questo sia percepito dalle autorità del Paese d'origine come espressione di «fedeltà ad un particolare causa politica»⁴³ o come un tradimento, tale da imputare automaticamente «opinioni politiche dissidenti»⁴⁴. Ad esempio, una recente decisione del Tribunale amministrativo distrettuale lituano ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino russo renitente alla leva, accertando che il rifiuto del servizio militare è un reato punibile con la reclusione, che la possibilità di svolgere un servizio civile alternativo non fosse realisticamente realizzabile, e che la riluttanza a completare il servizio militare sarebbe stata interpretata dalle autorità

37. H. Bielefeldt, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief: Summary of cases transmitted to Governments and replies received*, 14.02.2011, A/HRC/16/53/Add.1, para. 13.

38. Corte amministrativa suprema della Repubblica ceca, *T.C. v Ministry of the Interior (Ministerstvo vnitra)*, decisione n. 5 Azs 19/2020-45 del 10.12.2021.

39. UNHCR, Linee guida n. 10, par. 65.

40. *Ivi*, par. 67.

41. *Ivi*, p. 54.

42. ECRE, *Position on interpretation of Refugee Convention*, par. 60.

43. UNHCR, Linee guida n. 10, par. 58.

44. G. Goodwin-Gill e J. McAdam, *Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 104.

russe come una manifestazione di opinione politica⁴⁵. Quanto al timore di persecuzione fondata sulla razza, la nazionalità o l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, da un esame della giurisprudenza risulta come questo sia spesso indipendente dal rifiuto al servizio, nonostante venga espresso all'interno di un *claim* di renitenza o diserzione. È il caso, ad esempio, di Paesi il cui sistema giudiziario è generalmente usato come strumento di persecuzione di determinati soggetti, e l'applicazione della pena per diserzione o renitenza diventa, al pari della pena di qualsiasi altro reato, semplicemente strumento di persecuzione⁴⁶. Inoltre, può essere il caso in cui è il servizio militare ad essere usato come strumento di persecuzione, ad esempio attraverso la sistematica selezione di membri di gruppi particolari per missioni pericolose nel contesto di un conflitto armato⁴⁷. Esemplificativo di ambo i profili è il caso di un renitente curdo fuggito dalla Turchia a cui il Tribunale di Milano riconosce il rifugio, avendo osservato come «il rischio di persecuzione non attiene alla carcerazione, in quanto tale, come conseguenza della renitenza alla leva ma riguarda, invece, la possibilità che il ricorrente sia sottoposto a persecuzioni, sotto forma di trattamenti inumani e degradanti, per motivi di nazionalità o motivi politici durante la detenzione» e che «i militari di leva rischiano arresti, detenzioni, violenza, maltrattamenti o discriminazione anche solo per il fatto di ascoltare musica curda, di cantare, di parlare in curdo o di parlare al telefono con familiari che non conoscono il turco. Anche in questo caso il rischio non risiede nello svolgimento del servizio militare obbligatorio ma nei trattamenti inumani e degradanti inflitti, nel corso del servizio militare obbligatorio, per motivi politici o di nazionalità [...] Quanto alle violenze subite durante il servizio militare, diverse fonti riferiscono di atti persecutori nei confronti dei militari curdi»⁴⁸. Analoghe motivazioni a fondamento del rifugio erano già state adottate dal Tribunale di Perugia, sempre nel caso di un renitente curdo in fuga dalla Turchia⁴⁹. Anche il Tribunale amministrativo federale svizzero (TAF), in un caso riguardante un renitente siriano omosessuale, ha accertato che il timore di subire persecuzione non attenesse tanto alla carcerazione, in quanto tale, come conseguenza della renitenza alla leva, ma riguardasse, invece, il rischio di subire persecuzione a causa del suo orientamento sessuale, dal momento che la legislazione siriana criminalizza severamente le relazioni tra persone dello stesso sesso⁵⁰.

2.2. Obiezione relativa

Una specifica forma di obiezione è l'obiezione parziale o selettiva al servizio militare. Riguarda i casi in cui la diserzione o la renitenza trovano fondamento nel rifiuto di servire non nelle forze armate in generale, ma in uno specifico conflitto, perché ritenuto in contrasto con le regole di base della condotta umana. Può prendere la forma di una obiezione all'uso

45. Tribunale amministrativo distrettuale lituano, *A v Office of Citizenship and Migration Affairs of the Republic of Latvia*, app. n. A42-01257-23/26, decisione del 06.04.2023. In senso contrario si veda Supreme Administrative Court, *Applicant v State Agency for Refugees (SAR)*, decisione n. 1356/2023 del 29.05.2023, la Corte amministrativa suprema bulgara ritiene non vi sia motivo di credere che le autorità ufficiali della Federazione russa stiano attuando una massiccia repressione contro i cittadini che protestano contro la politica del presidente.

46. T. Spijkerboer, *Subsidiarity in Asylum Law. The Personal Scope of International Protection*, in *Subsidiarity protection of refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, a cura di D. Bouteillet-Paquet, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 19-42.

47. J. Hathaway, M. Foster, *op. cit.*, p. 180.

48. Trib. Milano, R.G. n. 45469/2019, ord. del 26.10.2020; si veda anche Trib. Milano, sez. I civile, ord. 8.07.2014.

49. Trib. Perugia, R.G. 2019/3803, ord. del 10.05.2021.

50. TAF, *A (Syria) v Staatssekretariat für Migration (SEM)*, causa D-6722/2017, decisione del 12.08.2020.

illegittimo della forza (*jus ad bellum*), o alla condotta di una delle parti in conflitto. In questo caso, a rilevare sono i mezzi e i metodi di guerra utilizzati, come disciplinato dal diritto internazionale umanitario (*jus in bello*) oltre che dalla legislazione internazionale in materia di diritti umani e dal diritto penale internazionale⁵¹.

2.2.1. Obiezione all'uso illegittimo della forza (*jus ad bellum*)

L'obiezione all'uso illegittimo della forza ha costituito il fondamento del rifiuto dei cittadini statunitensi di servire l'esercito durante la guerra del Vietnam⁵², o in Iraq a seguito dell'invasione del 2003⁵³, così come la ragione del rifiuto di entrare nelle forze armate o di polizia sudafricane in opposizione al regime di apartheid⁵⁴. Oggi costituisce il nucleo del movimento *refusenik* in Israele, che si oppone al servizio nei territori palestinesi occupati, ma non a servire nell'esercito israeliano in generale⁵⁵.

L'UNHCR ha inizialmente riconosciuto il diritto all'obiezione parziale solo nei casi in cui vi fosse stata una condanna a livello internazionale⁵⁶, come nel caso dell'apartheid⁵⁷, o del conflitto jugoslavo⁵⁸, orientando in tal senso anche la giurisprudenza nazionale. Ad esempio, nella causa *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*⁵⁹, l'appello di due renitenti curdi, che temevano di dover combattere nell'esercito turco contro i loro connazionali curdi, in un conflitto che ritenevano illegittimo, era stato respinto dal Tribunale britannico sulla base della mancata dimostrazione della condanna internazionale dell'azione militare turca contro i curdi. Tuttavia, a fronte dell'incremento di situazioni che polarizzavano o silenziavano la comunità internazionale per il timore di alterare delicati equilibri geopolitici, il limite di tale approccio è presto diventato evidente. A generare un punto di svolta è il caso *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, relativo ad un disertore russo che si era rifiutato di svolgere il servizio nel conflitto ceceno. In tale occasione, la Corte britannica ha affermato che una corretta valutazione del *claim* non sarebbe dovuta discendere da una condanna ufficiale della comunità internazionale, ma da una contrarietà agli standard di diritto internazionale. Secondo la Corte «incardinare il test sulla condanna internazionale significherebbe dover valutare i casi di servizio militare sulla base dei capricci della politica internazionale, che possono variare a seconda delle mutevoli alleanze e del fatto che gli altri Paesi che monitorano il conflitto prendano o meno in considerazione la questione»⁶⁰. Sulla

51. Linee guida n. 10 par. 26.

52. W. V. O'Brien, *Selective Conscientious Objection and International Law*, in *Georgetown Law Journal*, 1968, pp. 1080-1131.

53. G. Wilson, *Selective Conscientious Objection in the Aftermath of Iraq: Reconsidering Objection to a Specific War*, in *International Journal of Human Rights*, 2008, pp. 665-688.

54. H. Niebergall-Lackner, *op. cit.*, p. 182.

55. R. Friedman, *The Challenge of Selective Conscientious Objection in Israel*, in *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, 2006, pp. 79-99.

56. UNHCR, Manuale, par. 170-171; UNHCR, Linee guida n. 10, par. 10. Si veda anche C.M. Bailliet, *Assessing Jus Ad Bellum and Jus In Bello within the Refugee Status Determination Process: Contemplations on Conscientious Objectors seeking Asylum*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2005-2006, pp. 337-383.

57. UNGA, Risoluzione 33/165 del 20.12.1978, che invita gli Stati a riconoscere l'asilo a coloro che aveva lasciato il Paese per evitare la partecipazione attiva e il sostegno al regime dell'apartheid.

58. UNGA, Risoluzione 53/164 del 9.12.1998, UNCHR, Risoluzione 2/1999 del 13.04.1999 e UNHCRA, *Comprehensive Response to the Humanitarian Crisis in the former Yugoslavia*, del 24.07.1992, UN Doc. HCR/IMFY/1992/2.

59. UK, House of Lords (Judicial Committee), *Sepet (FC) and Another (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, 20.03.2003.

60. EWCA, *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, 11.04.2004, par. 26.

base di tale giurisprudenza, anche l'UNHCR ha mutato radicalmente il suo approccio nelle successive Linee guida n. 10, arrivando ad affermare:

«Nel determinare la legittimità del conflitto in questione la condanna da parte della comunità internazionale rappresenta una prova evidente ma non essenziale per considerare che l'uso della forza violi il diritto internazionale. Non sempre, infatti, vengono espresse simili dichiarazioni, anche nel caso in cui un atto di aggressione abbia oggettivamente avuto luogo. Pertanto, una determinazione di illegalità per quanto riguarda l'uso della forza deve essere compiuta attraverso l'applicazione delle norme previste dal diritto internazionale. Le norme in questione riguardano l'obbligo per gli Stati di astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza contro altri Stati; il diritto di autodifesa individuale o collettiva e l'autorizzazione all'uso della forza in linea con i poteri del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite di mantenere la pace e la sicurezza»⁶¹.

Quanto all'onere probatorio rimesso in capo al ricorrente, un Tribunale canadese, nel caso *Hinzman v. Canada*⁶², aveva respinto la richiesta d'asilo di un soldato statunitense – che si rifiutava di combattere in Iraq, poiché riteneva quel conflitto illegittimo – ritenendo le violazioni dello *jus ad bellum* «crimini di leadership»⁶³, per cui solo coloro che occupano ruoli per cui sono chiamati a pianificare, preparare, lanciare e condurre guerre, possono esserne ritenuti responsabili. I soldati semplici non sarebbero potuti, quindi, essere ritenuti responsabili di alcuna violazione del diritto internazionale. Anche su questo aspetto, è intervenuto l'UNHCR a specificare che:

«Quando un conflitto armato è considerato illegale dal punto di vista del diritto internazionale [in violazione dello *jus ad bellum*], non è necessario che il richiedente rischi di incorrere in una responsabilità penale individuale se dovesse partecipare al conflitto in questione, ma è necessario che il richiedente dimostri che la sua obiezione è genuina e che, a causa della sua obiezione, esiste un rischio di persecuzione»⁶⁴.

Spetta dunque alla singola autorità decidente la valutazione tanto della genuinità dell'obiezione al conflitto, quanto – in mancanza di una condanna della comunità internazionale – della corretta applicazione delle norme previste dal diritto internazionale nel singolo conflitto. L'esiguità della giurisprudenza relativa all'obiezione parziale all'uso illegittimo della forza prova, tuttavia, che le autorità giudiziarie cui tale valutazione è rimessa, preferiscano sottrarsene. La ragione può essere in termini di diritto, dal momento che al di là del caso chiaro di una guerra di aggressione territoriale, le norme che regolano l'uso della forza possono comportare dubbi interpretativi. È il caso della legittima difesa preventiva⁶⁵ o della legittima difesa in contrasto ad atti di terrorismo internazionale, come invocata dai Paesi colpiti dagli attentati alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001 o a Parigi nel 2015, per giustificare la loro reazione militare verso e nei Paesi ospitanti, a loro avviso, i

61. Linee guida n. 10, par. 24.

62. Canadian Federal Court, *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 31.03.2006.

63. *Ibi*, par. 142.

64. Linee guida n. 10, par. 23.

65. A. Annoni e F. Salerno, *op. cit.*, p. 46, che alla nota 14 menziona tra la dottrina contraria a ritenere legittima la legittima difesa preventiva Distefano, *Use of Force*, in *International Law in Armed Conflict*, a cura di Clhapam e Gaeta, Oxford, Oxford Handbooks, 2014, p. 161 ss.

