

I *foreign fighters* e il “diritto” al rimpatrio: alla ricerca di un difficile equilibrio nella sentenza *H.F. e altri c. Francia*

di Laura Restuccia

Abstract: The scope and the limits of the "right" of return enshrined by art. 3, §2, of Protocol No. 4 to ECHR is analysed. The issue, brought to the attention of the Grand Chamber of the ECtHR Court in the case *H.F. and others v. France*, is intertwined with the foreign fighters' phenomenon and the counter-terrorism policies put in place in France. The complexity to achieve a balance between the protection of public security and the protection of individual rights is emphasised, particularly when dealing with vulnerable subjects such as women and minors.

Keywords: human rights; counter-terrorism strategy; right of return; foreign fighters; minors.

1. Introduzione

Con la recente sentenza *H.F. e altri c. Francia*, avente ad oggetto il rigetto della richiesta di rimpatrio di due cittadine francesi, detenute insieme ai figli minori nel campo di *Al-Hol* nel Nord-est della Siria, la Grande Camera della Corte EDU fornisce un'interpretazione nuova ed inusuale all'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 della CEDU, il quale stabilisce che nessuno può «essere privato del diritto di entrare nel territorio dello Stato di cui è cittadino». Tale disposizione è stata portata raramente all'attenzione della Corte¹. Nella pronuncia in commento, i Giudici di Strasburgo ritengono «opportun de saisir l'occasion fournie par les présentes affaires pour examiner la portée de l'article 3 §2 du Protocole no 4, y compris au regard des droits procéduraux des intéressés et/ou des obligations procédurales correspondantes de l'État dans le contexte d'un refus de rapatriement»². La disposizione, così come interpretata dai Giudici di Strasburgo, invero, è la chiave di volta per risolvere due questioni. Da una parte, essa diviene il fondamento normativo per incardinare la giurisdizione extraterritoriale dello Stato francese ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della CEDU. Ai sensi di tale disposizione, infatti, la condizione essenziale affinché uno Stato possa essere considerato responsabile degli atti o delle omissioni ad esso imputabili è la sussistenza

¹ Si tratta di una giurisprudenza datata dove si analizza la compatibilità dell'esilio dei membri delle case reali con il “diritto” al rimpatrio (si v. Corte EDU, *Vittorio-Emanuele di Savoia c. Italia*, sentenza del 24 aprile 2004, ricorso n. 53360/99).

² Corte EDU, Grande Camera, caso *H.F. e altri c. Francia*, sentenza del 14 settembre 2022, ricorsi nn. 24384/19 e 44234/20, §155.

della sua giurisdizione. Dall'altra, permette di chiarire se l'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 introduca un vero e proprio "diritto" al rimpatrio e, conseguentemente, quali obblighi ne discendano in capo allo Stato, se tali obblighi possano essere derogati di fronte a circostanze eccezionali e, in tale ipotesi, se e in che misura debbano sussistere degli istituti di garanzia e di controllo sulle decisioni assunte dallo Stato.

Si pone fin da subito in evidenza come la sentenza si caratterizzi per la vastità dei temi affrontati. La decisione, infatti, tocca ulteriori questioni che si tratteranno solo incidentalmente, tra le quali l'istituto della *déchéance de la nationalité* e la *théorie des actes de gouvernement*. Si è invece deciso di focalizzare l'attenzione sulle implicazioni derivanti dalla interpretazione fornita dalla Corte all'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 poiché esse appaiono collegate da una tematica di fondo che la Corte non affronta espressamente, ma che sembra emergere dal suo ragionamento, così come dall'analisi del contesto normativo francese. L'argomentazione dei Giudici involge, infatti, la riflessione intorno alla ricerca di un equilibrio tra la tutela della sicurezza pubblica (da individuare soprattutto quando si adottano misure volte al contrasto del terrorismo internazionale) e la tutela dei diritti dei soggetti accusati di terrorismo e dei loro familiari. Importante sottolineare come a tal fine risultino dirimenti sia la situazione eccezionale di crisi umanitaria, sia – e soprattutto – il coinvolgimento di minori.

Per meglio cogliere il ragionamento compiuto dalla Corte EDU, è bene anzitutto descrivere il contesto di fatto e di diritto al quale va ricondotto il caso concreto all'origine dei ricorsi. In questa prospettiva si delinearanno, brevemente, i passaggi della vicenda oggetto della decisione della Corte EDU. Si passerà poi ad analizzare il fenomeno dei *foreign fighters* in quanto funzionale ad una piena comprensione della politica dei rimpatri realizzata dall'UE e, più in particolare, dalla Francia. In questo contesto verranno prese in esame alcune norme di diritto francese in materia e il dibattito intorno ai rimpatri delle famiglie dei *fighters*. Infine, ci si concentrerà sulle due questioni, affrontate dalla sentenza, che si è deciso di approfondire in questa sede.

La complessa vicenda alle origini della pronuncia è la seguente: nel 2014 e nel 2015 le figlie dei ricorrenti, cittadine francesi, raggiungono la Siria insieme ai loro mariti e figli per unirsi, in base a quanto rilevato dalle autorità francesi, ai combattenti dell'ISIS³. Successivamente, saranno catturate dalle Forze Democratiche Siriane (FDS) e condotte nel campo di *Al-Hol*⁴, all'interno del quale vengono trattenute tanto persone di nazionalità

³ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §11. La figlia dei primi ricorrenti, cittadina francese, lascia la Francia il primo luglio 2014 per raggiungere il territorio controllato dall'ISIS. Il 16 dicembre del 2016 viene aperta un'inchiesta a suo carico con l'accusa di terrorismo. Il Governo non precisa né la natura del mandato emesso a suo carico, né lo stato della procedura. La figlia dei secondi ricorrenti lascia il territorio francese nel mese di luglio 2015 con il suo compagno per raggiungere *Moussol* in Iraq e un anno più tardi la Siria.

⁴ *Ivi*, §14. Come tristemente noto, fin dal 2011 la Siria è stata teatro di conflitti armati interni e internazionali. Infatti, proprio nel 2011, sull'onda delle "Primavere arabe", le proteste contro il regime di Bashar al-Assad si sono presto trasformate in una guerra civile che ha contrapposto il Governo siriano e diversi gruppi armati, tra i quali l'esercito dello Stato di Iraq e Levante (noto come ISIS), l'esercito siriano libero (FSA) e la milizia curda. All'inizio del 2014, le minoranze curde proclamano formalmente

siriana o irachena, quanto cittadini di Stati terzi insieme alle loro famiglie⁵. Dal marzo 2019 al gennaio 2021 la Francia – anche in ragione delle peculiari condizioni di vita nel campo – organizza il rimpatrio individuale (ossia «cas par cas») dei minori e delle loro famiglie⁶. Le figlie e i nipoti dei ricorrenti

l'“Amministrazione autonoma democratica del Rojava”. Per una ricostruzione, si v. V. Talbot, *Primavera araba tra elezioni e crisi*, Ispi online, 10 ottobre 2011, reperibile online: <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/primavera-araba-tra-elezioni-e-crisi-1453>; S.M. Torelli, *Siria, possibile culla dell'integralismo*, Ispi online, 17 aprile 2012, reperibile online: https://www.ispionline.it/sites/default/files/pubblicazioni/commentary_torelli_17.04.2012.pdf; E. Dacrema, *Crisis to Watch 2014 – Siria*, Ispi online, 20 Dicembre 2013, reperibile online: <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/crisis-watch-2014-siria-9597>.

Dal settembre 2014, la Siria è stata inoltre coinvolta in un conflitto armato internazionale. Infatti, dopo l'espansione territoriale dell'ISIS in Iraq e in Siria, e la fondazione del “Califfato” sotto la direzione di Abu Bakr al-Baghdadi, il Dipartimento della Difesa statunitense ha istituito la *Combined Joint Task Force - Operation Inherent Resolve*. Alla *task force* ha partecipato anche la Francia fornendo principalmente sostegno aereo. Per una ricostruzione, si v. G. Pastori, *Un patto col diavolo? L'Isis, la Siria e i molti dubbi di Barack Obama*, Ispi online, 3 settembre 2014, reperibile online: <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/un-patto-col-diavolo-lisis-la-siria-e-i-molti-dubbi-di-barack-obama-11060>. Per un approfondimento sul ruolo degli Stati Uniti nel conflitto siriano, si v. il report del Congressional Research Service, *Armed Conflict in Syria: Overview and U.S. Response*, 27 luglio 2020, reperibile online: <https://apps.dtic.mil/sti/pdfs/AD1172024.pdf>. La *task force* è stata creata per fornire un sostegno militare alle forze locali impegnate nella lotta contro l'ISIS, ossia le Forze Democratiche Siriane (FDS), comandate dalla milizia curda delle Unità di protezione popolare (YPG) e dall'Unità di protezione della donna (YPJ), che costituivano il ramo armato del Partito dell'Unione democratica. Con il progressivo ritiro dell'ISIS, nel 2018, il Partito dell'Unione democratica si è imposto come autorità politica e amministrativa nel Nord-est della Siria, prendendo il nome di “Amministrazione autonoma del Nord-est siriano” (AANES). Per un approfondimento sulle milizie curde, si v. T. Schmidinger, *Rojava: Revolution, War and the Future of Syria's Kurds*, London, 2018.

Nel marzo 2019, con il sostegno dell'esercito statunitense, le FDS sono riuscite a sradicare la presenza territoriale dell'ISIS in Siria. Proprio in questa circostanza (specificamente, durante l'offensiva condotta contro l'ISIS), le FDS hanno catturato oltre 2000 combattenti dell'ISIS, poi condotti nei campi di *Al-Hol* e *Roj* (UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic (A/HRC/51/45)*, reperibile online: <https://reliefweb.int/report/syrian-arab-republic/report-independent-international-commission-inquiry-syrian-arab-republic-ahrc5145-enarruzh>).

⁵ OCHA, *Syria: Humanitarian Response in Al-Hol camp, Situation Report No 4*, 29 maggio 2019, reperibile online: <https://reliefweb.int/report/syrian-arab-republic/syria-humanitarian-response-al-hol-camp-situation-report-no-4-29-may> e Id., *Syria | Flash Update #7, Humanitarian impact of the military operation in north-eastern Syria*, 16-18 ottobre 2019, reperibile online: <https://reliefweb.int/report/syrian-arab-republic/syria-flash-update-7-humanitarian-impact-military-operation-north>.

⁶ Dal 2018, il rimpatrio dei minori dalla Siria e dall'Iraq è oggetto di una *judiciarisation systématique* supervisionata dalla Procura, in merito alla quale si v. l'*Instruction interministérielle n. 5995/SG relative à la prise en charge des mineurs à leur retour de zone d'opérations de groupements terroristes (notamment la zone irako-syrienne)*, 23 febbraio 2018, reperibile online: <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/43128#:~:text=L'instruction%20organ>

non rientrano, però, fra le persone coinvolte in tali procedure⁷. Al fine di ottenere il rimpatrio dei loro familiari, i ricorrenti si rivolgono di conseguenza prima al Ministero degli Esteri (MEAE) e al Presidente della Repubblica; successivamente al giudice nazionale e, infine, al *Conseil d'État*⁸. Così come il Tribunale amministrativo di Parigi, il *Conseil d'État* rigetta l'istanza dei ricorrenti per difetto di giurisdizione⁹. In base a quanto ricordato nella sentenza della Corte di Strasburgo, entrambi i Giudici motivano la loro decisione sulla base della c.d. *théorie des actes de gouvernement*, in ragione della quale determinati atti, in virtù della loro natura politica, non possono essere oggetto di impugnazione dinanzi agli organi giurisdizionali.