«santuari» delle organizzazioni responsabili degli attentati⁶⁶. È anche il caso dell'intervento umanitario, ovvero dell'uso della forza da parte di uno o più Stati nel tentativo di porre fine a violazioni gravissime dei diritti umani poste in essere da un altro Stato nei confronti dei propri cittadini⁶⁷. Ma la reticenza degli organi decisori potrebbe anche dipendere dall'impatto politico che questo tipo di decisioni possono avere, portando addirittura la dottrina a ritenere che nel caso di *jus ad bellum* le decisioni in materia di asilo sono di solito legate a convenienze politiche⁶⁸ e che la decisione di concedere l'asilo è in gran parte determinata dal rapporto politico tra lo Stato da cui il richiedente cerca di fuggire e quello in cui cerca rifugio⁶⁹. Esemplicativo, in tal senso, è il caso dei renitenti e disertori statunitensi che, obiettando alla guerra del Vietnam, chiesero asilo in Paesi come il Canada e la Svezia. Entrambi i Paesi rifiutarono di riconoscere la protezione internazionale, ma il Canada attribuì loro lo status di "landed-immigrant"⁷⁰, mentre la Svezia gli concesse "asilo umanitario"⁷¹, è ciò solo fu sufficiente a creare tensioni con gli Stati Uniti.

Una clausola di salvataggio è, tuttavia, offerta dallo stesso UNHCR, che sempre nelle Linee guida n. 10, si premura di sottolineare che «laddove la legalità del conflitto armato non sia ancora risolta in base al diritto internazionale, la domanda può essere valutata ai sensi delle indicazioni contenute nella sezione (i) sopradescritta come caso di obiezione di coscienza»⁷². Nello stesso paragrafo, aggiunge che se il conflitto è valutato come conforme al diritto internazionale, la domanda di protezione internazionale viene di norma rigettata, salvo poi specificare «a meno che non intervengano altri fattori». Sebbene le Linee guida non specifichino quali possano essere questi "altri fattori", è sufficiente fare riferimento ad altra documentazione UNHCR per identificarli. Ad esempio, in una nota relativa alle richieste di asilo di disertori ed evasori provenienti dalla Repubblica Federale di Jugoslavia, si legge:

«Stabilire una valida obiezione di coscienza non è difficile quando è evidente che l'azione militare a cui il richiedente asilo sarebbe chiamato a partecipare è contraria alle regole fondamentali della condotta umana. Tuttavia, ciò non è indispensabile. Anche se l'azione militare a cui il richiedente deve partecipare è condotta entro i limiti prescritti dalle leggi di guerra, esso può essere considerato obiettore di coscienza e, quindi, qualificarsi come rifugiato, se può dimostrare che le sue obiezioni morali, religiose o politiche alla partecipazione a tale azione sono così genuine, gravi e profonde che sarebbe moralmente sbagliato richiederne la partecipazione»⁷³.

In conclusione, a fronte di una genuina obiezione di coscienza al conflitto, l'illegalità dello stesso non appare più essere rilevante. Al contrario, la violazione dello *jus ad bellum*

66. A. Annoni e F. Salerno, *op. cit.*, p. 47.

67. *Ivi*, p. 50.

68. M. Lippman, *The Recognition of Conscientious Objection to Military Service as an International Human Right*, in *California Western International Law Journal*, n. 21/1990-1991, pp. 40-61.

69. E.N. Marcus, *Conscientious Objection as an Emerging Human Right?*, in *Virginia Journal of International Law*, n. 38/1997-1998, pp. 538-560, e K. J. Kuzas, *Asylum for Unrecognized Conscientious Objectors to Military Service: Is There a Right Not to Fight?*, in *Virginia Journal of International Law*, n. 31/1990-1991, pp. 459-472.

70. J.R. Miller, *Amnesty for Draft Evaders?*, in *San Diego Law Review*, 1972, pp. 176-193.

71. K.J. Kuzas, *op. cit.*, p. 459.

72. Linee guida n. 10 par. 25.

73. UNHCR, *Deserters and Persons Avoiding Military Service Originating From the Federal Republic of Yugoslavia in Countries of Asylum: Relevant Considerations*, 1 October 1999, consultabile su: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b33bc.html>.

sembra piuttosto incidere sull'onere probatorio del ricorrente, attenuandolo: il dato oggettivo di una guerra illegittima è da considerarsi elemento, non esclusivo ma presuntivo, di genuinità dell'obiezione. L'attenuazione dell'onere probatorio non è, invece, accordata in caso di conflitto legittimo o dubbio, in cui la valutazione dell'inclusione nello *status* di rifugiato sarà operata in base agli ordinari, più stringenti, criteri.

In relazione al nesso con i motivi di cui all'art. 10 DQ, la persecuzione derivante da questa forma di obiezione potrebbe avere natura religiosa, vista l'ampia nozione di religione data dall'UNHCR, che comprende la morale, punti di vista etici ed umanitari. Quanto al nesso con la ragione politica, esso ha generato diverse discussioni, il relazione all'inclusione o meno di motivazioni di carattere politico nell'alveo dell'obiezione di coscienza⁷⁴. L'UNHCR aveva, infatti, inizialmente affermato che ai fini di una genuina obiezione parziale «non è sufficiente che una persona sia in disaccordo con il proprio governo sulla giustificazione politica di una determinata azione militare»⁷⁵. Diversi Stati si erano, dunque, ancorati a tale interpretazione per negare legittimità a questa forma di obiezione selettiva, distinguendo tra obiezione di coscienza in buona fede e mero disaccordo politico⁷⁶, e tra obiezione di coscienza e disobbedienza civile⁷⁷. Questo ha portato la dottrina ad affermare che un'obiezione eticamente fondata non deve necessariamente essere scevra dal desiderio di cambiare le scelte politiche del proprio Stato⁷⁸: come osserva Brownlee, «in alcuni casi, un singolo atto può essere descritto sia come disobbedienza civile che come obiezione di coscienza, come l'elusione della leva messa in atto da molti membri della guardia nazionale statunitense durante la guerra in Iraq»⁷⁹. Ad oggi, tale discussione sembra oramai superata, anche alla luce del cambio di prospettiva dell'UNHCR, che non solo ha eliminato la precedente clausola, ma nelle successive Linee guida riconosce che «le autorità possono interpretare il fatto che una persona si opponga alla partecipazione a un conflitto o a determinati atti come una manifestazione di disaccordo politico»⁸⁰, affiancando al rischio persecutorio derivante da una obiezione per motivi etici e religiosi, quello di natura politica.

2.2.2. Obiezione alla condotta di una delle parti in conflitto (*jus in bello*)

L'obiezione alla condotta di una delle parti in conflitto è la forma di rifiuto a determinati mezzi e metodi di guerra impiegati dal Paese d'origine, che potrebbero qualificarne la condotta contraria al diritto internazionale umanitario (*jus in bello*), alle norme internazionali sulla tutela dei diritti umani e al diritto penale internazionale. Sebbene sia spesso associata all'obiezione derivante dallo *jus ad bello*, ha in realtà natura diversa. Invero, l'obiettore di coscienza all'uso illegittimo della forza rivendica un fondato timore di persecuzione per aver fatto ciò che si sente moralmente obbligato a fare, vale a dire porre

74. Si veda, tra gli altri, C. Ficattotta, *Selective Conscientious Objection: Some Guidelines for Implementation*, in *When Soldiers Say No, Selective Conscientious Objection in the Modern Military*, a cura di A. Ellner, P. Robinson, D. Whetham, Londra, Routledge, 2014, pp. 225-250.

75. UNHCR, *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status*, 1992, par. 174.

76. Israeli Supreme Court, *Zonstien v. Judge Advocate-General*, HCJ 7622/02, 2002, par. 4.

77. Y. Nehushtan, *Selective Conscientious Objection: Philosophical and Conceptual Doubts in Light of Israeli Case Law*, in *When Soldiers Say No*, a cura di A. Ellner, P. Robinson e D. Whetham, Londra, Routledge, 2014, pp. 140-158.

78. OHCHR, *Report of the Office of the High Commissioner on the Outcome of the Expert Workshop on the Right of Peoples to Peace*, UN Doc. A/HRC/14/38, 17.03.2010.

79. K. Brownlee, *Conscientious Objection and Civil Disobedience*, in *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, a cura di A. Marmor, Londra, Routledge, 2012, pp. 231-255.

80. Linee guida n. 10, par. 52.

fine alla sua partecipazione a una guerra che considera illegittima. Nel caso di rifiuto basato sullo *jus in bello*, invece, il timore può anche limitarsi a riguardare la pena cui il militare andrebbe incontro per aver fatto ciò che in base al diritto internazionale è obbligato a fare, e cioè astenersi dal partecipare alla commissione di atti contrari al diritto bellico o crimini internazionali. Questa obiezione trova radici nei processi di Norimberga, che stabiliscono il principio di diritto internazionale secondo cui gli individui possono essere e saranno ritenuti penalmente responsabili per le atrocità commesse durante la guerra, non potendo rilevare come scusante l'esecuzione degli ordini dei superiori⁸¹. Che tale rifiuto costituisca un *secondus genus* rispetto all'obiezione di coscienza è suggerito dalla stessa DQ, che lo regola espressamente all'articolo 9(2)(e)⁸². Questa prevede che se il servizio militare rischia di esporre alla commissione di crimini, reati o atti che rientrano nell'ambito dei motivi di esclusione della protezione, ogni azione giudiziaria o sanzione penale conseguente al rifiuto è da ritenersi persecutoria, indipendentemente dal suo essere sproporzionata o discriminatoria⁸³. È una norma di chiusura del sistema: il dovere imposto dal diritto internazionale umanitario e dal diritto penale internazionale di non compiere alcuni atti durante i conflitti armati corrisponde da una parte all'esclusione dalla protezione internazionale di chi lo viola, e dall'altra, al riconoscimento della protezione internazionale di chi lo rispetta. L'obiezione basata sullo *jus in bello* potrebbe, dunque, rilevare indipendentemente dall'esistenza di motivi di natura morale, religiosa, politica o di appartenenza etnica o nazionale. Di conseguenza, più che accertare la genuinità dell'obiezione, alle autorità decidenti spetta valutare quella che l'UNHCR definisce "ragionevole probabilità" di essere costretti a commettere atti o ad assumersi la responsabilità per gli atti che violano le norme prescritte dal diritto internazionale umanitario, dal diritto penale internazionale e dai diritti umani, a seconda dei casi⁸⁴. Secondo l'UNHCR tale valutazione si dovrebbe basare sia sul conflitto armato in quanto tale, sia sul particolare ruolo svolto nell'esercito dal richiedente⁸⁵. Sulla scorta di tali indicatori, si sono sviluppati, negli anni, diversi approcci a livello internazionale. Un primo approccio, noto come *human rights' approach*, è stato quello della *Refugee Status Appeals Authority* della Nuova Zelanda, che ha riconosciuto il rifugio ad un obiettore di coscienza curdo proveniente dalla Turchia, ritenendo che la possibilità concreta di commettere violazioni dei diritti umani trovasse fondamento «nella storia del conflitto, le conseguenti violazioni delle leggi di guerra su vasta scala in passato e il perdurare di un clima di impunità per coloro che commettono tali violazioni»⁸⁶. Un differente approccio è stato, invece, adottato nella causa *Krotov* dalla Corte britannica, che ha precisato che «un ricorrente deve dimostrare il rischio che egli sia personalmente coinvolto in tali atti, non bastando una generica allegazione di paura o opinione»⁸⁷.

81. The Lawyers Committee for International Human Rights, *Conscientious Objection to Military Service as a Human Right: A Background Paper Prepared for the United Nations Commission on Human Rights*, 1980, par. 9.

82. Dir. 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione) OJ L 337, 20.12.2011, pp. 9-26.

83. Tale principio era già presente nella Posizione comune del 4 marzo 1996 (96/196/GAI) del Consiglio UE.

84. UNHCR, Linee guida n. 10, par. 26 e 27.

85. UNHCR, Linee guida n. 10, par. 28 e 30.

86. New Zealand Refugee Status Appeals Authority, *Refugee Appeal no. 75378/05*, 19.10.2005 par. 88.

87. EWCA, *Krotov*, par. 45.

A livello di Unione Europea, la formulazione l'art. 9(2)(e) DQ non chiarisce quale debba essere l'onere probatorio. Le singole autorità nazionali hanno quindi adottato, in un primo momento, criteri vari, quali la "probabilità ragionevole" o "probabilità considerevole" di commissione di crimini internazionali in conflitto⁸⁸. È soltanto con la causa *Shepard*⁸⁹ che la Corte di Giustizia chiarisce che la commissione di crimini internazionali debba essere «ragionevolmente plausibile» e non solo «altamente probabile»⁹⁰, sulla base delle informazioni sul Paese in conflitto, dello *status* individuale e della situazione personale del richiedente. Secondo la Corte, chi rifiuta il servizio deve invocare solo la probabilità che siano commessi atti che rientrano nei motivi di esclusione, mentre non è necessario dimostri che la sua particolare unità abbia già commesso crimini di guerra o crimini contro l'umanità, né che la Corte penale internazionale abbia precedentemente emesso una condanna⁹¹. Non è neanche necessaria la prova di aver prestato servizio direttamente in combattimento, essendo sufficiente la ragionevole probabilità che lo svolgimento dei compiti assegnati «fornisca un sostegno indispensabile alla preparazione e all'esecuzione di tali crimini»⁹². La Corte interpreta quindi in modo flessibile l'onere probatorio dell'art. 9(2)(e), in linea con il bisogno di protezione che la direttiva persegue. Ritiene, tuttavia, che un intervento armato intrapreso sulla base di una risoluzione adottata dal Consiglio di Sicurezza offra, in linea di principio, ogni garanzia che non saranno commessi crimini di guerra, e che lo stesso vale per un'operazione che dà luogo a un consenso internazionale⁹³, inserendo in questi casi una presunzione che, innalzando lo standard, altera l'onere probatorio come costruito nel resto della decisione. Successivamente, il criterio della probabilità ragionevole è confermato in *EZ*⁹⁴, in cui, pur ribadendo che spetta al giudice di merito valutare se lo svolgimento del servizio «indurrebbe necessariamente o, quantomeno, molto probabilmente, a commettere i crimini»⁹⁵, la Corte sottolinea che un contesto caratterizzato dalla ripetuta e sistematica commissione di crimini di guerra o crimini contro l'umanità da parte dell'esercito che utilizza coscritti, debba portare a ritenere che lo svolgimento del servizio militare «comporti la commissione, diretta o indiretta, di tali crimini o atti, indipendentemente a prescindere dall'ambito dei suoi interventi»⁹⁶, tale per cui «è irrilevante che l'interessato non conosca la sua futura area militare di operazione»⁹⁷. In questo modo, la Corte di Giustizia estende, di fatto, il diritto a ricevere protezione anche nei confronti di coloro che sono fuggiti dal servizio di leva prima di essere assegnati a un determinato ruolo o unità.