Una volta esperiti tutti i rimedi giurisdizionali interni, i genitori delle cittadine francesi detenute in Siria presentano dinanzi alla Corte EDU due ricorsi diretti contro la Francia, successivamente riuniti¹⁰. Con la sentenza

ise%20la%20prise,et%20%C3%A0%20leur%20situation%20individuelle.

Analogamente, hanno cominciato ad effettuare i rimpatri anche altri Stati europei: Germania e Danimarca (Reliefweb, *Save the Children welcomes the repatriation of 37 Danish and German children from Syrian camps but urges none should be left behind*, 7 ottobre 2021, reperibile online: <https://reliefweb.int/report/syrian-arab-republic/save-children-welcomes-repatriation-37-danish-and-german-children-syrian>), Olanda (NOS, *Nederland haalt vijf IS-vrouwen en hun elf kinderen terug uit Syrië*, 3 febbraio 2022, reperibile online: <https://nos.nl/artikel/2415535-nederland-haalt-vijf-is-vrouwen-en-hun-elf-kinderen-terug-uit-syrie>), Belgio (I. Vrancken, *Tweede groep Belgische vrouwen en kinderen van IS-strijders gerepatrieerd naar ons land*, 21 giugno 2019, reperibile online: <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2022/06/20/tweede-groep-belgische-vrouwen-en-kinderen-van-is-strijders-gere/>), Svezia (Rights and security International, *Abandoned to Torture: Dehumanising rights violations against children and women in northeast Syria*, London, 2021, <https://www.rightsandsecurity.org/action/resources/global-repatriations-tracker>).

⁷ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §28. In base a quanto affermato dai primi ricorrenti, la figlia, originariamente insieme al suo compagno, morto per motivi sconosciuti a dicembre 2018, si trova all'interno del campo di *Al-Hol* insieme ai figli minori. Fin dal 2016, la figlia dei primi ricorrenti avrebbe manifestato la sua intenzione di rientrare in Francia. I ricorrenti, tuttavia, non ricevono più nessuna notizia di loro figlia dal mese di giugno 2020. Anche la seconda ricorrente avrebbe manifestato la volontà di ritornare in Francia mediante due messaggi vocali.

⁸ Nell'ottobre del 2018, i primi ricorrenti inviano un messaggio di posta elettronica al MEAE (*H.F. e altri c. Francia*, cit., §44). Di fronte alla mancata risposta del MEAE, i ricorrenti presentano un'istanza al Tribunale amministrativo (TA) di Parigi. In questa seconda istanza, dell'aprile 2019, i ricorrenti sostengono la necessità di rimpatriare i minori sulla base di evidenti ragioni umanitarie e delle condizioni di detenzione inumane nel campo, attestate da numerose organizzazioni internazionali. Essi affermano che lo Stato ha l'obbligo di proteggere i suoi cittadini. Tale obbligo riguarderebbe sia gli individui che si trovano sul territorio statale, sia i suoi cittadini presenti in una zona esterna al territorio nazionale, dove però è esercitato un controllo effettivo (§46). Il giudice chiamato ad adottare la decisione d'urgenza in relazione al caso di specie (ossia applicando la procedura del cd. *référé liberté*), tuttavia, rigetta la richiesta, per carenza di giurisdizione (§47).

⁹ *Ivi*, §53.

¹⁰ Il ricorso n. 24384/19 è presentato il 6 maggio 2019, mentre il ricorso n. 44234/20 è presentato il 7 ottobre 2020. I quattro ricorrenti, sostengono che il rifiuto dello Stato convenuto di rimpatriare le loro figlie e i nipoti, trattenuti nei campi del Nord-est della Siria, avrebbe, nell'ordine, esposto questi ultimi ai trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 della CEDU, violato il diritto al rimpatrio garantito dall'art. 3, §2, del

pronunciata lo scorso settembre, la Grande Camera stabilisce che la Francia, nell'adottare la decisione con la quale ha negato il rimpatrio ai parenti dei ricorrenti, non ha rispettato il diritto, in particolare dei minori, a far rientro nel Paese di cui sono cittadini. Prima di esaminare il percorso argomentativo della Corte per giungere a tale conclusione, è però opportuno ricostruire il più ampio contesto di diritto inerente le fattispecie interessate dalla pronuncia.

2. Il contesto di diritto: la qualificazione giuridica dei foreign fighters e la politica dell'UE in tema di rimpatri

Nel paragrafo precedente si è fatto riferimento al fenomeno dei *foreign fighters*, del quale si intendono chiarire, seppur brevemente, i caratteri. Non è una figura nuova¹¹: secondo Sandra Krähenmann, si tratta perlopiù di «individual[s] who [leave] [their] country of origin or habitual residence to join a non-state armed group in an armed conflict abroad and who [are] primarily motivated by ideology, religion, and/or kinship»¹². Di recente, il fenomeno è mutato in ragione della diversa dimensione che ha raggiunto e della stretta correlazione con il terrorismo internazionale di matrice religiosa¹³. Per quanto riguarda il primo aspetto, ovvero la sua dimensione,

Protocollo n. 4 della CEDU, ostacolato la concreta realizzazione del principio del rispetto della vita familiare, tutelato dall'art. 8 della CEDU (solo nel ricorso n. 44234/20), e, infine, violato gli artt. 13 e 3, §2, del Protocollo n. 4 della CEDU (inerente alla mancanza di mezzi di ricorso interni effettivi).

¹¹ Il fenomeno si era già verificato nel contesto di altri conflitti, si v. W. Nocerino, *Le norme italiane di contrasto al terrorismo repressione e prevenzione tra diritto interno ed internazionale*, in *DPCE*, n. 4/2015, 1215-1230, spec. 1215; C. Moore e P. Tumelty, *Foreign fighters and the case of Chechnya: A critical assessment*, in *Studies in Conflict & Terrorism*, n. 31/2008, 412-433; A.P. Schmid, *Foreign (terrorist) fighter estimates: Conceptual and data issues*, The Hague: International Centre for Counter-Terrorism (ICCT), n. 4/2015, reperibile online: [ICCT-Schmid-Foreign-Terrorist-Fighter-Estimates-Conceptual-and-Data-Issues-October20152.pdf](https://www.icct.nl/publications/ICCT-Schmid-Foreign-Terrorist-Fighter-Estimates-Conceptual-and-Data-Issues-October20152.pdf); D. Jung, *The search for meaning in war: Foreign fighters in a comparative perspective*, in *LAI working papers*, n. 16/2016, reperibile online: <https://www.iai.it/en/publicazioni/search-meaning-war-foreign-fighterscomparative-perspective>; M. Flores, *Fighters involvement in national and international wars: A historical survey*, in A.D. Guttry, F. Capone e C. Paulussen, *Foreign fighters under international law and beyond*, Pisa-The Hague, 2016, 27-47; A. Metodieva, *Balkan foreign fighters are coming back: What should be done?*, Strategic Policy Institute – STRATPOL, 2018, reperibile online: https://www.stratpol.sk/wp-content/uploads/2018/01/Metodieva_Returnees_Western_Balkans_Stratpol_FINA_L.pdf.

¹² S. Krähenmann, *Foreign Fighters under International Law*, in *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*, Academy Briefing, n. 7/2014, 6, reperibile online: [Foreign_Fighters_2015_WEB.pdf](https://www.geneva-academy.ch/Foreign_Fighters_2015_WEB.pdf) (geneva-academy.ch).

¹³ A. Antinori, *La metamorfosi del terrorismo jihadista tra iconoclastia e stato sociale*, in *Federalismi.it*, settembre 2015, 6, reperibile online: www.federalismi.it. S. Widagdo, K.W. Indrayanti e A.A.A.N. Saraswati, *Repatriation As a Human Rights Approach to State Options in Dealing with Returning Isis Foreign Terrorist Fighters*, in *International Review of the Red Cross*, n. 11(3)/2021, 1, reperibile online: <https://doi.org/10.1177/21582440211032679>. Si v., inoltre, A. Ali, *La risposta della comunità internazionale al fenomeno dei foreign terrorist fighters*, in *La Comunità internazionale*, n. 2/2015, 181 e V. Bilkova, *Foreign terrorist fighters and international law*,

va ricordato che, fin dai primi anni del conflitto siriano, un gran numero di cittadini europei ha deciso di recarsi in Siria per combattere¹⁴. I *foreign fighters* sarebbero arrivati in Siria in diversi momenti: non c'è però unanimità rispetto al numero e alla composizione di tali "ondate"¹⁵. Gli studiosi di diritto internazionale, ad esempio, ne distinguono almeno tre: una prima del 2011-2013, composta essenzialmente dai jihadisti maggiormente convinti; una seconda, dalla fine del 2013 all'inizio del 2014, di dimensione minore e formata da soggetti ideologicamente meno coinvolti; una terza, infine, del giugno 2014 (al momento della proclamazione del "Califfato")¹⁶. Altri lavori scientifici, invece, analizzando i gruppi di *foreign fighters* provenienti dagli Stati Uniti, giungono a individuare solo due "ondate"¹⁷. La prima, formata da soggetti mossi da un senso di solidarietà verso il popolo siriano, si sarebbe verificata durante la Guerra civile siriana¹⁸. La seconda, composta da individui con forti motivazioni religiose ed ideologiche, sarebbe invece successiva alla proclamazione del "Califfato"¹⁹. Sussistono divergenze anche in ordine alle motivazioni che hanno indotto i cittadini occidentali ad andare a combattere in Siria. Secondo alcuni, due diversi gruppi di europei sarebbero partiti per la Siria²⁰. Per il primo gruppo, descritto come «an extension of the "inner-city" gang phenomenon»²¹, il conflitto siriano e l'emergere dell'ISIS avrebbero semplicemente rappresentato un ulteriore canale per delinquere²². Il secondo gruppo, invece, non sarebbe costituito da soggetti

in *Groningen Journal of International Law: Terrorism and International Law*, n. 6(1)/2018, reperibile online: <https://doi.org/10.21827/5b51d51a22ac3>.

¹⁴ Il problema comincia ad essere evidenziato fin dal 2014, come emerge all'interno del report del Center for Security Studies, *Foreign Fighters: An Overview of Responses in Eleven Countries*, Zurich, marzo 2014, reperibile online <https://doi.org/10.3929/ethz-a-010144347>.

¹⁵ Per uno studio approfondito sui caratteri dei *foreign fighters*, si v. L. Lorne Dawson, *A comparative analysis of the data on western foreign fighters in syria and iraq: who went and why?*, The Hague: International Centre for Counter-Terrorism (ICCT), febbraio 2021, reperibile online: <https://icct.nl/app/uploads/2021/02/Dawson-Comparative-Analysis-FINAL-1.pdf>, e la bibliografia ivi citata.

¹⁶ R. Bergema e M. San, *Waves of the black banner: An exploratory study on the Dutch Jihadist foreign fighter contingent in Syria and Iraq*, in *Studies in Conflict & Terrorism*, n. 47/2019, 636-661.

¹⁷ L. Vidino e S. Hughes, *ISIS in America: From Retweets to Raqqa*, in *Program on Extremism*, George Washington University, 2015, reperibile online: <https://extremism.gwu.EDU/isis-america, 2-5>.

¹⁸ Condivide la stessa tesi P.R. Neumann, *Radicalized: New Jihadists and the Threat to the West*, London, 2016, 88-89.

¹⁹ L. Vidino e S. Hughes, *ISIS in America: From Retweets to Raqqa*, cit., 15.