La giurisprudenza nazionale di legittimità si è pronunciata, negli ultimi anni, su casi relativi a richiedenti protezione internazionale in ragione di una obiezione di coscienza parziale, adottando un atteggiamento ondivago in relazione all'applicazione dei criteri delle sentenze *Shepard* ed *EZ*. Un primo orientamento, espresso nelle ordinanze n. 30031/2019; n. 13461/2021 e n. 18626/2022, vede la Suprema Corte utilizzare il criterio di «alta probabilità», «alto rischio» o «elevato rischio» della commissione di crimini di guerra o contro l'umanità, nel caso di un coinvolgimento, anche solo indiretto, in un conflitto

88. K. Hailbronner e S. Alt, *op. cit.*, p. 1026.

89. Corte Giust., C-472/13, *Shepard c. Germania*, del 26.02.2015. ECLI:EU:C:2015:117.

90. *Ivi*, par. 46.

91. *Ivi*, par. 39.

92. *Ivi*, par. 46.

93. *Ivi*, par. 41.

94. Corte Giust., C-238/19, *EZ contro Germania*, 19.11.2020, ECLI:EU:C:2020:945.

95. *Ivi*, par. 34.

96. *Ivi*, par. 38.

97. *Ibidem*.

caratterizzato dallo loro commissione⁹⁸. Inoltre, nell'ordinanza n. 20979/2020, pronunciandosi su un ricorso di un cittadino del Mali, la Suprema Corte adotta il criterio della "concreta possibilità" che il militare sia chiamato a concorrere nella commissione di crimini e violazioni dei diritti umani, e fa ricadere sul ricorrente l'onere di allegare specificamente che il conflitto esistente nelle zone in cui avrebbe presumibilmente espletato il servizio militare sia condotto con modalità che implicano violazioni sistematiche dei diritti umani da parte dei militari o comunque «l'alta probabilità» della commissione di tali violazioni ad opera di questi ultimi⁹⁹. In questi casi, quindi, pur richiamando i criteri *Shepard*, la Corte se ne discosta parzialmente, rifiutando il parametro della "ragionevole plausibilità" e il principio affermato in *EZ* per cui è irrilevante che l'interessato non conosca la sua futura area militare di operazione ai fini della valutazione del rischio. Un diverso orientamento è invece adottato nell'ordinanza n. 102/2021, con argomentazioni successivamente ribadite anche nell'ordinanza n. 7047/2022, nella quale la Corte si conforma al criterio della «ragionevole plausibilità» della commissione di crimini di guerra e contro l'umanità, ritenendo che il differente criterio della «elevata probabilità» utilizzato dal giudice di merito «limita in modo arbitrario la configurabilità del rischio di commissione di crimini di guerra o contro l'umanità, e dunque l'area di rilevanza dell'obiezione di coscienza, alle sole unità operative, e – tra di esse – alle sole unità che, in concreto, abbiano effettivamente condotto azioni di guerra con modalità idonee ad integrare crimini di guerra o contro l'umanità»¹⁰⁰. Quanto alla giurisprudenza di merito, il Tribunale di Napoli¹⁰¹, in una recente decisione riguardante un disertore ucraino, fornisce una panoramica di quali violazioni dello *jus in bello* rilevino nella valutazione della protezione, esaminando report internazionali relativi al trattamento dei prigionieri di guerra e degli *hors de combat*, al compimento di attacchi armati in violazione del principio di separazione e all'uso di armi ad effetti indiscriminati da parte delle forze ucraine, comprese le munizioni a grappolo (*cluster munition*)¹⁰².

Sebbene gli atti persecutori derivanti da una obiezione al servizio basata sullo *jus in bello* possano essere anche privi di un nesso con i motivi di cui all'art. 10 DQ, la Corte di Giustizia, riferendosi al contesto della guerra civile siriana, ritiene esistere una forte presunzione che tale nesso sussista¹⁰³. Conformandosi a tale orientamento, il Tribunale amministrativo federale tedesco ha rimandato alle competenti autorità per nuova valutazione diversi casi riguardanti renitenti alla leva militare in Siria, cui era stata riconosciuta la protezione sussidiaria, ritenendo che queste dovessero valutare «la plausibilità della forte presunzione che il rifiuto di prestare il servizio militare sia legato a un motivo di persecuzione»¹⁰⁴. Pochi mesi dopo, il Tribunale amministrativo federale austriaco ha concesso lo *status* di rifugiato per persecuzione politica ad un cittadino siriano che, in caso di invio al fronte, sarebbe stato

98. Corte di cassazione, ordinanze n. 30031/2019 del 19.11.2019; n. 13461/2021 del 18.05.2021; n. 18626/2022 del 09.06.2022.

99. Corte di cassazione, ordinanza n. 20979/2020 del 01.10.2020.

100. Corte di cassazione, ordinanza n. 102/2021, e n. 7047/2022 del 03.03.2022.

101. Tribunale di Napoli, decreto n. 2863/2023 del 27.02.2023.

102. Questo aspetto, in particolare, pone il problema di quali siano le norme di DIU rilevanti, se quelle dello Stato di rifugio, o quelle che vincolano lo Stato di coscrizione. Ad esempio, l'Ucraina non ha ratificato la Convenzione sulle munizioni a grappolo del 2008. Tuttavia, il divieto di utilizzare *cluster* composte da sub munizioni che non siano dotate di congegno autodistruttivo o di altri ritrovati tecnologici capaci di ridurre il rischio di danni collaterali sembrerebbe vincolare anche gli Stati e gli altri soggetti di diritto internazionale che non siano parte della Convenzione.

103. Corte Giust., *EZ*, par. 61.

104. Germania, Federal Administrative Court [Bundesverwaltungsgericht], *Applicants v Federal Office for Migration and Refugees (BAMF)*, 1 C 1.22 and other cases, del 19.01.2023.

costretto a compiere azioni militari contrarie al diritto internazionale¹⁰⁵. Per quel che riguarda la giurisprudenza di legittimità italiana, essa è pacifica nel ritenere che «dev'essere riconosciuto lo *status* di rifugiato politico all'obiettore di coscienza che rifiuti di prestare servizio militare nello Stato d'origine, ove l'arruolamento comporti il rischio di un coinvolgimento [...] in crimini di guerra o contro l'umanità [...]»¹⁰⁶. Adotta, quindi, un orientamento chiaro ma uno standard più stringente: non rileva qualunque violazione del DIU, ma solo violazioni gravi, che concretano crimini di guerra.

3. Danno grave derivante da condanna a morte o pena di morte e da trattamenti inumani e degradanti

Le autorità decidenti dovrebbero, inoltre, valutare il rischio che il richiedente protezione – che non esprime obiezione di coscienza alcuna né allega di temere persecuzioni riconducibili all'art. 10 DQ – possa subire un danno grave in caso di rimpatrio, per ragioni comunque legate al servizio militare. Ad esempio, la condanna a morte o l'imposizione della pena di morte comminati per il rifiuto di prestare servizio possono rilevare per il riconoscimento di una protezione ai sensi dell'art. 15(a) DQ¹⁰⁷. Invero, nell'ambito del regime di protezione sviluppato dalla giurisprudenza della Corte EDU, gli Stati parte del Consiglio d'Europa sono vincolati dall'articolo 2 CEDU e dall'articolo 1 del Protocollo n. 13 CEDU a non estradare o trasferire una persona in un Paese, se vi è il rischio che possa subirvi la pena di morte¹⁰⁸. In questi casi è essenziale valutare se, nonostante la mancata allegazione da parte del ricorrente, non sussista in ogni caso un nesso con i motivi di cui all'art. 10 DQ, quale ad esempio una opinione politica imputata.

Eguale, potrebbe essere riconosciuta una protezione ai sensi art. 15(b) DQ quando sussiste il rischio di subire tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante, ad esempio in caso di condanna per diserzione o renitenza, o durante il servizio, o da parte delle forze belligeranti nemiche. L'art. 15(b) DQ non specifica il significato da attribuire ai termini tortura e trattamenti inumani e degradanti, né rimanda espressamente a fonti esterne perché li definiscano. Tuttavia, già nella fase dei lavori preparatori, la Commissione rilevava come l'articolo 15(b) «rispecchiasse il contenuto dell'articolo 3 della CEDU»¹⁰⁹ ed invitava gli Stati Membri, nello stabilire se un richiedente si qualificasse come beneficiario di protezione sussidiaria «a non applicare una soglia di gravità superiore a quella richiesta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»¹¹⁰. Nell'idea originaria della Commissione, il significato dei termini dell'articolo 15(b) avrebbe quindi trovato corrispondenza nella giurisprudenza della Corte EDU in relazione all'art. 3 CEDU¹¹¹. La Corte di Giustizia lo conferma nel caso *Elgafaji*, riconoscendo la sostanziale corrispondenza tra

105. Austria, *BF v Austrian Federal Office for Aliens and Asylum (BFA)*, W139 2261089-1, del 21.04.2023.

106. Cassazione, ordinanze n. 30031/2019 del 19.11.2019; n. 13461/2021 del 18.05.21; n. 18626/2022 del 9.06.2022. Per la giurisprudenza di merito si veda Tribunale di Napoli, decreto n. 2863/2023 del 27.02.2023.

107. In questo caso, rilevante tanto in tempo di pace che in tempo di guerra.

108. Corte EDU, *Al Nashiri c. Polonia*, n. 28761/11, del 24.07.2014.

109. Commissione Europea, *Proposta di direttiva del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi e apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale*, COM(2001) 510(def.), 12.09.2001, p. 26.

110. *Ibidem*.

111. G. Noll, *Fixed Definitions or Framework Legislation? The Delimitation of Subsidiary Protection Ratione Personae*, in *UNHCR Working Papers*, n. 5/22.

l'art. 3 della CEDU e l'art. 15(b) DQ¹¹², per cui il significato dei termini e la valutazione del rischio di tortura e dei trattamenti inumani e degradanti della DQ troverebbe come parametro l'interpretazione dinamica che la Corte EDU ha dell'art. 3 CEDU¹¹³. Il divieto di tortura e maltrattamenti contenuto nell'art. 3 CEDU ha una portata assoluta, non prevede eccezioni e non è suscettibile deroga, neppure nell'ipotesi di guerra, così come stabilito dall'art. 15 CEDU. La definizione di tortura e maltrattamenti è elaborata dalla Corte EDU partendo da quella contenuta nella Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, e la loro valutazione si basa su uno specifico apprezzamento del caso concreto, che tiene conto della situazione generale del Paese e della situazione particolare dell'interessato, come la risposta soggettiva della vittima e i suoi particolari valori culturali¹¹⁴. Di conseguenza, non è possibile individuare in via universale una lista di atti vietati dall'art. 3 CEDU, ma una volta che la soglia di gravità è stata raggiunta, la tutela diventa assoluta¹¹⁵. Mentre i parametri oggettivi entro cui collocare gli elementi soggettivi utili all'individuazione della soglia di gravità della tortura sono di più agevole individuazione¹¹⁶, più difficile è valutare il raggiungimento della soglia di gravità dei trattamenti inumani e degradanti ai danni di appartenenti alle forze armate, specie in un conflitto armato. Si proverà dunque ad analizzare presupposti e condizioni che potrebbero integrare, in determinate circostanze, il raggiungimento di tale soglia.

Una prima casistica può riguardare il rischio di scontare una detenzione in condizioni inumane e degradanti come pena per il rifiuto o la renitenza alla leva¹¹⁷. Un'analisi della giurisprudenza EDU suggerisce che il primo accertamento riguarda la situazione carceraria nello Stato ricevente, rilevando, ad esempio, la privazione di cibo¹¹⁸ e di cure mediche¹¹⁹, la medicalizzazione forzata¹²⁰, le scarse condizioni igieniche¹²¹, il sovraffollamento¹²², i

112. Corte Giust., causa C-465/07, Meki Elgafaji e Noor Elgafaji contro Staatssecretaris van Justitie, 17.02.2009, par. 28.

113. P. Tiedemann, *Subsidiary protection and the function of article 15(c) of the Qualification Directive*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2012, pp. 123-138.

114. N. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford, Clarendon, 1987, p. 93.

115. A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 208.

116. La Corte EDU ha accertato, ad esempio, che ammontano a tortura le tecniche di interrogatorio che utilizzano lo stupro (*Aydın c. Turchia*, n. 23178/94, del 25.9.1997, par. 83-87; *Maslova e Nalbandov c. Russia*, n. 839/02 del 24.1.2008, par. 108; *Zontul c. Grecia*, n. 12294/07 del 17.01.2012, par. 92) che combinano la deprivatione del sonno al "palestinian hanging" e alla "falaka" (*Bati and Others c. Turchia*, n. 33097/96 e 57834/00, 3.06.2004, par. 110 e 122-124). La UNCAT aveva in precedenza classificato come tortura quelle stesse tecniche che combinano umiliazioni sessuali, "water boarding", "short shackling" e l'uso di cani per suscitare paura (UNCAT, *Concluding Observations on the U.S.*, 2006, UN doc. CAT/C/USA/CO/2, par. 24).

117. Anche in questo caso, rilevante tanto in tempo di pace che in tempo di guerra.

118. Corte EDU, *Dudchenko c. Russia*, n. 37717/05, del 7.11.2017, par. 130 e *Kadiķis c. Lituania (no. 2)*, n. 62393/00, del 4.05.2006, par. 55.

119. Corte EDU (GC), *Blokhin c. Russia*, 47152/06, del 23.03.2016, par. 136 e *Mozer c. Moldavia e Russia*, n. 11138/10, del 23.02.2016, par. 178.

120. Corte EDU, *Ciorap c. Moldavia*, 12066/02, del 19.06.2007, par. 89; *Nevmerzhitsky c. Ucraina*, n. 54825/00, del 05.05.2005, par. 98, *Gorobet c. Moldavia*, n. 30951/10 del 10.01.2012 par. 52; *Bataliny c. Russia*, n. 10060/07, del 23.07.2015, par. 88-91.

121. Corte EDU, *Petrescu c. Portogallo*, n. 23190/17, del 3.12.19; *J.M.B. e altri c. Francia*, n. 9671/15 del 30.01.2020; *Florea c. Romania*, n. 37186/03, del 14.09.2010; *Canali c. Francia*, n. 40119/09, del 25.04.2013.

122. Corte EDU, *Bădulescu c. Portogallo*, n. 33729/18, del 20.10.2020; *Varga e altri c. Ungheria*, n. 14097/12 et al., del 10.03.2015; *Torreggiani e altri c. Italia*, n. 43517/09 et al., del 8.01.2013; *Ananyev e altri c. Russia*, n. 42525/07 e 60800/08, del 10.01.2012; *Vasilescu c. Belgio*, n. 64682/12, del 18.03.2014.

maltrattamenti da parte dei compagni di cella¹²³ o da parte del personale penitenziario¹²⁴. Se alla luce di tali indicatori la situazione è sufficientemente grave da far presumere il rischio di maltrattamenti, il richiedente ha diritto ad essere protetto dal *refoulement*, secondo parte della dottrina a condizione di appartenere ad un particolare gruppo di detenuti vulnerabili ai maltrattamenti¹²⁵. Ad esempio, nel caso *Said c. Paesi Bassi*¹²⁶, relativo ad un renitente eritreo, la Corte ha ritenuto che i militari disertori e renitenti costituissero un gruppo vulnerabile in Eritrea, perché sottoposti a «detenzione in isolamento, esposizione prolungata al sole a temperature elevate, legatura di mani e piedi in posizioni dolorose»¹²⁷. Riportando nell'alveo della DQ la valutazione della Corte EDU, sarebbe difficile, tuttavia, non ritenere sussistente in questi casi un nesso di persecuzione. Questo è stato, infatti, correttamente individuato dall'*Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber* del Regno Unito e dalla Corte d'appello svedese per la migrazione (*Migrationsöverdomstolen*), che hanno ritenuto che la pena per diserzione in Eritrea costituisse una persecuzione sulla base di una opinione politica (imputata), nella misura in cui il governo eritreo consideri il servizio un dovere «patriottico»¹²⁸ o un «progetto politico»¹²⁹, o sulla base dell'appartenenza al gruppo sociale particolare delle persone che hanno raggiunto o si stanno avvicinando all'età della leva militare¹³⁰. Eppure, secondo le Corti tedesche, dal momento che tutti i militari di leva eritrei sono colpiti dalle stesse pene e dallo stesso trattamento, a tali pene e trattamenti non può essere attribuita alcuna dimensione politica, né possono essere considerate discriminatorie, tali da far rientrare disertori ed evasori nella nozione di appartenenza a un determinato gruppo¹³¹. Tale discutibile approccio non solo ha comportato l'aumento in questi Stati dei riconoscimenti di protezione sussidiaria o nazionale a scapito di quelle di rifugio, ma ha anche prodotto decisioni di rigetto: il Tribunale amministrativo sloveno, ritenendo che il reclutamento interessa tutti i cittadini indistintamente, ha stabilito che se il ricorrente non dimostra alcun elemento di personalizzazione in relazione alla sua pena, non sussistono motivi di persecuzione che

123. Corte EDU, *Preminyin c. Russia*, n. 44973/04, del 10.02.2011; *Yuriy Illarionovich Shchokin c. Ucraina*, n. 4299/03, del 3.10.2013; *Gjini c. Serbia*, n. 1128/16, del 15.01.2019.

124. Corte EDU, *Tali c. Estonia*, n. 66393/10, del 13.02.2014; *Milić e Nikezić c. Montenegro*, n. 54999/10 e 10609/11, del 28.04.2015; *Cirino e Renne c. Italia*, n. 2539/13 e 4705/13, del 26.10.2017.

125. E. Hamdan, *The Principle of Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2016, p. 228. È evidente, in ogni caso, che i gruppi considerati vulnerabili in uno Stato non lo sono necessariamente in un altro. Ed infatti, la Corte EDU ha ritenuto non sussistere la violazione del divieto di *refoulement* in un caso riguardante l'estradizione di un disertore uzbeko (Corte EDU, *Shakurov c. Russia*, n. 55822/10, del 5.06.2012).

126. Corte EDU, *Said c. Paesi Bassi*, n. 2345/02, del 5.07.2005.

127. *Ivi*, par. 54.

128. UKUT, *MST and Others*, 00443/2016, del 07.10.2016, par. 430. Per una analisi completa del caso si veda S. Palacios-Arapiles, *The Eritrean Military/National Service Programme: Slavery and the Notion of Persecution in Refugee Status Determination*, in *Laws*, 2021, pp. 5-18.

129. *Migrationsöverdomstolen*, caso UM 7734-1, del 21.06.2017.

130. Conformi anche le decisioni della Corte olandese: *Applicant v State Secretary for Justice and Security*, caso NL21.8520 del 30.11.2021 e *Applicants 1 v State Secretary for Justice and Security*, caso 202101479/1/V2 del 20.07.2022.

131. Higher Administrative Court of Hessen, causa 10 A 1939/20.A, del 23.02.2021 e causa 10 A 797/18.A, del 30.07.2019; Higher Administrative Court of Saarland, causa 2 A 7/18, del 21.03.2019; Higher Administrative Court of Hamburg, causa 4 Bf 546/19.A, del 2.09.2021, causa 4 Bf 205/18.A, del 1.12.2020 e causa 4 Bf 186/18.A, del 21.09.2018; Higher Administrative Court of Münster, causa 19 A 1857/19.A, del 21.09.2020. Per una analisi completa dei casi si veda S. Palacios Arapiles, *European Divergent Approaches to Protection Claims Based on the Eritrean Military/National Service Programme*, in *International Community Law Review*, 2022, pp. 335-357.

diano diritto ad una protezione¹³². Analoghe decisioni sono state adottate anche dal Tribunale amministrativo federale svizzero (TAF)¹³³, poi impugnate davanti al Comitato contro la tortura (CAT), che ha prevedibilmente affermato come il rimpatrio in Eritrea avrebbe violato l'articolo 3 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti¹³⁴.

Una seconda casistica può riguardare il rischio di svolgere il servizio in condizioni inumane e degradanti¹³⁵. Sul punto, la Corte EDU ha specificato che gli Stati dovrebbero assicurare che il servizio sia prestato in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le procedure e i metodi di addestramento militare non sottopongano i militari a disagio o sofferenza di intensità superiore all'inevitabile livello di difficoltà inerente alla disciplina militare e che, date le esigenze pratiche di tale servizio, la loro salute e il loro benessere siano adeguatamente garantiti fornendo loro, tra l'altro, l'assistenza medica di cui hanno bisogno¹³⁶. Anche in questo caso, l'accertamento della violazione impone la valutazione di tutte le circostanze del caso, come la natura e il contesto del trattamento, il modo e il metodo di esecuzione, la durata, gli effetti fisici e mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima¹³⁷, risultando evidente che in caso di servizio prestato in un conflitto armato la soglia dell'inevitabile livello di difficoltà si elevi ancora di più. Può essere, ad esempio, il caso di un richiedente coscritto nonostante una grave infermità mentale, o a cui non sono garantiti farmaci essenziali. Anche in questo caso, riportare nell'alveo della DQ la valutazione della Corte EDU impone, comunque, sempre l'accertamento che la personalizzazione del rischio non implichi un nesso di persecuzione, e che le condizioni inumane e degradanti del servizio non siano dettate in realtà da razza, nazionalità, appartenenza a particolari gruppi o opinioni politiche, anche imputate.

Infine, il timore posto alla base di una domanda di protezione internazionale potrebbe derivare dal rischio di subire tortura o trattamenti inumani e degradanti, nel contesto di un conflitto armato, da parte delle forze belligeranti nemiche. L'assolutezza del divieto di tortura è ribadita dal DIU¹³⁸, e la prassi degli Stati ha reso tale divieto una norma di *jus cogens*

132. Tribunale amministrativo sloveno, *Applicant v Ministry of the Interior*, causa I U 117/2020-9, del 13.05.2020 e *Applicant v Ministry of the Interior*, causa I U 7/2020-10 del 10.06.2020.

133. Tra cui TAF, causa D-7898/2015, del 30.01.2017 e TAF, causa E-5022/2017, del 10.07.2018.

134. Il Comitato contro la tortura (CAT), il 30 gennaio 2023 ha pubblicato la comunicazione *A.Y. contro la Svizzera*. Il caso riguarda una donna eritrea, renitente al servizio militare, la cui domanda di protezione internazionale era stata rigettata dalle autorità Svizzere. Il CAT ha deciso che il rimpatrio della ricorrente avrebbe violato l'articolo 3 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, sulla base del fatto che le autorità svizzere non avessero utilizzato, ai fine decisori, informazioni obiettive relative al rischio di tortura in caso di ritorno in Eritrea. Si veda CAT, *A.Y. v Switzerland*, n. 887/2018, del 22.07.2022 (CAT/C/74/D/887/2018).

135. Anch'esso rilevante sia in tempo di pace che di guerra. Secondo l'UNHCR costituisce valida ragione di obiezione al servizio quando i termini o le condizioni del servizio militare equivalgono a tortura o altro trattamento crudele o disumano, violano il diritto alla sicurezza e all'integrità della persona, coinvolgono il lavoro forzato o obbligatorio o forme di schiavitù o servitù. Le Linee guida specificano che, nel caso di maltrattamenti perpetrati dai superiori, si deve essere in grado di dimostrare che sia stato possibile chiedere il trasferimento ad altra unità, ed è necessario valutare se tali pratiche sono sistemiche e/o di fatto autorizzate, tollerate o condonate dalla gerarchia militare, e se lo Stato non vuole o non è in grado di impedire tali atti proteggendo le vittime e punendo i colpevoli (Linee guida UNHCR n. 10, par. 32).

136. Corte EDU, *Belov c. Russia*, n. 22053/02, del 3.07.2008.

137. Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, n. 5310/71, del 18.01.1978, par. 162; *Soering c. Regno Unito*, n. 14038/88, del 7.07.1989, par. 100.

138. Regolamento IV dell'Aia del 1907, art. 4; CG, art. 3 e articoli 50, 51, 130, 147; I PA del 1977, I PA art. 75.2 (ii); dal II PA, art. 4.2.(a); Statuti del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia e dell'ICTR.

applicabile sia nei conflitti armati internazionali che in quelli non internazionali¹³⁹. Nel DIU la tortura è definita come violenza intenzionale alla vita, alla salute, al benessere fisico o mentale, ma anche come violazione della dignità personale, in particolare, nella forma di trattamenti umilianti e degradanti nei confronti di persone che non partecipano *o non partecipano più alle ostilità*¹⁴⁰. Nessuna forma di tortura fisica e psichica – che in base al criterio di interpretazione sistemica va intesa anche in base al significato che essa ha acquisito nel campo dei diritti umani¹⁴¹ – o altra forma di coercizione può essere inflitta a persone protette quali civili, feriti e malati, *prigionieri di guerra* o detenuti, in particolare per ottenere loro informazioni di qualsiasi tipo¹⁴². Infatti, lungi dal costituire una sanzione per il loro coinvolgimento nel conflitto, l'internamento dei prigionieri di guerra (POW) assolve ad una funzione essenzialmente preventiva: impedire che il nemico catturato possa ritornare a combattere¹⁴³. Di conseguenza, la III CG prevede il loro diritto ad un trattamento umano e al rispetto della dignità e dell'onore, e il divieto di qualsiasi forma di violenza fisica e di intimidazione, così come l'esposizione del prigioniero alla pubblica curiosità¹⁴⁴. Sempre la III CG regola le condizioni di internamento dei POW, stabilendo l'obbligo della potenza detentrica di provvedere ad un alloggio dignitoso, al vitto, al vestiario, e ad una dotazione minima per l'igiene personale, oltre a dover garantire l'assistenza medica e spirituale necessaria¹⁴⁵. Tortura e maltrattamenti sono, inoltre, qualificati dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale (CPI), come crimini di guerra. Lo Statuto definisce la tortura come l'inflizione di gravi dolori o sofferenze fisiche o mentali a una o più persone, al fine di ottenere informazioni o una confessione, punire, intimidire o esercitare coercizione, o per altre ragioni originate da discriminazione, ai danni di chi è protetto da una o più Convenzioni di Ginevra del 1949, nel contesto di un conflitto armato internazionale e ad esso associata¹⁴⁶, a condizione che l'autore del reato fosse a conoscenza dello *status* protetto della vittima e del conflitto in corso. Lo Statuto qualifica, inoltre, come crimini di guerra anche i trattamenti umilianti e degradanti, commessi in un conflitto armato e in relazione ad esso¹⁴⁷. Secondo la CPI non c'è differenza tra "trattamento crudele" e "trattamento inumano", ma questi richiedono fondamentalmente la prova degli stessi elementi e funzionano come clausole residuali che ricomprendono tutte le accuse gravi non altrimenti enumerate¹⁴⁸, e il contesto culturale della vittima è preso in considerazione anche nel valutare se un atto possa essere qualificato come un oltraggio alla dignità personale¹⁴⁹. Che non vi sia alcun conflitto tra

139. J.M. Henckaerts e L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 315 e G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 743.