²⁰ R. Coolsaet, *Facing the Fourth Foreign Fighter Wave: What Drives Europeans to Syria, and to Islamic State? Insights from the Belgian Case*, Egmont – The Royal Institute for International Relations, marzo 2016, reperibile online: <http://www.egmontinstitute.be/facing-the-fourth-foreign-fighters-wave/>, 21.

²¹ P. Cruickshank, *A view from the CT foxhole: An interview with Alain Grignard, Brussels Federal Police*, in *CTC Sentinel*, 21 agosto 2015, reperibile online: <https://ctc.westpoint.EDU/a-view-from-the-ct-foxhole-an-interview-with-alain-grignard-brussels-federal-police/>.

²² R. Coolsaet, *Facing the Fourth Foreign Fighter Wave: What Drives Europeans to Syria, and to Islamic State? Insights from the Belgian Case*, cit., 23.

inclinati alla criminalità, ma da individui vulnerabili, isolati ed esclusi, in cerca di un'appartenenza²³. Infine, per altri studiosi, i *foreign fighters* sarebbero stati ispirati anche da motivazioni religiose: «the specific motivations behind individual departures may vary, ranging from genuine, though often naïve, altruism to egotistical narcissism [...]. However, the role of religion should not be underestimated»²⁴.

Dalla difficoltà che si incontra nel definire le motivazioni dei combattenti stranieri ne discende una ulteriore, inerente la loro definizione: sono carnefici o vittime? Il loro profilo rimane oscuro²⁵, così come, del resto, è l'appellativo con il quale li si indica: *foreign fighters*²⁶. D'altronde, la Comunità internazionale ha iniziato a confrontarsi con il fenomeno quando esso si è rivelato come una minaccia per la sicurezza internazionale (ossia, con lo scoppio della guerra in Siria e l'inizio delle partenze sopra ricordate). Un esempio in tal senso è rappresentato dalle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU adottate nel 2014, in virtù del capitolo VI della Carta delle Nazioni Unite, dove si manifesta un grave timore relativamente all'«acute and growing threat posed by foreign terrorist fighters, namely individuals who travel to a State other than their States of residence or

²³ *Ivi*, 24. Secondo l'autore «the second group is more fuzzy and is composed of individuals with widely varying personal, age-related motivations» (*Ivi*, 21).

²⁴ A.P. Schmid e J. Tinnes, *Foreign (Terrorist) Fighters with IS: A European Perspective*, The Hague: International Centre for Counter-Terrorism (ICCT), n. 8/2015, 34, reperibile online: <http://icct.nl/app/uploads/2015/12/ICCT-Schmid-Foreign-Terrorist-Fighters-with-IS-A-European-Perspective-December2015.pdf>. Si v., inoltre, L. Lorne Dawson e A. Amarasingam, *Talking to Foreign Fighters: Insights into the Motivations for Hijrah to Syria and Iraq*, in *Studies in Conflict and Terrorism*, n. 3/2017, 191-210; L. Lorne Dawson, *Discounting Religion in the Explanation of Homegrown Terrorism: A Critique*, in J. R. Lewis, *Companion to Religion and Terrorism*, Cambridge, 2017, 32-45 e L. Lorne Dawson e A. Amarasingam, «I Left to be Closer to Allah»: *Learning about Foreign Fighters from Family and Friends*, ISD, London, 2018, reperibile online: https://www.isdglobal.org/wp-content/uploads/2018/05/Families_Report.pdf.

²⁵ Un tentativo di ricostruzione del fenomeno è effettuato da C. Casiello, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, in *DPCE*, n. 2/2017, 341-380 e L. Zubeda e L. Davies, *Addressing the Foreign Terrorist Fighter Phenomenon from a Human Rights Perspective*, in *International Community Law Review*, n. 18/2016, 483-493, spec. 486.

²⁶ Per quanto riguarda il termine *fighters*, in dottrina viene variamente interpretato come *activists*, *volunteers* o *insurgents* (C. Moore e P. Tumelty, *Foreign fighters and the case of Chechnya: A critical assessment*, in *Studies in Conflict & Terrorism*, n. 31/2008, 412-433 e D. Malet, *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civic Conflicts*, Oxford, 2013, 9). Per quanto riguarda il termine *foreign*, secondo la dottrina maggioritaria funge unicamente a distinguere i combattenti provenienti da altri Stati dai combattenti aventi la nazionalità dello Stato in conflitto (T. Hegghammer, *The rise of Muslim foreign fighters: Islam and the globalization of Jihad*, in *International Security*, n. 35/2010, 53-94, spec. 57-58 e C. Moore, *Foreign bodies: Transnational activism, the insurgency in the North Caucasus and "beyond"*, in *Terrorism and Political Violence*, 27/2015, 395-415, spec. 396), tuttavia una parte della dottrina sostiene che possa riferirsi alla distinzione con coloro che hanno lasciato la loro *country of origin* o *home country* (K.M. Bakke, *Help wanted? The mixed record of foreign fighters in domestic insurgencies*, in *International Security*, n. 38/2014, 150-187, spec. 150; V. Bílková, *Foreign terrorist fighters and international law*, in *Groningen Journal of International Law*, n. 6/2018, 1-23, spec. 5; D. Byman, *Road Warriors: Foreign Fighters in the Armies of Jihad*, New York, 2019, 7).

nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training; including in connection with armed conflict [...]»²⁷.

Analogamente, l'UE analizza in chiave problematica queste figure soltanto a partire dal Consiglio GAI del 9-10 ottobre del 2014, e nella specifica cornice della lotta al terrorismo²⁸. In particolare, dopo gli attentati di Parigi del 13 e del 14 novembre 2015, la strategia europea della lotta al terrorismo si è mossa lungo due direttrici che rispecchiano quella che è stata definita come la «multidimensional nature of the foreign fighters phenomenon»²⁹: la prevenzione della radicalizzazione e il rafforzamento del sistema di repressione degli atti terroristici³⁰. In questa luce va anche compreso il tentativo di armonizzare legislazioni nazionali attraverso la Direttiva n. 541 del 2017³¹. Il secondo *Considerando* della Direttiva denuncia

²⁷ United Nations Security Council Resolutions (UNSCRs) 2178, 2, reperibile online: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/547/98/PDF/N1454798.pdf?OpenElement>. Si v., inoltre, la precedente Risoluzione n. 2170, reperibile online: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/508/50/PDF/N1450850.pdf?OpenElement>.

²⁸ Qualche mese dopo, il 15 gennaio 2015, il Consiglio si riunisce per un incontro del Gruppo "Terrorismo" (aspetti internazionali) e pubblica le linee generali della strategia antiterrorismo per la Siria e l'Iraq, con particolare riguardo ai combattenti stranieri, reperibili online: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5369-2015-INIT/it/pdf>.

²⁹ La conseguente confusione tra vittime e terroristi è rilevata da H. Cuyckens, *Foreign Fighters and the Tension between Counterterrorism and International Humanitarian Law: A Case for Cumulative Prosecution Where Possible*, in *International Review of the Red Cross*, n. 103(916-917)/2021, 581-603, spec. 583, reperibile online: <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/reviews-pdf/2022-02/foreign-fighters-and-the-tension-between-counterterrorism-and-ihl-916.pdf>.

³⁰ Il 21 novembre del 2016, il Consiglio europeo ha adottato le Conclusioni sulla prevenzione della radicalizzazione violenta (CE, *Prevenzione della radicalizzazione che porta all'estremismo violento - Conclusioni del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio*, n. 14276/16, reperibile online: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14276-2016-INIT/en/pdf>); il 9 dicembre 2016, ha discusso della questione dei combattenti stranieri di ritorno nel Paese d'origine; il 9 giugno 2017, ha aggiornato gli orientamenti volti a combattere la radicalizzazione e il reclutamento dei terroristi; il 16 maggio 2019, ha adottato le Conclusioni sulla prevenzione e la lotta alla radicalizzazione nelle carceri e sulla gestione degli autori di reati di terrorismo ed estremismo violento dopo la scarcerazione (CE, *Progetto di conclusioni del Consiglio sulla prevenzione e la lotta alla radicalizzazione nelle carceri e sulla gestione degli autori di reati di terrorismo ed estremismo violento dopo la scarcerazione - Adozione*, n. 9366/19, reperibile online: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9366-2019-INIT/it/pdf>); il 9 dicembre 2020, la Commissione europea adotta la Comunicazione, *Un programma di lotta al terrorismo dell'UE: prevedere, prevenire, proteggere e reagire*, COM(2020) 795 final, reperibile online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0795&from=EN>.

³¹ Per quanto riguarda la lotta al terrorismo, nel 2002 è stata adottata la decisione quadro 2002/475/GAI, con l'obiettivo di armonizzare la definizione dei reati di terrorismo a livello dell'UE. Il testo è stato modificato una volta nel 2008. Nell'aprile 2015, l'Agenda europea sulla sicurezza ha previsto un ulteriore aggiornamento della decisione (COM(2015) 185 final, reperibile online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0185&from=en>).

il ruolo cruciale dei *foreign fighters* nella rapida evoluzione della minaccia terroristica sottolineando come «i combattenti terroristi stranieri che rientrano in patria rappresentano una minaccia accresciuta per la sicurezza di tutti gli Stati membri»³². La Direttiva ha un significato preciso: con tutte le conseguenze immaginabili sul piano giuridico, il *foreign fighter* viene qualificato quale terrorista. La lotta al terrorismo nell'UE si esprime, dunque, secondo due assi, rispettivamente ancorate alla prevenzione e alla repressione del fenomeno³³. Pare importante soffermarsi ora su quest'ultimo aspetto, decisivo per poi ragionare della questione dei rimpatri dei *foreign fighters* nell'ordinamento giuridico francese.

A partire dall'annuncio della sconfitta dell'ISIS da parte degli Stati Uniti, nel 2019, il problema del ritorno dei *foreign fighters* verso i loro Stati di origine è divenuto una delle questioni principali alle quali l'UE e i singoli Stati che ne fanno parte sono stati chiamati a dare una risposta³⁴. Intorno alle politiche da adottare nei confronti dei *fighters* e dei loro familiari si è sviluppato un ampio dibattito, che non ha tardato a sollecitare la riflessione della dottrina internazionalista e pubblicistica in materia di tutela dei diritti³⁵. Si è affermato, per esempio, che proprio «nel caso dei *foreign terrorist fighters* sussistono sia il rischio per la sicurezza collettiva sia la potenziale

³² Considerando 2, Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, *sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio*.

³³ M.E. Gennusa, *Tutto in una definizione? La nuova direttiva antiterrorismo dell'Unione europea e i confini del terrorismo*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2017, 651-655, spec. 652, nel commentare la Direttiva rileva l'aspetto problematico dall'assenza di una preventiva valutazione d'impatto sui diritti fondamentali.

³⁴ S. Widagdo, K.W. Indrayanti e A.A.A.N. Saraswati, *Repatriation As a Human Rights Approach to State Options in Dealing with Returning Isis Foreign Terrorist Fighters*, cit., spec. 2; M. Lopes e S. Dukin, *Repatriation of foreign terrorist fighters: Cases for the west*, in *European Eye on Radicalization*, 19 luglio 2019, reperibile online: <https://eeradicalization.com/repatriation-of-foreign-terrorist-fighters-cases-for-the-west/>; C. Vinopal, *Should thousands of ISIS fighters and their families be allowed to return home?*, in *PBS*, 5 aprile 2019, reperibile online: <https://www.pbs.org/newshour/world/should-thousands-of-isis-fighters-and-their-families-be-allowed-to-return-home>; F. Marone e M. Olimpio, *Il problema dei foreign fighters catturati in Siria*, Ispi online, 18 febbraio 2019, reperibile online: <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/il-problema-dei-foreign-fighters-catturati-siria-22299>.

³⁵ Così come le partenze, anche i ritorni sono avvenuti in “ondate”. In base a studi sociologici e giuridici condotti dal Parlamento europeo, nonostante la difficoltà a individuare il numero esatto, la maggioranza dei rimpatriati sono tornati in Europa in due *waves* o *generations*: una nel 2013-2014, prima della dichiarazione del “Califfato” da parte dell'ISIS, e una nei primi mesi del 2015. I ritorni sono poi continuati nel corso degli anni successivi, ma in numero ridotto. Il problema è analizzato in A. Scherrer (a cura di), *The Return of Foreign Fighters to EU Soil: Ex-Post Evaluation*, European Parliament Research Service, 2018, 31, reperibile online: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS_STU\(2018\)621811_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS_STU(2018)621811_EN.pdf). Si v., inoltre, H. Duffy, *Foreign terrorist fighters: A human rights approach?*, in *Security and Human Rights*, n. 29/2018, 120-172, reperibile online: “Foreign Terrorist Fighters”: A Human Rights Approach? in: *Security and Human Rights Volume 29 Issue 1-4 (2019)* (brill.com).

lesione del diritto alla sicurezza dei singoli»³⁶. L'UE ha considerato il ritorno dei combattenti stranieri e delle loro famiglie nel Continente come una minaccia per la sicurezza³⁷ e, di conseguenza, ha adottato misure o ha sollecitato interventi nazionali volti a garantire la tutela dei cittadini europei attraverso un rafforzamento dei controlli alle frontiere³⁸ e un inasprimento delle sanzioni penali³⁹.

Per quanto riguarda le misure intraprese dai singoli Stati europei, va sottolineato come questi ultimi siano stati per lungo tempo restii a garantire i rimpatri. In materia, molto è stato scritto: in particolare interessa qui ricordare le soluzioni giuridiche (spesso discutibili e diametralmente opposte) offerte dalla dottrina di diritto internazionale⁴⁰. Ad esempio, è stato suggerito di rinunciare a individuare qualsivoglia disciplina giuridica, a qualsiasi livello (nazionale o altro), costringendo per questa via i *foreign fighters* (e le loro famiglie) ad affrontare le conseguenze delle loro scelte in ragione della sola responsabilità individuale; oppure, tutto al contrario, si è ventilata la possibilità di farli giudicare da un tribunale internazionale, in base al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite⁴¹. Si è poi riflettuto

³⁶ C. Casiello, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, cit., spec. 350.

³⁷ C. Rigotti e J. Barboza, *Unfolding the case of returnees: How the European Union and its member States are addressing the return of foreign fighters and their families*, in *International Review of the Red Cross*, n. 103(916-917)/2021, 681-703, spec. 686, reperibile online: <https://international-review.icrc.org/articles/unfolding-the-case-of-returnees-eu-and-member-states-return-of-foreign-fighters-916>.

³⁸ Il rafforzamento dei controlli alle frontiere è stato perseguito con la Direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, *sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi* e il Regolamento (UE) 2017/458 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, *che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda il rafforzamento delle verifiche nelle banche dati pertinenti alle frontiere esterne*.

³⁹ L'inasprimento delle sanzioni penali è stato perseguito, a titolo di esempio, con l'art. 13 della Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, *sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio*, la quale fornisce una definizione di atto terroristico e ne sanziona gli atti preliminari e preparatori.

⁴⁰ T. Mehra e C. Paulussen *The Repatriation of Foreign Fighters and Their Families: Options, Obligations, Morality and Long-Term Thinking*, The Hague: International Centre for Counter-Terrorism (ICCT), 6 marzo 2019, reperibile online: <https://icct.nl/publication/the-repatriation-of-foreign-fighters-and-their-families-options-obligations-morality-and-long-term-thinking/>.

⁴¹ Le diverse opzioni di giudizio, internazionale o domestico, e le relative problematiche sono analizzate criticamente in H. Cuyckens, *Foreign Fighters and the Tension between Counterterrorism and International Humanitarian Law: A Case for Cumulative Prosecution Where Possible*, cit., spec. 593-602. L'ipotesi dell'istituzione di un tribunale internazionale è accolta favorevolmente da molti Stati, si v. T. Mehra, *Bringing (Foreign) Terrorist Fighters to Justice in a Post-ISIS Landscape. Part I: Prosecution by Iraqi and Syrian Courts*, in *ICCT Perspectives*, 22 dicembre 2017, reperibile online: <https://icct.nl/publication/bringing-foreign-terrorist-fighters-to-justice-in-a-post-isis-landscape-part-i-prosecution-by-iraqi-and-syrian-courts/>; A. Dworkin, *A Tribunal for ISIS Fighters?*, in *ECFR Commentary*, 31 maggio 2019, reperibile online: https://ecfr.eu/article/commentary_a_tribunal_for_isis_fighters/ e R. Lu Philips, *A*

intorno al ruolo che lo Stato deve giocare nelle scelte inerenti ad un eventuale “diritto” al rimpatrio; anche in questo caso, le risposte al problema sono state le più diverse, con l’emergere di ipotesi che andavano dall’impedire o comunque non garantire l’esercizio di un simile diritto, all’assicurarlo allo specifico scopo di far giudicare i *foreign fighters* dai tribunali domestici⁴². Per comprendere il caso in esame si ritiene opportuno analizzare nello specifico le scelte effettuate in Francia e il loro rapporto con il “diritto” al rimpatrio, oggetto quest’ultimo di approfondita analisi da parte dei giudici di Strasburgo nella sentenza *H.F. e altri c. Francia*.

2.1 La counter-terrorism strategy in Francia: dal delitto di associazione terroristica alla *déchéance de la nationalité*

Come noto, in Francia la questione dei rimpatri dei *foreign fighters* è particolarmente sentita a causa degli attentati realizzati sul territorio nazionale⁴³. Successivamente agli attacchi terroristici del 2015, è stato dichiarato lo stato di emergenza⁴⁴: si tratta del più lungo della storia francese, prorogato per ben sei volte e non più rinnovato soltanto a partire dal 30 ottobre 2017 con la legge n. 1510 del 2017 «Renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme» (SILT)⁴⁵. Durante lo stato di emergenza, la legislazione antiterrorismo ha assunto tratti del tutto particolari, tali da farla definire addirittura come un peculiare «diritto penale

Tribunal for ISIS Fighters – A National Security and Human Rights Emergency, in *Just Security*, 30 marzo 2021, reperibile online: <https://www.justsecurity.org/75544/a-tribunal-for-isis-fighters-a-national-security-and-human-rights-emergency/>.

⁴² Ognuna di queste opzioni presenta sia difficoltà tecniche, sia problematiche legate al rispetto ai diritti umani per il cui approfondimento si rimanda al lavoro citato nella nota 40.

⁴³ Si v., *ex multis*, S. Gaboriau, *La Repubblica francese sconvolta*, in *Questione Giustizia*, n.s./2017, pp. 305-327; M.E. Venditti, *Le clausole derogatorie dei diritti umani: l’art. 15 CEDU alla luce dell’invocazione dello stato di emergenza in Francia e in Turchia*, in *DPCE*, n. 2/2017, 483-522; L. Vidino, *Foreign Fighters: l’Europa ancora in-difesa*, Ispi online, 22 dicembre 2015, reperibile online: <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/foreign-fighters-leuropa-ancora-difesa-143733>. In base a fonti ufficiali, nel 2019, 1.300 cittadini francesi sono partiti per la Siria e l’Iraq, di questi 271 sono tornati in Francia e 314 deceduti all’estero (CAT, *Les militaires français et le djihad*, 2019, reperibile online: <http://cat-int.org/wp-content/uploads/2019/12/CAT-Militaires-Djihad.pdf>).

⁴⁴ In merito alle misure si v., *ex multis*, M.F. De Tullio, *Il mito dell’emergenza e le garanzie costituzionali. Insegnamenti dall’esperienza francese*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 278-303; M.E. Venditti, *Le clausole derogatorie dei diritti umani: l’art. 15 CEDU alla luce dell’invocazione dello stato di emergenza in Francia e in Turchia*, in *DPCE*, n. 2/2017, 483-522 e M. Cavino, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia. (Osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *ConsultaOnline*, n. 3/2015, 821-834.

⁴⁵ Lo Stato di emergenza è stato proclamato per tre mesi con la legge n. 1501/2015 del 26 novembre 2015 *prorogant l’application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence et renforçant l’efficacité de ses dispositions*; prorogato successivamente di tre mesi a partire dal 26 febbraio 2016, di due mesi a partire dal 26 maggio 2016 e di sei mesi a partire dal 26 luglio 2016. In precedenza, lo stato di emergenza era stato dichiarato in Francia tre volte: nel contesto della guerra di Algeria, nel 1985 nella Nuova Caledonia e nel 2005, per cinque settimane, per le rivolte delle *banlieues*.

del nemico»⁴⁶, caratterizzato dall'essere fondato su una commistione fra previsioni di diritto penale e amministrativo⁴⁷. In particolare, il *Code Pénal* oggi vigente è stato oggetto di una «frenesia legislativa»⁴⁸ volta a introdurre fattispecie penalmente rilevanti rispondenti alle peculiarità delle forme attuali del terrorismo internazionale⁴⁹. La pietra angolare del sistema rimane l'art. 421-2-1, il quale punisce «l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste» (AMT)⁵⁰. Ai fini dell'integrazione del reato, non è richiesto che l'individuo contribuisca materialmente alla commissione e all'esecuzione dell'atto terroristico, bensì la mera «partecipazione» all'associazione⁵¹. La dottrina ha osservato con particolare severità questo

⁴⁶ Il termine è usato per la prima volta da G. Jakobs, *Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi*, in *Rev. sc. crim.*, n. 1/2009, dossier *Droit pénal de l'ennemi - Droit pénal de l'inhumain*, 7-18. Successivamente è stato adottato e rielaborato da numerosa dottrina penalistica, si ricorda, *ex multis*, O. Cahn, «*Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre*». *Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi*, in *Archives de politique criminelle*, n. 1(38)/2016, 89-121, reperibile online: «*Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre*». *Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi* [∗] | Cairn.info. In particolare, si rinvia alla nota 5 dell'articolo per un riassunto dell'arsenale legislativo in materia di lotta al terrorismo, fino alla legge del 2016.

⁴⁷ Questa commistione tra diritto penale e amministrativo è rilevata da O. Cahn, «*Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre*». *Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi*, cit., spec. 109-115; J. Alix e O. Cahn, *Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n. 4/2017, 845-868, reperibile online: <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2017-4-page-845.htm>. Si v., inoltre, J. Alix, *La lutte contre le terrorisme entre prévention pénale et prévention administrative*, in M. Touillier (sous la direction), *Actes du colloque: Le Code de la sécurité intérieure, trois ans après: artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre?*, Paris, 2017.

⁴⁸ Il termine, tradotto, è usato da F. Rousseau, *Anticipation criminelle et terrorisme. Des actes de terreur aux politiques de Terreur. Usages et sanctions du terrorisme*, gennaio 2020, La Roche-sur-Yon, reperibile online: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03605062>.

⁴⁹ Si v. quanto rilevato da B. De Lamy, *France*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n. 2/2017, 385-394, spec. 385, reperibile online: <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2016-2-page-393.htm>: «Le législateur mène en effet une politique pénale consistant, non seulement, à incriminer le terrorisme dans ses manifestations violentes, mais également à en isoler les auteurs en punissant les soutiens qui leur sont apportés 1 et en saisissant les manifestations anticipées de cette forme de criminalité».