140. III CG art. 17, I PA art. 75.2, II PA art. 4.2. Tali atti sono vietati in qualsiasi momento e in qualsiasi luogo (I-V CG art. 3).

141. A. Annoni e F. Salerno, *op. cit.*, p. 81.

142. III CG art. 17, IV CG art. 31, I PA, art. 75.

143. A. Annoni e F. Salerno, *op. cit.*, p. 152.

144. III CG art. 13. Esempi di violazione di tali norme sono la diffusione di filmati degli accertamenti medici di Saddam Hussein e l'indottrinamento forzato cui sono stati sottoposti i prigionieri di guerra eritrei nel conflitto con l'Etiopia. Si veda A. Annoni e F. Salerno, *op. cit.*, p. 152 nota 66: EECC, 1 luglio 2033, Partial Award. Prisoner of War. Eritrea's claim 17, cit. 86.

145. III CG art. 13(3).

146. Lo Statuto di Roma della CPI, all'art. 8(2)(a)(ii)-1, regolamenta il crimine di guerra di tortura commesso in un conflitto armato internazionale, mentre l'art. 8(2)(c)(i)-4 della CPI regolamenta il crimine di guerra di tortura in un conflitto armato non internazionale, i cui elementi sono più o meno gli stessi dell'articolo 8 (2) (a) (ii) -1.

147. Statuto di Roma della CPI, art. 8(2)(c) da ii) a iii).

148. G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 116.

149. Statuto di Roma della CPI, art. 8(2)(b) punto xxi, punto 1, fn. 49.

l'articolo 3 CEDU e il DIU, è espressamente riconosciuto dalla Corte EDU nella *causa Georgia c. Russia (II)*¹⁵⁰. In tale occasione, la Corte ha affrontato la questione delle condizioni di detenzione di POW georgiani da parte delle forze russe nell'Ossezia del Sud, accertando il mancato rispetto dello speciale *status* di protezione garantito ai sensi del DIU ai prigionieri di guerra, poiché questi erano stati sottoposti a diverse forme di maltrattamento, alcune tali da integrare tortura. Di recente, anche l'Armenia ha adito la Corte EDU lamentando la violazione del DIU a danno dei POW detenuti dall'Azerbaijan, e chiedendo l'applicazione di misure provvisorie per porvi fine¹⁵¹.

Nella casistica esposta, la difficoltà nel valutare il rischio deriverebbe, in prima battuta, dal reperire informazioni affidabili sul conflitto in corso, e nonostante il conflitto in corso. Tuttavia, è importante notare come sia gli organismi di monitoraggio nazionali che internazionali, sia le organizzazioni non governative internazionali, continuano ad operare nei territori interessati da conflitti, redigendo reportistica utile a fornire elementi di prova del rischio di tortura e maltrattamenti in caso di rientro. Sono stati infatti i report prodotti da *Human Rights Watch*, *Freedom House* e *Amnesty International*¹⁵², oltre che dal Difensore dei diritti umani armeno¹⁵³ a documentare, ad esempio, torture e maltrattamenti ai danni dei POW armeni, corroborati da provvedimenti della Corte internazionale di giustizia¹⁵⁴. Del resto, le autorità nazionali già utilizzano le medesime fonti nel valutare l'esistenza di violazione dello *jus in bello* di una delle parti in conflitto, al fine di riconoscere l'obiezione alla partecipazione al conflitto. Un chiaro esempio lo fornisce il già citato decreto del Tribunale di Napoli¹⁵⁵, che riconosce il rifugio ad un disertore ucraino per il rifiuto di combattere in violazione dello *jus in bello*. La decisione è basata, tra gli altri, sul report della *United Nations Human Rights Monitoring Mission in Ukraine* (HRMMU), che accerta torture ai danni dei POW russi nella forma di percosse, scosse elettriche, privazione del sonno, perquisizione corporali invasive, spogliamento forzato e nudità, al fine di ottenere informazioni, documentando come durante l'internamento i POW siano stati accoltellati e sottoposti a scosse elettriche, e sul *World Report 2023* di *Amnesty International*, che denuncia come le autorità ucraine abbiano diffuso centinaia di foto e video di soldati russi catturati, spesso bendati e legati, riconoscibili mediante i passaporti. Ebbene, non vi è ragione di ritenere che le stesse informazioni che fondano la tutela di chi voglia sottrarsi a commettere siffatte violazioni, non possano legittimamente fondare la tutela di chi voglia sottrarsi dal subirle. Tali informazioni dovrebbero costruire, quindi, il perimetro del rischio effettivo, che la Corte EDU ritiene circoscrivibile tra l'insufficienza di una mera possibilità che torture e trattamenti

150. Corte EDU (CG), *Georgia c. Russia (II)*, n. 38263/08, del 21.01.2021, par. 235, 242-252, 267 e 272-281.

151. Corte EDU, *Armenia c. Azerbaijan*, n. 42521/20, provvedimento cautelare 29.09.2020. La Corte EDU ha concesso le misure, e le ha anche notificate al Comitato dei Ministri, non avendo il governo dell'Azerbaijan rispettato i termini fissati dalla Corte per la comunicazione delle informazioni richieste sui prigionieri di guerra.

152. Human Rights Watch (Azerbaijan: Armenian POWs Abused in Custody | Human Rights Watch ([hrw.org](https://www.hrw.org))); Freedom House (<https://freedomhouse.org/article/azerbaijan-allow-human-rights-court-investigate-reports-detainee-torture>) e Amnesty International (Armenia/Azerbaijan: Decapitation and war crimes in gruesome videos must be urgently investigated - Amnesty International) danno prova della commissione di crimini di guerra ai danni dei POW armeni.

153. Il difensore dei diritti umani armeno, meccanismo nazionale di prevenzione della tortura, ha pubblicato un *ad hoc* report sul trattamento dei prigionieri di guerra da parte degli azeri, correlati da foto, video, e identificazione dei prigionieri coinvolti. Il report riporta torture al fine di ottenere confessioni, prigionieri bendati, immobilizzati, presi a calci, trascinati, calpestati e pungolati con un'asta di metallo appuntita. Riporta anche trattamenti degradanti ai danni dei prigionieri, costretti, mentre i loro carcerieri "festeggiano" e ballano, a inginocchiarsi e ad applaudire, a baciare la bandiera azera e a ripetere lo slogan politico "Karabakh è Azerbaijan". <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=36119>.

154. La CIG ha concesso misure provvisorie presentate dall'Armenia contro l'Azerbaijan, ritenendo l'Armenia avesse presentato prove dell'omicidio e della tortura a sfondo razziale da parte dell'Azerbaijan di prigionieri di guerra armeni e di altri detenuti (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/181/181-20211207-ORD-01-00-EN.pdf>).

155. Tribunale di Napoli, decreto n. 2863/2023 del 27.02.2023.

inumani e degradanti si verifichino e la non necessità della certezza che questo accada¹⁵⁶. Il secondo aspetto riguarda l'attualità del rischio. La Corte EDU è pacifica nel ritenere che il momento rilevante per la valutazione del rischio – sebbene fatti ed informazioni storiche¹⁵⁷, comprese quelle emerse successivamente ad una decisione nazionale, vengano presi in considerazione¹⁵⁸ – è quello in cui la Corte esamina il caso¹⁵⁹. È evidente come, in un conflitto in costante evoluzione, sia però essenziale l'adozione di un approccio prospettico, come del resto già riconosciuto in altri contesti dalla giurisprudenza EDU¹⁶⁰. L'elemento più complesso da valutare riguarda, infine, la personalizzazione del rischio. La Corte di Giustizia specifica in *Elgafaji* che al fine di ottenere una protezione ai sensi dell'art. 15(b) il richiedente deve dimostrare di essere esposto in modo specifico al rischio effettivo di un danno di un tipo particolare¹⁶¹, presupponendo un alto grado di individualizzazione del rischio¹⁶², mentre la giurisprudenza nazionale di legittimità ha specificato che l'esposizione al rischio «pur dovendo rivestire un certo grado di individualizzazione, non deve avere i caratteri più rigorosi del *fumus persecutionis*»¹⁶³. Tali criteri possono essere letti alla luce della giurisprudenza EDU, che non ritiene la mera possibilità di subire maltrattamenti sufficiente, di per sé, a far sorgere una violazione dell'articolo 3 CEDU¹⁶⁴, ma impone la produzione di altri elementi di prova volti a personalizzare il rischio¹⁶⁵. L'accertamento del rischio di subire, in caso di rimpatrio, tortura o maltrattamenti, renderebbe impraticabile ai sensi dell'art. 3 CEDU il *refoulement*, anche a fronte della sussistenza di clausole di esclusione, le quali determinano, invece, l'esclusione da tutte le forme di protezione previste dalla DQ¹⁶⁶.

4. La definizione del termine “civile” art. 15(c) ai fini della valutazione di danno grave per violenza indiscriminata

L'ultima forma di protezione internazionale valutabile è quella di cui all'art. 15(c) DQ. Questo, nel riconoscere espressa tutela a chi è in fuga da un conflitto, ne restringe il campo di applicazione ad una situazione di conflitto armato “interno o internazionale”, che provochi violenza “indiscriminata”, dalla quale derivi una minaccia “grave” e “individuale” alla “vita o alla persona” di un “civile”. Tali espressioni non sono però definite nella DQ, ragion per cui sono state variamente interpretate negli Stati Membri, spesso in modo difforme¹⁶⁷. Al fine di comprendere se tale protezione debba essere valutata nell'esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un appartenente alle forze armate di una delle parti

156. Corte EDU, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, n. 13163/87, del 30.10.1991, par. 111.

157. Corte EDU, *Ahmed c. Austria*, n. 25964/94, 17.12.1996 par. 43; *Rakhimov c. Russia*, n. 50552/13, del 10.07.2014, par. 98-99.

158. Corte EDU, *NA. c. Regno Unito*, n. 25904/07, del 17.07.2008, par. 112.

159. Corte EDU, *A.L. c. Austria*, n. 7788/11, del 10.05.2012, in cui la Corte conclude «even if the threat uttered by the soldiers in summer 2008 had carried sincere weight as a sign of a real and individual risk of persecution at the time, there is no indication that this is still the case» par. 9 e 64-66.

160. Corte EDU, *Dzhakshybergenov c. Ucraina*, n. 12343/10, del 10.02.2011, par. 36 e *Sharipov c. Russia*, n. 18414/10, del 11.10.2011, par. 34.

161. Corte giust., *Elgafaji*, par. 32.

162. *Ivi.*, par. 35.

163. Corte di cassazione, sez. 6-1, n. 06503/2014, Rv. 630179-01.

164. Corte EDU, *Vilvarajahe*, par. 111; *H.L.R. c. Francia (CG)*, n. 24573/94, del 29.04.1997, par. 41; *F.H. c. Svezia*, n. 32621/06, del 20.01.2009, par. 90.

165. Corte EDU, *Khodzhayev c. Russia*, n. 52466/08, del 12.05.2010, par. 93; *Gafarov c. Russia*, par. 115-116.

166. M. Arai-Yokoi, *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. XXI, 2004, pp. 386-421.

167. European Commission, *Evaluation of the application of the recast Qualification Directive (2011/95/EU)*, p. 143.

in conflitto, è dunque necessario, a monte, comprendere quale significato attribuire al termine “civile” di cui all’art. 15(c) DQ.

Già precedentemente all’adozione della DQ, l’UNHCR era intervenuto sulla questione di come distinguere i civili dai combattenti, mettendo in discussione l’utilizzo di definizioni tratte dal diritto internazionale umanitario (DIU) nelle procedure d’asilo¹⁶⁸. Il DIU regola la condotta dei conflitti armati e si basa principalmente sulle quattro Convenzioni di Ginevra (CG) del 1949 e sui loro tre Protocolli aggiuntivi. Principio generale del DIU è il principio di distinzione tra combattenti e civili¹⁶⁹. Questa categorizzazione dicotomica è alla base della definizione “a contrario” di civile: nei conflitti armati internazionali, solo lo *status* di combattente è definito dalle norme di DIU, pertanto – ai sensi dell’art. 50(1) del Primo Protocollo Aggiuntivo (I PA) – è civile chi non rientra in tale definizione¹⁷⁰. Rispetto a situazioni di conflitto armato internazionale le CG identificano come combattenti i membri di forze armate di una parte in conflitto (anche se non attivamente impegnati nelle ostilità e anche di un governo non riconosciuto dal nemico) e i membri di altre milizie o corpi volontari comunque inquadrati nelle forze armate dello Stato (c.d. combattenti regolari)¹⁷¹. Sono combattenti anche i membri di altre milizie o corpi volontari, a condizione che abbiano un comando responsabile, un segno distintivo fisso e riconoscibile a distanza, portino apertamente le armi, e rispettino leggi e usi della guerra (c.d. combattenti irregolari, inclusi i membri di corpi di resistenza organizzati) e i partecipati ad una levata di massa¹⁷². L’art. 43 del I PA supera la tradizionale distinzione tra combattenti regolari e irregolari, definendo come «forze armate di una parte in conflitto» qualsiasi contingente, milizia, movimento di resistenza o unità organizzata sottoposta ad un comando responsabile facente capo ad una parte in conflitto e soggetta ad un sistema disciplinare interno in grado di assicurare il rispetto delle norme internazionali del DIU, chiarendo che tutti i membri delle forze armate

168. UNHCR, *Conclusion on the civilian and humanitarian character of asylum No. 94 (LIII)*, 2002, contenuto in UNGA (A/AC.96/973) e documento 12A (A/57/12/Add.1); R. da Costa, *Maintaining the Civilian and Humanitarian Character of Asylum*, UNHCR, 2010.