⁵⁰ Lo ritiene S. Weill, *French foreign fighters: The engagement of administrative and criminal justice in France*, in *International Review of the Red Cross*, n. 100(907-909), 211-236, spec. 221. Così anche L. Blisson, *Risques et périls de l'association de malfaiteurs terroriste*, in *Délibérée*, n. 2/2017, 16-20, spec. 16, reperibile online: <https://www-cairn-info.unimib.idm.oclc.org/revue-deliberee-2017-2-page-16.htm>, il quale rileva la «montée en puissance de l'association de malfaiteurs, depuis le recours à l'infraction de droit commun, sa consécration en infraction autonome terroriste par la loi du 22 juillet 1996, la création par la loi du 9 mars 2004 du crime de direction ou organisation d'une AMT, puis par la loi du 23 janvier 2006 d'une version criminelle de la participation à l'AMT, l'invention d'une version individuelle par la loi du 13 novembre 2014, jusqu'à l'aggravation de la répression par la loi du 21 juillet 2016».

⁵¹ L'art. 421-2-1 dispone: «Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation,

approccio: essa sottolinea il rischio che una definizione così fluida possa essere declinata dalla giurisprudenza in modo da introdurre un inasprimento della politica penale⁵². La fattispecie penalmente rilevante finisce così per configurarsi come il frutto di «une intention putative résultant d'une interprétation hasardeuse»⁵³. L'approccio criticato risulta poi ancor più grave se si considera che specifiche norme di diritto amministrativo, in grado di limitare le libertà individuali e di ampliare la competenza del giudice amministrativo *a posteriori*, hanno contribuito a rafforzarlo, facendo venir meno la possibilità di dare applicazione alle garanzie che solo il procedimento penale può assicurare⁵⁴.

Fra i diversi esempi che si potrebbero indicare, si sceglie qui di ricordare solo quello che maggiormente attiene alla sentenza in commento: l'art. L. 225-1 del *Code de la sécurité intérieure* (CSI), introdotto dalla legge n. 731 del 2016, «Renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale». La norma disciplina la possibilità di sottoporre a forme di controllo amministrativo quei soggetti che abbiano lasciato il territorio nazionale con lo scopo di unirsi a gruppi terroristici stranieri, il cui ritorno potrebbe rappresentare una minaccia alla sicurezza pubblica⁵⁵. Le decisioni assunte dal Ministro degli Interni in base a questa disposizione devono essere motivate e possono essere oggetto di ricorso innanzi al giudice amministrativo. Inoltre, la norma stabilisce che sottrarsi agli obblighi contemplati dalle decisioni ministeriali configura un delitto punibile fino a tre anni di reclusione e 45.000 euro di ammenda. La severità del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione va ricollegata all'esigenza di prevenire ulteriori attacchi terroristici dopo quelli di cui le città francesi sono state teatro; tuttavia, essa si pone in contrasto con il “diritto” al rimpatrio: proprio questo diritto, sebbene non espressamente previsto nel testo costituzionale, è stato indicato dalla giurisprudenza francese, costituzionale e amministrativa, come una libertà costituzionalmente garantita⁵⁶.

caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents».

⁵² L. Blisson, *Risques et périls de l'association de malfaiteurs terroriste*, cit., spec. 17-18.

⁵³ P. Poncela, *Les naufragés du droit pénal*, in *APC*, n. 1(38)/2016, 7-26, spec. 21.

⁵⁴ Come stabilito dall'art. 66 della Costituzione del 4 ottobre 1958: «Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi». Si v. quanto rilevato da S. Weill, *French foreign fighters: The engagement of administrative and criminal justice in France*, cit., spec. 213.

⁵⁵ L'art. L. 225-1 dispone: «Toute personne qui a quitté le territoire national et dont il existe des raisons sérieuses de penser que ce déplacement a pour but de rejoindre un théâtre d'opérations de groupements terroristes dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français peut faire l'objet d'un contrôle administratif dès son retour sur le territoire national».

⁵⁶ Si v., *ex multis*, *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2003-467 DC del 13 marzo 2003. Parimenti, il *Conseil d'État*, in relazione alle limitazioni di spostamento legate alla pandemia da Covid-19, ha affermato che si tratta di un diritto fondamentale che non può essere limitato se non in caso «de nécessité impérieuse pour la sauvegarde de l'ordre public, notamment pour prévenir, de façon temporaire, un péril grave et imminent »

A questa considerazione è necessario aggiungerne una seconda, non meno importante, relativa all'istituto della *déchéance de la nationalité*, ossia della perdita della cittadinanza⁵⁷. L'art. 25 del *Code civil* stabilisce che l'«individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'État, être déchu de la nationalité française» in diversi casi, tra i quali figura la condanna «pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme»⁵⁸. La decisione pronunciata in merito alla *déchéance de la nationalité*, quindi, deve necessariamente essere preceduta da una sentenza definitiva emessa in sede penale. Oggi l'istituto della *déchéance* è utilizzato proprio allo scopo di contrastare gli atti di terrorismo⁵⁹: esso, infatti, è stato applicato nei confronti di individui condannati per il delitto di AMT⁶⁰. Intorno all'istituto

(*Conseil d'État*, ordinanza n. 449743 del 12 marzo 2021; ordinanza n. 442581 del 18 agosto 2020 e ordinanza n. 45927 del 28 gennaio 2020).

⁵⁷ Questa misura nasce con il decreto del 27 aprile 1848 con il quale si proclama l'abolizione della schiavitù; la *déchéance* colpisce tutti i francesi che rifiutano di rispettare il divieto di possedere, vendere o comprare degli schiavi (in merito al decreto, si v. G. Légier, *Histoire du droit de la nationalité. Des origines à la veille de la réforme de 1889*, vol. II, Aix-en-Provence, 2014, 691-702). Le legislazioni relative alla perdita della cittadinanza si sistematizzano in Europa in seguito al primo conflitto mondiale (P. Weil, *Qu'est-ce qu'un Français? Histoire de la nationalité depuis la Révolution*, Paris, 2005, 392-400; M. Gibney, *A Very Transcendental Power: Denaturalisation and the Liberalisation of Citizenship in the United Kingdom*, in *Political Studies*, n. 61/2013, 637-655 e G. Légier, *La législation relative à la nationalité française durant la Première guerre mondiale*, in *Rev. crit. DIP*, n. 4/2014, 751-795).

⁵⁸ La regola non può essere applicata nel caso in cui abbia come conseguenza di rendere apolide un individuo (modifica apportata dalla legge n. 170/1998 *relative à la nationalité* (art. 23). Inoltre, l'art. 25-1 dispone: «La *déchéance* n'est encourue que si les faits reprochés à l'intéressé et visés à l'article 25 se sont produits antérieurement à l'acquisition de la nationalité française ou dans le délai de dix ans à compter de la date de cette acquisition. Elle ne peut être prononcée que dans le délai de dix ans à compter de la perpétration desdits faits. Si les faits reprochés à l'intéressé sont visés au 1° de l'article 25, les délais mentionnés aux deux alinéas précédents sont portés à quinze ans».

⁵⁹ J. Lepoutre, *Le bannissement des nationaux. Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme*, in *Revue critique de droit international privé*, n. 1/2018, 107-118, spec. 111, reperibile online: <https://www-cairn-info.unimib.idm.oclc.org/revue-critique-de-droit-international-prive-2016-1-page-107.htm>. L'uso di questa misura in via repressiva era rilevato già da F. Sureau, *La déchéance de la nationalité: deux catégories de Français?*, in *Études*, n. 4/2011, 475-486, spec. 483, reperibile online: <https://www-cairn-info.unimib.idm.oclc.org/revue-etudes-2011-4-page-475.htm>.

⁶⁰ La politica della *déchéance de nationalité* per atti di terrorismo ha debuttato nel 2002, da allora sono state pronunciate quattordici *déchéances*. Si v., ad esempio, *Conseil d'État*, decisioni nn. 251299 del 18 giugno 2003, 301145 e 301967 del 26 settembre 2007, 383664 del 31 ottobre 2014, 383664 dell'11 maggio 2015 e da ultima 455395 del 22 giugno 2022. Questa tendenza coinvolge anche altri Stati come il Belgio, si v. C. Macq, *Contours et enjeux de la déchéance de la nationalité*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n. 30-31/2021, 5-122, reperibile online: <https://www-cairn-info.unimib.idm.oclc.org/revue-courrier-hebdomadaire-du-crisp-2021-30-page-5.htm>. In Italia, l'ipotesi di revoca della cittadinanza nel caso di condanna in via definitiva per reati di terrorismo unicamente per gli stranieri naturalizzati è stata introdotta dal c.d. decreto sicurezza n. 113/2018, convertito con modifiche dalla legge n. 132 del 2018, il

è sorto un ampio dibattito⁶¹, superato da una pronuncia del *Conseil constitutionnel* relativa all'art. 25⁶². In particolare, il *Conseil*, riprendendo una precedente decisione del 16 luglio 1996, è giunto a stabilire che il legislatore può ricorrere all'istituto della *déchéance* nei confronti dei cittadini naturalizzati «*compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme*»⁶³. Fermo restando il limite delineato dalla pronuncia del *Conseil*

quale ha introdotto l'art. 10-bis nella legge sulla cittadinanza italiana (l. n. 91/1992). Per un commento si v. F. Raimondo, *Il privilegio della cittadinanza: la revoca come strumento di contrasto al terrorismo. La riforma italiana nel contesto europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 416-419.

⁶¹ Tale dibattito si è riaperto nel 2015 successivamente all'avanzamento del *Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, presentato il 16 novembre 2015, due giorni dopo gli attentati di Parigi. Il progetto aveva ad oggetto due articoli relativi l'uno allo stato d'emergenza, l'altro alla *déchéance de nationalité*. In particolare, questo secondo articolo mirava ad introdurre in Costituzione una disposizione che permettesse di estendere l'applicazione dell'istituto anche a coloro che fossero di nazionalità francese per nascita. Nell'esposizione dei motivi del progetto di legge costituzionale del 23 dicembre 2015, il Governo aveva affermato che «*[l']élargissement des cas de déchéance de nationalité française contribuera[it] en outre à renforcer la protection de la société française, en permettant notamment de procéder à l'éloignement durable du territoire de la République, par la voie de l'expulsion, des personnes dont le caractère dangereux est avéré par la condamnation définitive dont elles ont fait l'objet et à interdire leur retour sur le territoire*». La proposta di riforma, tuttavia, è fallita proprio per le divergenze intorno all'allargamento dell'istituto. Per una più ampia disamina della discussione, si v. il *Dossier législatif sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la nation*, reperibile online: https://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/protection_nation.asp. Inoltre, per quanto riguarda il dibattito dottrinario, si v., *ex multis*, D. Bacis, *État d'urgence e déchéance de nationalité la lotta al terrorismo entra in costituzione*, in *DPCE online*, n. 2/2016, 441-450; V. Geisser, *Déchoir de la nationalité des djihadistes "100 % made in france": qui cherche-t-on à punir?*, in *Migrations Société*, n. 6(162)2015, 3-14; J.-L. Rongé, *Déchéance: à propos du projet de révision constitutionnelle concernant les binationaux condamnés pour terrorisme - Du sentiment renforcé d'être différent*, in *Journal du droit des jeunes*, n. 10(350)/2015, 9-17.

⁶² Così è stato affermato dal *Conseil constitutionnel* nella sua decisione n. 2014-439 QPC del 23 gennaio 2015. Per un commento della sentenza, si v. N. Catelan, *Conformité de la déchéance de nationalité applicable aux terroristes*, in *RFDC*, n. 103/2015, 715-720; P. Lagarde, *Note sous décision n° 2014-439 QPC*, in *Revue critique de droit international privé*, n. 1/2015, 115-125; C. Chassang, *Constitutionnalité de la déchéance de nationalité pour acte de terrorisme*, in *AJ pénal*, n. 4/2015, 201-202.

⁶³ *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2014-439 QPC del 23 gennaio 2015, Considerando 13. Così è stato affermato, altresì, dal *Conseil constitutionnel* nella sua decisione n. 93-325 DC del 12-13 agosto 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*: «*Considérant qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques; que le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne; que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux; que l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée de la comparaison entre les dispositions de lois successives ou de la conformité de la loi avec les stipulations de conventions internationales mais résulte de la*

constitutionnel, non si può negare che la *déchéance* finisca comunque col rappresentare una misura tutt'altro che simbolica. Se normalmente la dottrina ha analizzato in chiave critica l'istituto per la sua incisione sul diritto ad avere una cittadinanza, in questa sede si vuole porre l'accento nuovamente sul "diritto" al rimpatrio. Esso, infatti, subisce gravi compressioni – o viene del tutto vanificato – mediante la *déchéance*⁶⁴. In altre parole, la perdita della cittadinanza è stata trasformata in un mezzo per tenere lontani dal territorio nazionale individui ritenuti pericolosi paragonabile alla figura dell'esilio⁶⁵: proprio l'affinità con quest'ultimo istituto lascia immaginare che alla *déchéance* si possano applicare le norme di diritto internazionale ed europeo volte a garantire la tutela dei diritti fondamentali. In particolare, si accenna fin da ora che la Corte EDU a più riprese ha evidenziato l'esigenza di valutare la non arbitrarietà di tale misura alla luce dell'esistenza di una *legal basis*, del rispetto di un *due process of law*, del perseguimento di un obiettivo legittimo e della proporzionalità della misura rispetto a tale obiettivo⁶⁶. Occorre quindi spostare l'attenzione su un altro piano: la questione della compatibilità delle misure antiterrorismo con i diritti fondamentali non risiederebbe tanto nella scelta dell'*an* dei provvedimenti statali, quanto nella perimetrazione del *quantum* e nell'individuazione del *quomodo*⁶⁷. Come si avrà modo di vedere, questo medesimo ragionamento è seguito dai giudici di Strasburgo in relazione all'individuazione del contenuto e degli obblighi statali derivanti dall'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 CEDU.

2.2 Il rapporto tra la counter-terrorism strategy e la tutela dei diritti dei familiari dei foreign fighters: il dibattito intorno alla politica dei rimpatri

L'opera del legislatore francese in materia di lotta al terrorismo è stata accompagnata da un intenso dibattito pubblico sul trattamento da riservare ai *foreign fighters* e alle loro famiglie. Come accennato, la questione discende dal tentativo di trovare un equilibrio tra la tutela della sicurezza pubblica (perseguita nell'ambito della *counter-terrorism strategy*) e la garanzia dei diritti. È dunque interessante notare come la questione dei rimpatri dei

confrontation de celle-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel» (Considerando 2).

⁶⁴ Si v. Corte EDU, *Naumov c. Albania*, sentenza del 4 gennaio 2015, ricorso n. 10513/03.

⁶⁵ Il pericolo è ravvisato da J. Lepoutre, *L'impasse de la déchéance de la nationalité*, in *Plein droit*, n. 2(117)/2018, 20-23, spec. 22.

⁶⁶ Si v. Corte EDU, *K2 c. Regno-Unito*, sentenza del 7 febbraio 2017, ricorso n. 42387/13; *Ghoumid e altri c. Francia*, sentenza del 25 giugno 2020, ricorsi nn. 52273/16 e 4 altri, §19; *Usmanov c. Russia*, sentenza del 20 dicembre 2020, n. 43936/18, §54; *Hashemi e altri c. Azerbaïdjan*, sentenza del 13 gennaio 2022, ricorsi nn. 1480/16 e 6 altri, §47.

⁶⁷ C. Casiello, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, cit., spec. 350. In merito al ruolo delle Corti costituzionali nel bilanciamento dei diritti, con particolare riferimento al *Conseil constitutionnel*, si v. J. De Vico, *Sicurezza e diritti fondamentali la risposta italiana e francese al terrorismo*, in *DPCE*, n. 3/2016, 715-734, spec. 724-733.

foreign fighters e delle loro famiglie, con particolare riguardo ai minori, faccia emergere tutte le difficoltà che connotano queste problematiche⁶⁸. Per questo la discussione non solo giuridica si è focalizzata tanto sulla natura ultima di tali soggetti quanto sul tema della garanzia della sicurezza pubblica: «should these come back and, more importantly, should the French authorities assist them in doing so? A clear programme of repatriation would indicate a recognition of the “likeness” of these “foreign fighters” and their belonging to the national community. On the contrary, a refusal or reluctance for them to come back points in the opposite direction: that of a clear difference between “us” and “them”»⁶⁹.

Fino al 2019, la Francia ha adottato una «clear-cut unofficial policy of outsourcing»⁷⁰, ossia un approccio basato anzitutto sul timore che i *foreign fighters* potessero rappresentare un pericolo per la sicurezza nazionale, e con la volontà di giudicare all'estero individui così particolari⁷¹. Se, da un lato, questa soluzione pare dettata dall'intenzione di rispettare la sovranità di quegli Stati le cui istituzioni giudiziarie si sono dichiarate competenti a giudicare i *foreign fighters*⁷², dall'altro essa sembra pure poggiare su una

⁶⁸ Lo affermano B. Saul, *Terrorism and International Humanitarian Law*, in Id. (a cura di), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham, 2019 e H. Cuyckens, *Foreign Fighters and the Tension between Counterterrorism and International Humanitarian Law: A Case for Cumulative Prosecution Where Possible*, cit., spec. 584-593, il quale delimita il campo di applicazione del *counter terrorism* e del diritto internazionale umanitario.

⁶⁹ La questione è posta in questi termini da X. Mathieu, *Precarious Multiplicity: France, 'foreign Fighters' and the Containment of Difference*, in *Cooperation and Conflict*, n. 00(0)/2022, 1-18, spec. 9, reperibile online: <https://doi.org/10.1177/00108367221098489>.

⁷⁰ M. Pugliese, *France and Foreign Fighters: The Controversial Outsourcing of Prosecution*, Ispi online, 9 gennaio 2020, reperibile online: www.ispionline.it/it/pubblicazione/france-and-foreign-fighters-controversial-outsourcing-prosecution-24666.

⁷¹ La medesima posizione è assunta da molti altri Stati, tra la dottrina che analizza le soluzioni adottate, si v. T. Holman, *Why states fail to counter foreign fighter mobilizations: The role of intelligence services*, in *Perspectives on Terrorism*, n. 10(6)/2016, 140-155; A. Jawaid *From foreign fighters to returnees: The challenges of rehabilitation and reintegration policies*, in *Journal of Peacebuilding & Development*, n. 12/2017, 102-107; E. Pokalova, *Returning Islamist Foreign Fighters: Threats and Challenges to the West*, Cham, 2019; O. Bures, *EU's response to foreign fighters: New threat, old challenges?*, in *Terrorism and Political Violence*, n. 32/2020, 789-806; Beritasatu, *Indonesia refuses to repatriate former Islamic state fighters*, Jakarta Globe, 12 febbraio 2020, reperibile online: <https://jakartaglobe.id/news/indonesia-refuses-to-repatriate-former-islamic-state-fighters>; G. Hofstee, *The debate around returning foreign fighters in the Netherlands*, Ispi online, 9 gennaio 2020, reperibile online: <https://www.ispionline.it/en/pubblicazione/debate-around-returning-foreign-fighters-netherlands-24665>. In senso critico, si v. E. Dent, *The unsustainability of ISIS detentions in Syria*, The Middle East Institute, maggio 2018, reperibile online: TheUnsustainabilityofISISDetentionsinSyria_rEDUCed.pdf (mei.EDU).

⁷² In merito alla natura di ordinamento statale o di mera organizzazione terroristica di matrice jihadista dello Stato islamico, si v. A. Vidaschi, *Da al-Qā'ida all'IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2016, 41-80. Relativamente ai combattenti rientranti dall'Iraq, si v. *Combattants terroristes—Q&R—Extrait du point de presse*, 23 agosto 2019, reperibile online: Combattants

specifica scelta, consistente nel voler sottolineare l'estraneità dei *foreign fighters* rispetto al popolo francese⁷³. Questa netta distinzione, però, fra la figura del terrorista e lo *status* di cittadino pare al fondo esprimere una logica di deresponsabilizzazione dello Stato, peraltro in qualche misura già discendente dall'applicazione dell'istituto della *déchéance de la nationalité*⁷⁴.

Alla luce di questo difficile contesto logico e giuridico, e come accennato *supra*, in ogni caso dal 2019 la strategia francese cambia; il Governo comincia a realizzare i rimpatri individuali dei minori e delle loro famiglie⁷⁵. La *ratio* di questo nuovo approccio è intuitiva: per evitare un'immigrazione incontrollata verso la Francia è necessario esercitare - in nome di esigenze di sicurezza pubblica - un robusto controllo sui rimpatri, non, invece, garantire il diritto al ritorno in Francia⁷⁶. In altre parole, il

terroristes - Q&R - Extrait du point de presse (23.08.19) - Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (diplomatie.gouv.fr) e quanto rilevato da V. Bílková, *Foreign terrorist fighters and international law*, in *Groningen Journal of International Law*, n. 6/2018, 1-23.

⁷³ M. Pugliese, *France and Foreign Fighters: The Controversial Outsourcing of Prosecution*, cit., riporta alcune dichiarazioni ufficiali dei membri del Governo francese come, ad esempio, le dichiarazioni del Ministro degli Interni Christophe Castaner, del 28 maggio 2019, reperibili online: <https://www.viepublique.fr/discours/270533-christophe-castaner-28052019-terrorisme-islamiste-election-europeenne> e del Ministro degli Affari esteri J.-Y. Le Drian, del 23 agosto 2019, reperibili online: <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/securite-desarmement-et-non-proliferation/actualites/actualites-et-evenements-lies-a-la-defence-et-la-securite/2019/article/combattants-terroristes-q-r-extrait-du-point-de-presse-23-08-19>.

⁷⁴ La tesi dell'esonero della responsabilità statale è tratta da C. Saas, *Menace à l'ordre public: quand l'extranéité l'emporte sur le droit pénal*, in *AJ pénal*, n. 1/2016, 1-13.

⁷⁵ L'evoluzione è rilevata già a livello giornalistico da G. Malbrunot, *Djihadistes: Paris face à l'urgence en Syrie*, in *Le Figaro*, 16 ottobre 2019; *Paris négocie à Bagdad le transfert de ses djihadistes de Syrie*, in RTBF.be, 16 ottobre 2019, reperibile online: [Paris négocie à Bagdad le transfert de ses djihadistes de Syrie - rtbf.be](https://www.rtbf.be/fr/actualites/syrie-des-familles-francaises-de-djihadistes-attaquent-Le-Drian-en-justice) e *Syrie, des familles françaises de djihadistes attaquent Le Drian en justice*, in *La Croix*, 16 settembre 2019, reperibile online: [Syrie, des familles françaises de djihadistes attaquent Le Drian en justice \(la-croix.com\)](https://www.la-croix.com/Actualite/International/Syrie-des-familles-francaises-de-djihadistes-attaquent-Le-Drian-en-justice).