169. CIG, *Advisory Opinion on the legality of the threat or use of nuclear weapons*, 8.07.1996, par. 78 ss; Corte EDU, *Kononov c. Lettonia*, del 17.05.2010, n. 36376/04, par. 203. Si veda anche N. Melzer, *The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants*, in *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, a cura di A. Clapham et al., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 20; Y. Dinstein, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 13. Sullo status di *ius cogens* si veda R. Otto, *Targeted Killings and International Law with Special regard to Human Rights and International Humanitarian Law*, Berlino, Springer, 2012, p. 265.

170. Art. 50(I) PA. Sulla definizione di civile si veda, tra gli altri: E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 278-282; K. Ipsen, *Combatants and Non-Combatants*, in *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, a cura di D. Fleck, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 79-114; L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester, Manchester University Press, 2008, pp. 256-258. Sulla definizione di combattente, si veda: J.S. Pictet, *Commentary on Article 4*, in *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary. Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War*, a cura di J.S. Pictet, ICRC, 1960, pp. 44-73; A.J. Esgain e W.A. Solf, *The 1949 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War: Its Principles, Innovations, and Deficiencies*, in *North Carolina L Rev*, n. 41/1963, p. 537-596; Sandoz, Swinarski e Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, pp. 505-518; V. Chetail e A. Bellal, *The Concept of Combatant under International Humanitarian Law*, in *International Humanitarian Law – An Anthology*, a cura di L. Doswald-Beck, A.R. Chowdhury e M. Hossain Bhuiyan, New Delhi, Lexis Nexis, 2011, pp. 57-96.

171. Art. 1 Regolamento annesso (RA) alla IV Convenzione dell’Aja concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre e regolamento annesso (1907).

172. Ovvero chi, ai sensi dell’art. 2 RA, in un territorio non occupato all’avvicinarsi del nemico, prenda spontaneamente le armi per combattere le truppe d’invasione senza aver avuto il tempo di organizzarsi come forze armate regolari, purché porti apertamente le armi e rispetti le leggi e gli usi della guerra.

sono combattenti, ad eccezione del personale medico sanitario e di quello religioso¹⁷³. Chi non rientra nella definizione di combattente è dunque qualificabile come civile, incluso colui che accompagna le forze armate senza farne parte, come un membro civile di equipaggi militari o i corrispondenti di guerra (c.d. civili al seguito delle truppe)¹⁷⁴. Discussa è la questione degli «unlawful combatants» o «enemy combatants», ovvero i membri di gruppi armati e organizzati che partecipano in modo continuativo al conflitto senza soddisfare le menzionate condizioni per essere considerati legittimi combattenti, per cui non godono del trattamento riservato a questi ultimi, ma nemmeno delle garanzie riservate ai civili¹⁷⁵. Tale è stata la qualificazione dei membri di Al Qaeda catturati in Afghanistan dagli U.S.A., o degli appartenenti alle forze armate palestinesi da parte del governo israeliano. La categoria degli «unlawful combatants» non è però menzionata in alcuna convenzione di diritto bellico e l'esistenza di una categoria di soggetti che si ponga a cavallo fra quella dei civili e quella dei legittimi combattenti è stata espressamente rigettata sia dalla giurisprudenza internazionale che da quella interna¹⁷⁶. Infine, l'articolo 50(1) del I PA, sancisce il principio per cui, in caso di dubbio, si presume lo *status* di civile.

Nelle norme sui conflitti armati non internazionali il termine combattente è stato, invece, volutamente evitato¹⁷⁷, e nemmeno è contenuta una definizione di civile. Il principio di distinzione si continua però ad applicare, dal momento che l'articolo 3, comune alle quattro CG, sancisce un obbligo generale di protezione nei confronti delle persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe fuori combattimento¹⁷⁸. Si è posto dunque il problema se considerare gli insorti come membri delle forze armate dissidenti o degli altri gruppi armati organizzati contro cui le forze armate dello Stato si trovano a confrontarsi (c.d. «membership approach») o alla stregua di civili, che partecipano alle ostilità, e come tali suscettibili di attacco, ai sensi dell'art. 13 II PA, solo se direttamente impegnati in un'azione ostile e per la durata di tale azione (c.d. «specific act approach»)¹⁷⁹. Il «membership approach» sembra essere il più usato nella prassi successiva all'adozione del II PA, pur rivelandosi di non semplice applicazione pratica: i gruppi armati non statali presentano raramente un grado di organizzazione assimilabile a quello delle forze armate di uno Stato, e l'appartenenza di un singolo al gruppo è difficile da accertare in modo incontrovertibile¹⁸⁰.

Preso atto della difficoltà di definire chi fosse civile, e che l'adozione di due diverse definizioni a seconda che il conflitto fosse internazionale o meno, non appariva una soluzione funzionale nel contesto delle procedure d'asilo, l'UNHCR ha proposto una definizione operativa di combattente ai fini della loro identificazione e separazione in situazioni di sfollamento:

173. A. Annoni e F. Salerno, *La tutela internazionale della persona umana nei conflitti armati*, Bari, Cacucci Editore, 2023, p. 114. Una volta catturati non si perde lo *status*: sono combattenti anche i prigionieri di guerra, come definiti nell'art. 4 c. A nn. 1,2,3 e 6 II CG.

174. A. Annoni e F. Salerno, *op. cit.*, p. 115.

175. *Ibidem*.

176. *Ivi*, p. 116 note 26 e 27.

177. Si veda F. Kalshoven, *Protocol II, the CDDH and Colombia*, in *International Law: Theory and Practice*, a cura di K. Wellens, Leiden, M. Nijhoff Publishers, 1998, p. 601 e G. Abi-Saab, *Non-International Armed Conflicts*, in *International Dimensions of Humanitarian Law*, UNESCO, Boston, M. Nijhoff Publishers, 1988, p. 231.

178. Si veda Corte Costituzionale Colombia, No. C-225/95, 18 maggio 1995 par. 28.

179. A. Annoni e F. Salerno, *op. cit.*, p. 122.

180. *Ivi*, p. 123.

«il termine “combattente” è utilizzato anche come termine generico per riferirsi a “persone che prendono parte alle ostilità in un conflitto armato sia internazionale che non internazionale e che sono entrate in un Paese di asilo”. Questo è un vantaggio, perché permette di riferirsi ai combattenti (cioè ai “fighters”), indipendentemente dal fatto che siano coinvolti in un conflitto armato internazionale o non internazionale, una distinzione fondamentale nel diritto internazionale umanitario, ma che sarebbe troppo restrittiva per i nostri scopi [...] La definizione di “combattente” fornita di seguito contiene criteri chiari e viene proposta come definizione operativa ai fini delle operazioni di identificazione e separazione in situazioni di rifugiati. Per “combattente” si intende qualsiasi persona che sia: membro di un’organizzazione o di un’istituzione armata o militare, regolare o irregolare, o che abbia partecipato attivamente ad attività militari e alle ostilità, o che abbia intrapreso attività di reclutamento o di addestramento di personale militare, o che abbia ricoperto una posizione di comando o decisionale in un’organizzazione o in un’istituzione armata, o che indossi un’uniforme militare o che porti apertamente le armi, o che, essendosi presentato nel Paese di accoglienza come un civile, assuma o mostri l’intenzione di voler agire in tal senso. Il riferimento al “portare armi apertamente” è utilizzato nel diritto internazionale umanitario nel contesto degli scontri, in modo che un rifugiato che attraversa la frontiera e che per caso porta con sé un’arma non è da considerare un combattente solo su questa base»¹⁸¹.

La definizione operativa offerta dall’UNHCR del termine civile non trova però spazio nella stesura dell’art. 15(c), lasciando aperta la questione se, data l’identica terminologia, il DIU debba essere usato o meno come fonte interpretativa dell’art. 15(c) DQ¹⁸². Dai *travaux préparatoires* della DQ emerge che una prima bozza di proposta menzionava espressamente la Convenzione del 1949 sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra in relazione alla formulazione dell’articolo 15(c), e il Servizio giuridico del Consiglio aveva persino suggerito di aggiungere un riferimento agli allegati e ai protocolli relativi a tale Convenzione, ma che i redattori lo avevano rifiutato espressamente¹⁸³. Di conseguenza, una volta adottata la DQ, le autorità nazionali decidenti – prive di un criterio interpretativo comune – hanno usato definizioni divergenti del termine civile, con il risultato di restringere o allargare l’ambito di applicazione dell’art. 15(c) DQ. Una ricerca dell’UNHCR¹⁸⁴ riporta, per esempio,

181. R. da Costa, *op. cit.*, p. 10.

182. Si veda, tra gli altri: C. Bauloz, *The (Mis)Use of International Humanitarian Law under Article 15(c) of the EU Qualification Directive*, in *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, a cura di D. Cantor e J. F. Durieux, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, pp. 247-269; J.F. Durieux, *Of War, Flows, Laws and Flaws: A Reply to Hugo Storey*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2013, pp.161-176, E. Tsourdi, *What Protection for Persons Fleeing Indiscriminate Violence? The Impact of the European Courts on the EU Subsidiary Protection Regime*, in *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, a cura di D. Cantor e J.F. Durieux, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, pp. 270-294.

183. Council of the European Union, Proposal for a Council Directive on minimum standards for the qualification and status of third-country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection, Doc. 12620/02 ASILE 54, 23.10.2002. L’art. 15(c) della proposta recitava: «[in accordance with the 1949 Convention relative to the Protection of Civilian Persons in time of War,] serious and individual threat to a civilian's life or person by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict».

184. UNHCR, *Safe at last? Law and practice in selected EU Member States with respect to asylum-seekers fleeing indiscriminate violence*, July 2011, p. 95 ss.

che il *Conseil du contentieux des étrangers* belga¹⁸⁵, poi seguito dal suo organo d'appello¹⁸⁶, la Corte suprema amministrativa della Repubblica ceca¹⁸⁷ e l'*Asylum And Immigration Tribunal* del Regno Unito¹⁸⁸ hanno interpretato il termine civile con riferimento all'articolo 50(1) I PA. La rigidità dell'articolo, tuttavia, ha portato le autorità ad interrogarsi se l'essere parte delle forze armate fosse sufficiente ad escludere dalla protezione ex art. 15(c) DQ un richiedente che, tuttavia, non aveva mai preso parte alle ostilità. L'*Office français de protection des réfugiés et apatrides* (OFPRA), autorità francese di prima istanza, ha risposto affermativamente, ritenendo che chi è stato membro di un gruppo militare o di un'unità di combattimento, non deve essere considerato civile, anche se non ha preso parte attiva ai combattimenti, ma ha solo fornito supporto logistico¹⁸⁹. Al contrario, il *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* (BAMF), suo equivalente tedesco, ha ritenuto il termine combattente di limitata applicabilità nel contesto dell'articolo 15(c), in quanto le questioni sottoposte al suo esame non riguardavano il diritto internazionale umanitario, ma il riconoscimento della protezione internazionale¹⁹⁰. Nel Regno Unito, l'*Upper Tribunal* si è addirittura spinto oltre, affermando che l'interpretazione dell'articolo 15(c) attraverso il prisma del DIU potesse portare a un'interpretazione inappropriata dei suoi termini, dal momento che il fine dell'articolo 15(c) è esclusivamente quello di fornire protezione internazionale alle persone che fuggono da un conflitto armato¹⁹¹, tale per cui il termine civile doveva essere interpretato autonomamente, potendo ricomprendere anche i *genuine non-combatants*¹⁹², e non solo chi non ha mai indossato l'uniforme¹⁹³. A supportare tale interpretazione era stato lo stesso UNHCR, che intervenendo in uno dei giudizi, aveva sottolineato come il considerando 25 della DQ affermasse che «i criteri per la protezione sussidiaria “dovrebbero essere tratti dagli obblighi internazionali derivanti dagli strumenti e dalle prassi degli Stati membri in materia di diritti umani”, senza che questo menzioni, invece, il diritto internazionale umanitario»¹⁹⁴ per cui il far rientrare o meno un ex combattente nella definizione di civile dovrebbe essere «una questione di fatto, da analizzare nel singolo caso in cui la questione si pone»¹⁹⁵.

185. *Conseil du contentieux des étrangers del Belgio*, causa 4460/ 2007; causa 478/ 2007 e causa 1244/2007. Per un commento si veda S. Bodart, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 287-288.

186. *Council for Alien Law Litigation (CALL)*, sentenze 1244/2007 e 41975/2010, affermano che date le sue passate attività come combattente attivo, il ricorrente non può essere considerato un civile ai sensi dell'art. 50 del Protocollo del 1977.

187. Corte suprema amministrativa della Repubblica ceca, causa 28/2008, sentenza del 13.03.2009.

188. United Kingdom Asylum And Immigration Tribunal (UKAIT), *HH & Others*, sentenza 00022/2008, par. 316; UKAIT, *KH*, sentenza 00023/2008, par. 36, affermano entrambe che il termine civile, così come l'intera terminologia dell'art. 15(c), derivi dal DIU.

189. UNHCR, *Safe at last?*, p. 58.

190. UNHCR, *Safe at last?*, p. 57.

191. Court of Appeal of England and Wales (EWCA), *QD (Iraq) v Secretary of State for the Home Department*, 24.06.2009, par. 68.

192. *Supra*, par. 37; confermato in United Kingdom Upper Tribunal (UKUT), *HM and Others v. Secretary of State for the Home Department*, 20.09.2020, par. 67.

193. *Ivi*, par. 36; confermato in UKAIT, *ZQ (Serving Soldier) Iraq v. Secretary of State for the Home Department*, 2.12.2009, par. 110.

194. UKUT, *QD (Iraq) v Secretary of State for the Home Department*, 24.06.2009, Annex C5/2008/1706, Submission by UNHCR.

195. UKAIT, *GS (Afghanistan) v Secretary of State for the Home Department*, 23.07.2009, par. 26.

La Corte di Giustizia, chiamata per la prima volta nel caso *Elgafaji*¹⁹⁶ ad interpretare l'art. 15(c) DQ in merito al rapporto esistente tra l'aggettivo "indiscriminata", da attribuire alla violenza, e "individuale" da attribuire al rischio, omette un esplicito ricorso al DIU¹⁹⁷. A fornire un'importante contributo è invece, nel 2014, la nota sentenza *Diakité*¹⁹⁸, in cui la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla nozione di "conflitto armato interno" contenuta nell'art. 15 DQ, in particolare se a questa dovesse essere attribuito il significato dell'espressione "conflitto non internazionale" contenuta nelle norme DIU¹⁹⁹. L'Avvocato Generale Mengozzi, confermando le posizioni già espresse in dottrina, sostiene nelle sue conclusioni che la conformità del diritto dell'Unione con il diritto internazionale per via interpretativa possa essere imposta solo in presenza di un'uniformità ermeneutica tra i diversi atti, e che, considerate in particolare le differenze relative ad oggetto, finalità e strumenti esistenti tra il DIU, da un lato, ed il meccanismo della protezione sussidiaria istituito dalla DQ, dall'altro, tale uniformità sia evidentemente mancante²⁰⁰. Ritiene, invece, che l'assenza di qualsiasi rinvio esplicito al DIU nel testo della DQ, nonché il suo processo di adozione, forniscano elementi contrari ad una sua interpretazione rigidamente conforme al DIU²⁰¹. Sulla scorta di quanto sostenuto dall'Avvocato, la Corte statuisce, dunque, che dal momento che DIU e DQ istituiscono meccanismi di protezione chiaramente separati²⁰², la determinazione del significato e della portata dei termini della DQ debba essere stabilita sulla base del suo significato abituale nel linguaggio corrente, prendendo in considerazione il contesto d'uso e gli obiettivi perseguiti dalla normativa in cui sono richiamati²⁰³. La Corte elabora, quindi, quello definito da Nicolosi un «approccio prudente al principio dell'interpretazione conforme al diritto internazionale»²⁰⁴, già sviluppato, ad esempio, dalla Corte EDU nella sua giurisprudenza sulla Cecenia, che lo descrive come «un approccio che può rivelarsi al tempo stesso più protettivo per le vittime e più politicamente praticabile di quello del diritto umanitario»²⁰⁵.

196. Corte giust., Causa C-465/07, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji contro Staatssecretaris van Justitie*, 17.02.2009, ECLI:EU:C:2009:94.

197. V. Moreno-Lax, *Of Autonomy, Autarky, Purposiveness and Fragmentation*, in *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, a cura di D. Cantor e J. F. Durieux, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, pp. 295-341.

198. Corte giust., causa C-285/12, *Aboubacar Diakité contro Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, 30.01.2014, ECLI:EU:C:2014:39.

199. Per un commento alla sentenza, si veda C. Bauloz, *op. cit.*, pp. 247-53; A. Bufalini, *An Autonomous Notion of Non-international Armed Conflict in EU Asylum Law: Is There Any Role for International Humanitarian Law?* in *QIL*, n.12/2015, pp. 21-36. F. Zorzi Giustiniani, *Protezione sussidiaria ed esigenze di protezione in situazioni di violenza indiscriminata. La Corte di Giustizia si pronuncia sulla c.d. direttiva qualifiche*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, pp. 779-803. Sull'uso del DIU nella determinazione dell'intensità della violenza prodotta dal conflitto armato, si veda A. Guerrieri, *La valutazione dell'intensità degli scontri ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria «lettera c»*, in questa *Rivista*, n. 2.2022, pp. 29-73.

200. Corte Giust., *Diakité*, Conclusioni dell'Avvocato Generale, par. 27.

201. Corte Giust., *Diakité*, Conclusioni dell'Avvocato Generale, par. 77.

202. Corte Giust., *Diakité* par. 24.

203. Corte Giust., *Diakité*, par. 27.

204. S. Nicolosi, *Disconnecting Humanitarian Law from EU Subsidiary Protection: A Hypothesis of Defragmentation of International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2016, pp. 463-483.

205. ECHR, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, n. 57947/00, 57948/00, 57949/00, 24.02.2015. Per un commento: W. Abresh, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 741-767. Si veda anche UNHRC, *General Comment No. 31*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26.05.2004, p. 11. In dottrina si veda: V. Chetail, *Armed Conflict and Forced Migration: A Systemic Approach to International Humanitarian Law, Refugee Law, and Human Rights Law*, in *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, a cura di Clapham e Gaeta, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 700-734.

Poco dopo la decisione *Diakité*, l'odierna EUAA²⁰⁶ pubblica, nel gennaio 2015, un'analisi giuridica dell'art. 15(c) DQ, in cui afferma che «tenuto conto dell'ampiezza delle argomentazioni formulate dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Diakité* per respingere il ricorso ai criteri basati sul diritto umanitario internazionale per definire il conflitto armato, si deve presumere che una definizione di civile basata su tale diritto non sarebbe accettata»²⁰⁷. Riconosce, tuttavia, i limiti delle conclusioni della Corte in *Diakité*, ammettendo che nel caso del termine civile le definizioni che si trovano nei vocabolari, data la loro notevole variabilità, sono poco utili e in ogni caso non forniscono un significato conforme all'oggetto e alle finalità della DQ²⁰⁸. Richiamando i lavori preparatori della DQ, invita invece ad usare gli strumenti internazionali relativi ai diritti dell'uomo quali parametri di interpretazione, in base ai quali «il termine civile potrebbe avere un significato più ampio in modo tale da denotare tutti coloro che non sono combattenti o non appartengono alle forze armate o tutti coloro che sono messi fuori combattimento. Pertanto, ad esempio, a differenza della posizione che emerge dal diritto umanitario internazionale, un membro delle forze armate o di polizia che corra solo il rischio effettivo di subire danni gravi mentre è fuori servizio nella sua regione o zona di origine potrebbe essere considerato un civile»²⁰⁹. Dal momento che in *Diakité* la Corte di Giustizia ritiene che la nozione di conflitto armato "non-internazionale" ai sensi del DIU non coincida con quella di "conflitto armato interno" della norma europea, facendo rientrare in quest'ultima anche un conflitto privo del coinvolgimento dello Stato ma in cui «due o più gruppi armati si scontrano tra loro»²¹⁰, l'EUAA nella sua analisi non opera distinzione tra i tipi di conflitti armati ai fini della definizione di civile. Fa invece un generico riferimento alle domande presentate da richiedenti che appartengono a gruppi armati, ritenendo che «dalla motivazione della Corte di Giustizia nella sentenza *B e D* non sarebbe corretto cercare semplicemente di dedurre lo stato di non civile di una persona dalla sua appartenenza a un gruppo armato»²¹¹. Il caso richiamato dall'EUAA riguarda l'applicazione delle clausole di esclusione dallo *status* di rifugiato della DQ nei confronti di un richiedente appartenente al PKK, organizzazione iscritta nell'elenco – adottato dall'Unione europea nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune (PESC) – delle persone, dei gruppi e delle entità che operano con metodi terroristici²¹². In tale occasione, la Corte afferma che non sussiste una relazione diretta tra la definizione di atti terroristici contenuta in tali liste e quella della DQ «quanto agli obiettivi perseguiti»²¹³, con la conseguenza che il solo inserimento in una lista non può determinare l'esclusione della protezione. Indipendentemente dal tipo di conflitto in corso, l'EUAA invita dunque le autorità ad operare un esame completo di tutte le circostanze proprie a ciascun caso individuale, e prediligere una definizione *de facto*. Conclude l'analisi con una serie di indicatori utili ad identificare i civili, osservando, tra gli altri, che «la definizione di civile sembrerebbe essere intesa a escludere i partecipanti a una guerra e, pertanto, comprende le persone che non partecipano o non parteciperebbero direttamente alle ostilità»²¹⁴ e che

206. Al tempo EASO (*European Asylum Support Office*).

207. EASO, *Articolo 15, lettera c), della direttiva «qualifiche» (2011/95/UE). Un'analisi giuridica*. 2015, p. 21.

208. *Ivi*, p. 22.

209. *Ivi*, p. 23.

210. Corte Giust., *Diakité*, par. 28.

211. Corte Giust., cause C-57/09 e C-101/09, *Germania c. B e D*, del 9.11.2010, ECLI:EU:C:2010:661.

212. Allegato alla Posizione comune del Consiglio del 27 dicembre 2001 relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo (2001/931/PESC), GUCE n. L 344 del 28.12.2001, pp. 93-96.

213. Corte Giust., *Germania c. B e D*, par. 89.

214. EASO, *Articolo 15, lettera c)*, p. 23.

«non avere un grado militare può rendere più facile per una persona far valere uno stato civile di fatto»²¹⁵. L'orientamento dell'EUAA è, infine, confermato dalla sua ultima analisi giuridica sulla DQ del gennaio 2023, ove richiama una recente decisione francese, in cui è stata adottata una definizione *de facto* del termine civile, sulla base dell'interpretazione data dal *Rapporteure Publique* del Consiglio di Stato, che ha espressamente richiamato la tecnica interpretativa di *Diakité*²¹⁶. Quanto alla possibilità di riacquisire lo *status* di civile, la dottrina si è espressa ritenendo che ogni persona – purché smilitarizzata – abbia diritto allo *status* di civile²¹⁷. L'UNHCR si pone sulla stessa posizione, specificando che il termine civile di cui all'articolo 15(c) non dovrebbe servire a escludere chi ha preso parte attiva al conflitto, ritenendo che il fatto che un individuo sia stato un combattente in passato non lo esclude necessariamente dalla protezione internazionale se ha realmente e permanentemente rinunciato alle attività militari²¹⁸. Secondo l'UNHCR, la genuinità della rinuncia può essere evidente dai fatti o dalle circostanze in questione, ad esempio nel caso di persone che dichiarano di essere evasori di leva²¹⁹, e se accertata porterà a riacquisire lo *status* di civile²²⁰. Tale orientamento è stato anche adottato dalla giurisprudenza francese, che ha ritenuto di includere nella categoria dei civili un ex soldato afgano che aveva lasciato l'esercito²²¹.

Sia la Corte di Giustizia che l'UNHCR e l'EUAA sembrano quindi avallare una autonoma definizione del termine civile, coerentemente a quella parte della dottrina che ritiene che «termini identici, che ricorrono in contesti diversi e che perseguono obiettivi diversi, difficilmente possono essere sinonimi»²²². Una lettura del termine ai sensi del DIU appare, invero, troppo rigida ai fini dell'applicazione dell'articolo 15(c). Ciò vale soprattutto per chi è inquadrato nelle forze armate statali, dal momento che per il DIU l'inserimento in una catena di comando stabile è sufficiente a definire lo *status* di militare. È il caso del cittadino chiamato al servizio obbligatorio originato dallo scoppio di un conflitto armato, a fronte della ricezione della cartolina di precetto contenente il rango, la posizione, l'unità di assegnazione e il battaglione di combattimento. Una volta acquisito lo *status* di militare, non sarà sufficiente lasciare l'esercito per recuperare lo *status* di civile, ma la cessazione dello *status* di combattente sarà piuttosto determinata dalle disposizioni di legge nazionali sulla cessazione degli obblighi militari. Come rilevato da Bauloz, la definizione formalistica di appartenente alle forze armate data dal DIU, riduce notevolmente la flessibilità che dovrebbe caratterizzare la nozione di civile nell'articolo 15(c), e ciò diventa ancora più evidente se si considera il caso degli ex bambini-soldato²²³. Questi, protetti dall'arruolamento e dal

215. *Ivi*, p. 24.

216. EUAA, *Judicial Analysis on Qualification for International Protection (Directive 2011/95/EU)*, 2023, p. 221 che richiama Conseil d'État, Conclusions of the rapporteure publique of 11.12.2019, *BA v OFPRA*, No 424219 B.

217. M. Crock, *In the Wake of the Tampa: Conflicting visions of International Refugee Law in the Management of Refugee flows*, in *Pacific Rim Law and Policy Journal*, 2003, p. 49-95; M. Jackson, *Closing the Cap: Towards a Right Based Approach to Refugee Law*, in *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 2011, pp. 147-172; R.F. Suofade, *The Convergence of Refugee Law and International Humanitarian Law*, in *International Journal of Comparative Law and Legal Philosophy*, n. 2/2022, pp. 148-154.