⁷⁶ Si fa riferimento, a titolo di esempio, a quanto dichiarato dal giudice della sezione antiterrorismo del Tribunale di Parigi, David De Pas: le autorità francesi dovrebbero procedere ai rimpatri perseguendo lo scopo di evitare quelle migrazioni incontrollate verso l'Europa che elevano il rischio di attentati di matrice terroristica e ogni decisione che permetta sia la ricostruzione di gruppi terroristi combattenti in Siria. Si v. le dichiarazioni rilasciate a AFP, *Jihadistes français: "Il faut une volonté politique de rapatriement"*, *plaide le coordonnateur des juges antiterroristes*, 19 ottobre 2019, reperibili online: https://www.francetvinfo.fr/monde/proche-orient/offensive-jihadiste-en-irak/jihadistes-francais-il-faut-une-volonte-politique-de-rapatriement-plaide-le-coordonnateur-des-juges-antiterroristes_3666209.html). D'altra parte, la dottrina e le ONG sostenevano da tempo la necessità di effettuare dei rimpatri controllati, in merito si v. M. Pugliese, *France and Foreign Fighters: The Controversial Outsourcing of Prosecution*, cit., il quale afferma che «France should take serious measures to deal with the returning foreign fighters and their families, also considering rehabilitation and reintegration programs for the victims, otherwise social stigma and discrimination will radicalize many more vulnerable individuals»; T. Kington, *45,000 Children of Isis "Are Ticking Time Bomb"*, *The Times*, 8 maggio 2019, reperibile online: www.thetimes.co.uk/article/45-000-children-of-isis-are-ticking-time-bomb-lp0nq9q2m; Organization for Security and Co-operation in Europe, *Repatriation of "Foreign Terrorist Fighters" and Their Families Urgently Needed to Safeguard Human*

Governo può decidere nei confronti di quali cittadini francesi effettuare le operazioni di rimpatrio. Non si può dimenticare però la necessità di individuare dei criteri che permettano di valutare la non arbitrarietà delle scelte statali, analogamente a quanto affermato dalla Corte EDU in relazione all'applicazione dell'istituto della *déchéance*. Ed è in questa complessa cornice che si inserisce la sentenza *H.F. e altri c. Francia*⁷⁷.

3. La sentenza H.F. e altri c. Francia

Nel caso di specie, la Corte è chiamata anzitutto a stabilire se ricorrano i presupposti per la sussistenza della giurisdizione extraterritoriale francese. A questo scopo, i Giudici di Strasburgo ragionano anzitutto intorno all'ipotesi che la Convenzione possa essere «fractionnée et adaptée»: da un lato, interrogandosi sulle circostanze del tutto particolari che connotano il caso concreto, per comprendere se, anche in una situazione così anomala, sullo Stato francese gravi l'obbligo di garantire i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione⁷⁸. Dall'altro, valutando se dall'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 discenda un legame tra lo Stato e i suoi cittadini tale da poter incardinare la giurisdizione extraterritoriale⁷⁹.

Rights and Security, OSCE Human Rights Head Says, 11 febbraio 2020, reperibile online: www.osce.org/odihr/445909; A. Charbord, M. Birker, L. Taylor, M. Foa e P. Crespín, *Repatriation of foreign terrorist fighters and their families from conflict zones in Syria and Iraq*, Conference Report, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR), 12 febbraio 2020, reperibile online: <https://www.osce.org/odihr/453048?download=true>; C. Rigotti e J. Barboza, *Unfolding the case of returnees: How the European Union and its member States are addressing the return of foreign fighters and their families*, cit., spec. 692-693; L. Cools, *La reconnaissance d'un droit subjectif au rapatriement dans le chef des enfants belges retenus en Syrie: Un grand pas en avant*, Centre Charles De Visscher pour le Droit International et Européen, 31 dicembre 2020, reperibile online: <https://tinyurl.com/s3xjd2u>. Con particolare riferimento al rimpatrio dei minori, si v. J.-P. Stroobants, *La Belgique va rapatrier les enfants de djihadistes détenus en Syrie*, *Le Monde*, 5 marzo 2021, reperibile online: <https://tinyurl.com/f9rca9m8>; G. R. De Groot, P. Franssen, A. Harvey, R. Pougnet, *Expert opinion: How the Netherlands, France and the UK are leaving children stranded at risk of statelessness in Iraq and Syria*, in *European Network on Statelessness*, 2021, reperibile online <https://www.statelessness.eu/updates/blog/expert-opinion-how-netherlands-france-and-uk-are-leaving-children-stranded-risk>.

⁷⁷ Preliminarmente, la Corte, in relazione alla qualità di vittime dei ricorrenti, riprendendo quanto espresso nel caso *Lambert e altri c. Francia*, sentenza del 24 agosto 1998, ricorso n. 23618/94, afferma che «un tiers peut, dans des circonstances exceptionnelles, agir au nom et pour le compte d'une personne vulnérable s'il y a un risque que les droits de la victime directe soient privés d'une protection effective et en l'absence de conflits d'intérêts entre cette victime et le requérant auteur de la requête» (§148). Ciò posto, tuttavia, in casi del genere è necessario che sia prodotta una prova chiara che dimostri che il rappresentante ha ricevuto istruzioni precise e esplicite da parte della vittima. Questa regola trova un'eccezione in casi di particolare vulnerabilità della vittima (§149). Nel caso specifico la Corte ritiene sussistenti delle circostanze eccezionali che giustificano l'attribuzione ai ricorrenti della qualità di rappresentati delle figlie e dei nipoti (§152).

⁷⁸ Possibilità già sancita dalle sentenze *Al-Skeini e altri*, cit., §§133-137, *Georgia c. Russia (II)*, cit., §§114 e 115 e *Bankovic e altri*, cit., §75.

⁷⁹ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §§189-190.

3.1 I criteri di individuazione della giurisdizione dello Stato parte ai fini dell'applicazione dell'art. 1 CEDU

Per analizzare il primo profilo trattato dalla Corte EDU – ossia la sussistenza dell'obbligo per la Francia di garantire le libertà sancite dalla CEDU – è necessario soffermarsi sull'art. 1 della Convenzione, ai sensi del quale «Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al Titolo primo della presente Convenzione»⁸⁰. In precedenti decisioni, la Corte aveva già enucleato alcuni principi utili a individuare la sussistenza della giurisdizione dello Stato parte al Trattato. Per il diritto internazionale pubblico, il criterio primario utile allo scopo è quello territoriale⁸¹; soltanto in presenza di circostanze eccezionali è possibile esercitarla anche al di fuori dei confini nazionali⁸². Due sarebbero i modelli che permettono di individuare la sussistenza della giurisdizione statale extraterritoriale: un primo modello di carattere spaziale (*ratione loci*) e un secondo di natura personale (*ratione personae*)⁸³. Per il primo modello, rilevante ai fini della sussistenza di questa specifica forma di giurisdizione è l'esercizio di un controllo effettivo sulla zona situata fuori dal territorio nazionale⁸⁴; per il secondo, invece, acquistano significato allo scopo gli atti degli organi statali i cui effetti si producono anche al di fuori del territorio nazionale, come nel caso degli atti degli agenti diplomatici⁸⁵.

Soffermandosi sull'esistenza di circostanze eccezionali che possano fondare la giurisdizione extraterritoriale dello Stato, la Corte esclude che la Francia eserciti un controllo effettivo sul territorio del Nord-est siriano,

⁸⁰ Si rileva fin da ora che in base al tenore letterale della disposizione non è chiaro se discendano degli obblighi positivi in capo all'autorità statale e quali siano le loro condizioni di operatività, si v. CICR, *Commentaire de la première convention de Genève*, art. 1, §§143-183, 2020, reperibile online: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/365>. Per la Corte, l'individuazione della giurisdizione alla quale gli individui sono soggetti è essenziale per riuscire a imputare ad uno Stato la responsabilità della violazione di uno dei diritti sanciti dalla Convenzione (*H.F. e altri c. Francia*, cit., §184). Si v., inoltre, Corte EDU, Grande Camera, *Catan e altri c. Repubblica di Moldavia e Russia*, sentenza del 19 ottobre 2012, ricorsi nn. 43370/04, 8252/05 e 18454/06, §103 e giurisprudenza *ivi* citata.

⁸¹ Corte EDU, Grande Camera, *Ucraina c. Russia (Crimea)*, sentenza del 16 dicembre 2020, ricorsi nn. 20958/14 e 38334/18, §344. Si v., inoltre, *Gentilhomme e altri c. Francia*, sentenza del 14 maggio 2002, ricorsi nn. 48205/99 e altri due, §20.

⁸² *H.F. e altri c. Francia*, cit., §185. Si v., inoltre, Corte EDU, Grande Camera, *M.N. e altri*, sentenza del 5 maggio 2020, ricorso n. 3599/18, §§98-99 e 101-102 e Grande Camera, *Georgia c. Russia (II)*, sentenza del 21 gennaio 2021, ricorso n. 38263/08, §82.

⁸³ A. Spadaro, *Repatriation of Family Members of Foreign Fighters: Individual Right or State Prerogative?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, n. 70(1), 251-265, spec. 260-263.

⁸⁴ Si v., *ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, *Bankovic e altri c. Belgio*, sentenza del 12 dicembre 2001, ricorso n. 52207/99, §70; *Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia*, sentenza dell'8 luglio 2004, ricorso n. 48787/99; Grande Camera, *Jaloud c. Olanda*, sentenza del 20 novembre 2014, ricorso n. 47708/08, §139.

⁸⁵ In senso conforme, si v. Corte EDU, Grande Camera, *Al-Skeini e altri c. Regno-Unito (n. 26)*, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso n. 55721/07, §§131-140; *M.N. e altri*, cit., §107 e *Güzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia*, sentenza del 29 gennaio 2019, ricorso n. 36925/07, §§188, 190 e 192-196.

circostanza peraltro non contestata nemmeno dai ricorrenti⁸⁶. Inoltre, stabilisce che tali circostanze eccezionali non possano essere integrate nemmeno dall'avvio di procedure interne aventi ad oggetto la decisione di negare il rimpatrio⁸⁷. Così ragionando, la Corte sposta l'attenzione su un piano diverso, chiedendosi se, invece, la giurisdizione extraterritoriale possa sorgere, nel complesso caso di specie, in ragione del criterio della cittadinanza. La Corte ritiene che la cittadinanza francese non costituisca un criterio di collegamento sufficiente per stabilire la sussistenza della giurisdizione extraterritoriale: se così fosse, si produrrebbe la situazione paradossale in ragione della quale lo Stato francese potrebbe essere chiamato a rispondere delle violazioni dell'art. 3 della CEDU all'interno dei campi del Nord-est della Siria – ossia dei trattamenti inumani e degradanti – a dispetto del fatto che non vi eserciti alcun «controllo»⁸⁸. Dato questo ragionamento, la Corte dichiara irricevibile il ricorso nella parte in cui si riferisce alla violazione dell'art. 3 CEDU, ma, forse anche per l'importanza della questione sottoposta alla sua attenzione, dopo una complessa analisi che investe la materia della protezione diplomatica e/o consolare, finisce comunque col dichiarare la sussistenza della giurisdizione extraterritoriale dello Stato francese. Come si spiegherà nei paragrafi seguenti, il percorso argomentativo seguito dalla Corte prende le mosse dall'interpretazione che essa fornisce dell'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 il quale, si ricorda, stabilisce che nessuno può «essere privato del diritto di entrare nel territorio dello Stato di cui è cittadino».