218. UNHCR, *Statement on Subsidiary Protection Under the EC Qualification Directive for People Threatened by Indiscriminate Violence*, p. 14.

219. *Ivi*, p. 50.

220. *Ivi*, p. 49 nota 60.

221. CNDA, *Miakhaïl*, n. 12018368 C., del 24.01.2013.

222. V. Moreno-Lax, *op. cit.*, p. 308.

223. C. Bauloz, *op. cit.*, p. 252.

reclutamento secondo il diritto internazionale²²⁴, possono egualmente essere considerati combattenti secondo il DIU. Invero, sebbene esista una parte della dottrina che ritiene che la particolare vulnerabilità dei minori giustificherebbe l'applicazione di regole speciali nei loro confronti, comprese quelle relative alla loro distinzione, la prassi internazionale non sembra offrirvi solido riscontro²²⁵. Di conseguenza, in un conflitto armato internazionale, il minore che sia parte di una unità organizzata sottoposta ad un comando responsabile facente capo ad una parte belligerante e soggetta ad un sistema disciplinare interno in grado di assicurare il rispetto delle norme internazionali di *jus in bello* dovrebbe essere considerato a tutti gli effetti membro delle forze armate di tale Stato²²⁶. In un conflitto armato non internazionale, sarebbe invece da considerare combattente nel momento in cui svolga una *continuous combat function* all'interno di un gruppo armato organizzato²²⁷. La loro esclusione dalla categoria di civili ai sensi dell'art. 15(c) rischierebbe, nel caso della mancanza dei presupposti di rifugio, di entrare in collisione con il loro eventuale bisogno di protezione e con il principio di superiore interesse del fanciullo, come internazionalmente riconosciuto²²⁸.

La preferenza per una autonoma definizione del termine civile troverebbe, infine, avallo nell'articolato dibattito sul rapporto tra la protezione internazionale e il DIU, per cui la discussione sul DIU come *lex specialis* rispetto al diritto internazionale in materia di diritti umani ha portato a valorizzare il ruolo complementare che questi, e nella specie il diritto internazionale dei rifugiati, possono svolgere anche in contesto bellico²²⁹. DIU e diritto internazionale dei rifugiati dovrebbero dunque ad essere considerati come regimi «anche se separati e non sovrapposti... comunque complementari»²³⁰, tale per cui «nulla impedisce l'applicazione simultanea o addirittura cumulativa di entrambi i corpi normativi, tanto più che si influenzano a vicenda»²³¹. In una conversazione tra Storey, Durieux, e Juss, quest'ultimo spiega che mentre il DIU guarda alla responsabilità militare, il diritto dei rifugiati guarda alla protezione degli individui, dal momento che «il diritto internazionale umanitario si chiede se ci sia una ragione militare per attaccare e, in caso affermativo, se il potere di farlo sia stato esercitato responsabilmente. Il diritto dei rifugiati, a tutti gli effetti, considera queste questioni irrilevanti, essendo incentrato sulla necessità di fornire

224. Convenzione dei diritti del fanciullo (1989), art. 38; Protocollo I del 1977, 77(2); l'articolo 4(3) del Protocollo II del 1977. Il divieto di arruolamento e reclutamento dei bambini come norma di diritto internazionale umanitario consuetudinario: si veda Special Court of Sierra Leone, *Prosecutor v Sam Hinga Norman (Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction)* SCSL-2004.14-AR72(E) (2004). La sua violazione è un crimine di guerra ai sensi degli art. (xxvi) e 8(2)(e)(vii) dello Statuto di Roma del 1998.

225. A. Annoni e F. Salerno, *op. cit.*, p. 125.

226. A. Annoni e F. Salerno, *op. cit.*, p. 124.

227. *Ibidem*.

228. Si veda J. C. Everett, *The Battle Continues: Fighting for a More Child-Sensitive Approach to Asylum for Child Soldiers*, in *Florida Journal of International Law*, n. 21/2019, pp. 286-355; M. Drumbl, *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 102-133.

229. Si veda O. Ben-Naftali, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2011, pp. 3-10; K. Bennoune, *Toward a Human Rights Approach to Armed Conflict: Iraq 2003*, in *UC Davis Journal of International Law & Policy*, 2004, pp. 171-228; R. Brett e E. Lester, *Refugee Law and International Humanitarian Law: Parallels, Lessons and Looking ahead a Non-governmental Organization's View*, in *International Review of the Red Cross*, 2011, pp. 713-726.

230. UNHRC, General Comment No. 31, *Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 2004, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/, par. 11.

231. S. Jaquemet, *The Cross-fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2001, pp. 651-674. Si veda anche J.K. Kleffner, *Human Rights and International Humanitarian Law: General Issues*, in *The Handbook of the International Law of Military Operation*, a cura di T.D. Gill e D. Fleck, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 72-86.

protezione»²³². Secondo Arenas-Hidalgo, paradigma della complementarità dei due regimi è proprio il caso degli ex-combattenti, nel quale «il diritto internazionale umanitario e dei diritti umani internazionali si completano consolidando il diritto dei prigionieri di guerra a chiedere asilo»²³³.

In conclusione, in assenza di una definizione del termine civile all'interno della DQ, la lettura congiunta delle conclusioni della Corte di Giustizia nel caso *Diakité*, degli orientamenti interpretativi dell'UNHCR e delle *judicial analysis* dell'EUAA, portano a propendere per una definizione operativa del termine, ove per civile debba intendersi – indipendentemente dal tipo di conflitto – chi non ha preso parte attiva alle ostilità o chiunque vi abbia genuinamente e definitivamente rinunciato. Pertanto, alla luce di tale interpretazione, l'appartenenza alle forze armate non porterebbe da sola ad escludere la valutabilità della forma di protezione di cui all'art. 15(c) DQ. Che la mancanza di identità tra il concetto di civile nel DIU e nella DQ possa essere una ricchezza e non una debolezza del sistema, si ricava dalle parole di Violeta Moreno-Lax, secondo la quale l'assenza di coerenza ermetica tra il diritto d'asilo dell'UE e il diritto internazionale umanitario dovrebbe essere vista come un'opportunità di «eteronomia costruttiva» che, se gestita e affrontata in modo costruttivo «dovrebbe essere celebrato come un modo per promuovere e consolidare standard sempre più elevati»²³⁴.

5. Conclusioni

Riflettere sul diritto alla protezione in un contesto bellico significa guardare attraverso la lente caleidoscopica del diritto internazionale, in cui la questione di quale protezione accordare, e a chi, è affrontata considerando contestualmente il diritto europeo, il divieto internazionale di uso della forza, il diritto internazionale dei conflitti armati, il diritto dei rifugiati e i diritti umani internazionalmente protetti. Il grado di interrelazione di queste branche del diritto e la prospettiva che tra esse le autorità decidenti scelgono di privilegiare, può generare tutele differenti tanto all'interno di ogni singolo sistema d'asilo nazionale, tanto tra i diversi sistemi degli Stati Membri. La Direttiva Qualifiche lascia infatti ampio margine interpretativo dei termini chiave ivi contenuti, così come dell'onere probatorio necessario per ritenere integrate le condizioni per l'ottenimento delle diverse forme di protezione. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta per dirimere alcune delle questioni principali, lasciandone ancora molte aperte, di cui in questo scritto si è cercato di dare atto. Si sono, dunque, approfondite le forme di protezione riconoscibili ai sensi della DQ a chi rifiuta di prestare servizio militare in conflitto, concentrandosi sul diritto all'obiezione parziale fondata sulla violazione delle regole di base della condotta umana, e il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. È poi stato esplorato il significato da attribuire al termine civile contenuto nell'art. 15(c) DQ. Esso può essere definito dal DIU in negativo rispetto a quello di combattente, comprendendo ogni membro delle forze armate di una parte in conflitto, indipendentemente dall'effettiva partecipazione allo stesso. Diversamente, il termine civile – sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia in *Diakité*,

232. S.S. Juss, *Problematizing the protection of "war refugees": a rejoinder to Hugo Storey and Jean-François Durieux*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 1/2013, pp. 122-147.

233. N. Arenas-Hidalgo, *Combatants and Armed Elements as Refugees. The Interplay between International Humanitarian Law and International Refugee Law*, in *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, a cura di PA. Fernandez-Sanchez, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 207-225.

234. V. Moreno-Lax, *op. cit.*, p. 341.

dall'UNHCR e dall'EUAA – può essere interpretato autonomamente, sulla base di una definizione *de facto* che include, tra i suoi elementi, anche la concreta e attuale partecipazione alle ostilità.

Tra le immagini che la trattazione congiunta di questi due aspetti restituisce, vi è quella del richiedente protezione internazionale che rifiuta il servizio come un giano bifronte, con un volto di civile ed uno di disertore. È il caso di chi ha completato il servizio militare ed è stato smobilitato, ed è quindi civile perché non più formalmente inquadrato nelle forze armate, ma che per la legge dello Stato d'origine è disertore se lascia il Paese, perché ancora considerato come soggetto al servizio²³⁵. Ma è anche il caso del coscritto che fugge dopo essersi unito al suo reparto di appartenenza, ma prima di aver preso parte al conflitto. Egli è chiaramente un appartenente alle forze armate e un disertore, ma alla luce dell'autonomo significato attribuibile al termine civile nella DQ, questo non gli precluderebbe la possibilità essere considerato civile ai sensi dell'art. 15(c) DQ. Invero, al di fuori delle rigide nozioni del DIU, nulla sembrerebbe portare ad escludere che, limitatamente all'ambito di applicazione della DQ, lo *status* di appartenente alle forze armate possa coesistere con quello di civile, in capo allo stesso individuo. Di conseguenza, la domanda di protezione internazionale di un appartenente alle forze armate dovrebbe essere analizzata, in prima battuta, in relazione al profilo di disertore, e nel caso in cui non fossero integrati gli elementi di inclusione nello *status* di rifugiato o di protetto ai sensi dell'art. 15(b) DQ, potrebbe essere valutata l'inclusione del richiedente nella categoria di civile ai sensi dell'art. 15(c) DQ, in base agli autonomi elementi di qualificazione discussi. Nel caso, infatti, in cui il disertore fosse qualificato come civile *de facto*, egli potrebbe avere diritto a godere della protezione di cui all'art. 15(c) DQ. L'accordare tale forma di protezione non andrebbe, del resto, in contrasto con il diritto dello Stato d'origine a punire il reato di diserzione o evasione, dal momento che al termine del conflitto, venuti meno i presupposti della protezione di cui all'art. 15(c), il disertore rientrato in patria potrebbe legittimamente essere punito dallo Stato per essersi sottratto al suo obbligo di prestare servizio²³⁶. Non includendo il disertore nello *status* di rifugiato, si è infatti già escluso un comportamento persecutorio da parte dello Stato d'origine, da cui quindi il richiedente non deve essere protetto, e da cui può essere punito al rientro senza che ciò implichi una violazione dei suoi diritti. Del resto, se si guarda al più ampio Sistema Europeo Comune d'Asilo di cui la DQ fa parte, non vi sarebbe ragione di muovere questa obiezione, dal momento che, se attivata, la Protezione Temporanea²³⁷ non prevede alcuna distinzione tra civili e non civili, garantendo protezione a chiunque non rientri in una clausola di esclusione²³⁸, quindi anche ai disertori. Al contrario, un disertore non ritenuto un civile *de facto*, non potrebbe sottrarsi alla definizione di combattente, in quanto formalmente inquadrato nelle forze armate dello Stato. In tal caso, in assenza dei presupposti di inclusione nello *status* di rifugiato o di protetto ai sensi dell'art. 15(b) DQ, egli non avrebbe diritto a godere di alcuna forma di protezione internazionale, non essendo la sua vita protetta dal diritto internazionale. L'uccisione dei combattenti è infatti legittima, in

235. UNCHR, Linee guida n. 10, p. 2.

236. A. Grahl-Madsen, *op. cit.*, p. 219; J. Hathaway, M. Foster, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 169.

237. Dir. 2001/55/CE del 20.07.2001.

238. *Ivi*, art. 28.

base al combinato disposto degli articoli 2 e 15 CEDU, quando causata da «legittimi atti di guerra», come ribadito anche dalla Corte Internazionale di Giustizia²³⁹.

In conclusione, perché le domande presentate da chi è in fuga da un conflitto possano trovare adeguata risposta all'interno del sistema multilivello di tutela dell'Unione Europea, è necessario un esame individualizzato e concreto di ogni singolo profilo del richiedente, alla luce della legislazione del Paese d'origine, dell'evoluzione del conflitto, e della tutela dei diritti umani nel Paese. Ma soprattutto, è necessario guardare al diritto alla protezione internazionale come un diritto multiforme, in costante evoluzione, e in grado di conformarsi alle esigenze di tutela che, nel caso di conflitti armati, mutano al variare delle condizioni del conflitto stesso. Per farlo, è necessario che la Direttiva Qualifiche, gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, primo tra tutti la CEDU, e il Diritto Internazionale Umanitario, siano costantemente messi in dialogo dalle autorità decidenti, ed interpretati l'uno in relazione all'altro, alla luce del bisogno di protezione di chi arriva alle nostre frontiere, che, come ricordano le conclusioni dell'Avvocato Generale in *Diakité*, rimane il principale criterio interpretativo della Direttiva²⁴⁰.

239. CIG, *Advisory Opinion on the legality of the threat or use of nuclear weapons*, 8.07.1996; CIG, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9.07.2004.

240. Corte Giust., *Diakité*, Advocate General's Conclusions, par. 85.