3.2 L'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 CEDU e la giurisdizione extraterritoriale della Francia

Il diritto di accedere nel territorio dello Stato di cui si è cittadini è garantito da molteplici convenzioni e strumenti internazionali: dall'art. 13, §2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948⁸⁹; dall'art. 22, §5, della Convenzione americana sui diritti umani⁹⁰; dall'art. 12, §2, della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli⁹¹; dagli artt. 2, §1, e

⁸⁶ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §§191-192. La Corte compie una comparazione con *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno-Unito*, sentenza del 2 maggio 2009, ricorso n. 61498/08, §88 e *a contrario*, *Hassan e altri c. Francia*, sentenza del 4 dicembre 2014, ricorsi nn. 46695/10 e 54588/10, §39.

⁸⁷ *Ivi*, §§193-196, spec. §195.

⁸⁸ *Ivi*, §198.

⁸⁹ L'art. 13, §2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, dispone: «Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese».

⁹⁰ L'art. 22, §5, della Convenzione americana sui diritti umani, dispone: «Nessuno sarà espulso dal territorio dello Stato di cui ha la cittadinanza o privato del diritto di accedervi».

⁹¹ L'art. 12, §2, della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, dispone: «Ogni persona ha il diritto di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio, e di ritornare nel proprio paese. Questo diritto non può costituire oggetto di restrizioni all'infuori di quelle previste dalla legge, necessarie per proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute o la moralità pubbliche».

12 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (PIDCP)⁹² e, infine, dall'art. 10 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo⁹³. Importanti per il tema trattato i lavori preparatori del Protocollo n. 4 della CEDU, laddove si ribadisce la volontà «d'inclure dans la liste des droits que protègent la Convention et le premier protocole additionnel certains droits civils et politiques qui n'y figurent pas encore, mais dont le projet de Pacte international des Nations Unies relatifs aux droits civils et politiques prévoit la reconnaissance. Ces droits sont les suivants: [...] – interdiction de l'exil arbitraire et droit d'entrer dans son propre pays (article 12 paragraphe 2 du projet de pacte)»⁹⁴.

Sul punto, la Corte chiarisce anzitutto che l'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 si distingue dall'art. 1 della Convenzione poiché riconosce il “diritto di entrare nel territorio nazionale” specificamente ai soli cittadini dello Stato, e sottolinea come l'applicazione dell'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 soltanto agli individui che godono della cittadinanza non costituisce una circostanza di per sé sola in grado di incardinare la giurisdizione extraterritoriale della Francia⁹⁵. La Corte rileva inoltre che la decisione dello Stato francese non avrebbe impedito ai parenti dei ricorrenti di esercitare il loro diritto: la decisione, infatti, non riguardava le prerogative statali classiche funzionali all'attraversamento della frontiera statale, come, ad esempio, il rilascio dei documenti di viaggio⁹⁶. In questa prospettiva, l'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 andrebbe invero «interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les

⁹² L'art. 2, §1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, dispone: «Ciascuno degli Stati Parti del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto [...]», mentre l'art. 12: «1. Ogni individuo che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato ha diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio. 2. Ogni individuo è libero di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio. 3. I suddetti diritti non possono essere sottoposti ad alcuna restrizione, tranne quelle che siano previste dalla legge, siano necessarie per proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la sanità o la moralità pubbliche, ovvero gli altrui diritti e libertà, e siano compatibili con gli altri diritti riconosciuti dal presente Patto. 4. Nessuno può essere arbitrariamente privato del diritto di entrare nel proprio paese».

⁹³ L'art. 10 della Convenzione di New York dispone: «1. In conformità con l'obbligo che incombe agli Stati parti in virtù del paragrafo 1 dell'art. 9, ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato parte o di lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e diligenza. Gli Stati parti vigilano inoltre affinché la presentazione di tale domanda non comporti conseguenze pregiudizievoli per gli autori della domanda e per i loro familiari. 2. Un fanciullo i cui genitori risiedono in Stati diversi ha diritto a intrattenere rapporti personali e contatti diretti regolari con entrambi i suoi genitori, salve circostanze eccezionali. 3. A tal fine, e in conformità con l'obbligo incumbente agli Stati parti, in virtù del paragrafo 1 dell'art. 9, gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo e dei suoi genitori di abbandonare ogni paese, compreso il loro e di fare ritorno nel proprio paese. Il diritto di abbandonare ogni paese può essere regolamentato solo dalle limitazioni stabilite dalla legislazione, necessarie ai fini della protezione della sicurezza interna, dell'ordine pubblico, della salute o della moralità pubbliche, o dei diritti e delle libertà».

⁹⁴ *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n. 4*, Strasbourg, 1976, 128.

⁹⁵ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §206.

⁹⁶ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §207.

garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoires»: di conseguenza, determinante nel caso di specie, per la Corte, è capire se la situazione concreta in cui si trovavano i parenti dei ricorrenti rilevi ai fini della sussistenza della competenza *ratione loci e personae* della Francia⁹⁷.

Come intuibile, questo tentativo chiede di interpretare in modo sistematico ed evolutivo la disposizione convenzionale. Per sua stessa natura, essa presuppone la possibilità che il diritto che garantisce si applichi al rapporto esistente tra lo Stato e i suoi cittadini proprio laddove questi si trovino fuori dal territorio nazionale o da un territorio ove lo Stato eserciti un controllo effettivo⁹⁸. Anche le fonti internazionali alle quali si ispira il Protocollo, in base a quanto si legge nei lavori preparatori, sembrano avvalorare una simile interpretazione⁹⁹. Di conseguenza, se, in origine, con l'adozione del Protocollo si voleva proibire l'esilio (misura in quanto tale incompatibile con i principi democratici contemporanei)¹⁰⁰, oggi l'art. 3, §2, deve essere interpretato nel contesto della globalizzazione, «qui pose des nouveaux défis aux États en termes de sécurité et de défense dans le domaine de la protection diplomatique et consulaire, du droit international

⁹⁷ *Ivi*, §208. Si v. inoltre, *ex multis*, Corte EDU, *Airey c. Irlanda*, sentenza del 6 febbraio 1981, ricorso n. 6289/73, §24 e *N.D. et N.T. c. Spagna*, sentenza del 13 febbraio 2020, ricorsi nn. 8675/15 e 8697/15, §171.

⁹⁸ *Ivi*, §209.

⁹⁹ Il §26 del *Rapport explicatif du Protocole n. 4*, relativamente all'art. 3, §2, precisa che «La première modification vient de ce que l'expression "Nul ne peut être privé du droit de" a été substituée aux mots "Toute personne est libre de". Cette expression s'inspire de celle que l'on trouve à l'article 12, paragraphe 4, du projet de Pacte international adopté par la 3ème Commission de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Cette formule a paru mieux correspondre que l'autre à une double préoccupation du Comité: a) D'une part, la disposition du paragraphe 2 n'a pas pour effet de supprimer l'obligation, pour les nationaux qui veulent pénétrer sur le territoire de l'État dont ils sont les ressortissants, de prouver éventuellement leur qualité de ressortissants (L'État n'est pas tenu d'admettre l'entrée sur son territoire d'un individu qui se prétend ressortissant sans faire la preuve de cette qualité.). b) D'autre part, des mesures de caractère temporaire telles que la quarantaine ne doivent pas être considérées comme constitutives d'un refus d'entrée» (*Rapport explicatif du Protocole n. 4*, STE-n. 46, Strasbourg, 1963).

In particolare, nell'Osservazione generale n. 27 sull'art. 12 del Patto internazionale sui Diritti civili e politici, il Comitato dei diritti dell'uomo si è espresso nei termini seguenti: «The right of a person to enter his or her own country recognizes the special relationship of a person to that country. The right has various facets. It implies the right to remain in one's own country. It includes not only the right to return after having left one's own country; it may also entitle a person to come to the country for the first time if he or she was born outside the country (e.g. if that country is the person's state of nationality). The right to return is of the utmost importance for refugees seeking voluntary repatriation. It also implies prohibition of enforced population transfers or mass expulsions to other countries» (UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, 2 novembre 1999 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9), §19).

¹⁰⁰ Il §21 del *Rapport explicatif du Protocole n. 4* afferma che il primo paragrafo dell'art. 3 non vieta l'estradizione, ma con la precisazione seguente: «La majorité des experts a estimé préférable de ne pas employer le terme "exil" qui est susceptible de donner lieu à diverses difficultés d'interprétation. La notion d'expulsion a été retenue, encore qu'il ait été reconnu que, dans son usage technique normal, ce terme ne s'applique qu'aux étrangers» (*Rapport explicatif du Protocole n. 4*, STE-n. 46, Strasbourg, 1963).

humanitaire et de la coopération internationale»¹⁰¹. Per la Corte, inoltre, queste considerazioni vanno ricondotte anche a ulteriori profili che emergono nel caso di specie.

In primo luogo, si rileva che gli istituti della protezione diplomatica e/o consolare contribuiscono ad assicurare la protezione dei diritti dell'uomo. A livello internazionale, la protezione diplomatica è stata per lungo tempo percepita come un diritto esclusivo dello Stato, il quale non aveva alcun obbligo nell'esercitarlo¹⁰². In seguito, la Corte internazionale di giustizia (CIJ) ha riconsiderato la questione alla luce dell'evoluzione del diritto internazionale in tema di personalità giuridica internazionale dell'individuo. Tale evoluzione, tuttavia, non comporta che di fronte all'istanza di protezione dell'individuo lo Stato abbia un obbligo di attivarsi: si tratta in ogni caso di un potere discrezionale¹⁰³. La medesima evoluzione riguarda la Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari: anche sotto questo profilo l'intervento della CIJ è stato significativo, perché l'interpretazione fornita da questa Corte, in particolare degli artt. 5 e 36, conferma che anche l'assistenza e la protezione consolare rappresentano una prerogativa statale¹⁰⁴.

¹⁰¹ *Ivi*, §210. L'evoluzione storica è evidente nel momento in cui si passa ad analizzare la giurisprudenza della Corte in relazione al suddetto articolo.

¹⁰² Ciò è confermato dall'art. 2 del *Draft articles on Diplomatic Protection* adottato nel 2006 dalla Commissione di diritto internazionale (CDI): «A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles». Inoltre, in base all'art. 19: «A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should: (a) give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred; [...]». La versione commentata è reperibile online: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf.

¹⁰³ In tal senso, si v. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, CIJ Recueil 1970, 1-54, spec. 37 e 45 e *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, CIJ Recueil 2002, 1-138, spec. 49.

¹⁰⁴ In tal senso, si v. *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, CIJ Recueil 2001, 466-517, spec. 492; *Avena et autres mexicains nationaux (Mexique c. États-Unis)*, arrêt du 31 mars 2004, CIJ Recueil 2004, 12-70, spec. 39; *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, arrêt du 17 juillet 2019, CIJ Recueil 2019, 418-461, spec. 440. In dottrina, lo rilevano A. Spadaro, *Repatriation of Family Members of Foreign Fighters: Individual Right or State Prerogative?*, cit., spec. 257; L.T. Lee e J.B. Quigley, *Consular Law and Practice*, Oxford, 2008, 135; A. Dienelt, *Vienna Convention on Consular Relations (1963)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2011, §8 e A Peters, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge, 2016, 348.

A livello interno in Francia non esiste un testo unico delle disposizioni relative alla protezione consolare, ma le coordinate normative sono rintracciabili nei seguenti testi: la Convenzione di Vienna, entrata in vigore in Francia il 30 gennaio 1971; l'art. 11 del decreto n. 76-548 del 16 giugno 1976 *relatif aux consuls généraux, consuls et vice-consuls honoraires et aux agents consulaires*; il decreto n. 2018-336 del 4 maggio 2018 *relatif à la protection consulaire des citoyens de l'Union européenne dans des pays tiers* che attua le disposizioni della Direttiva (UE) 2015/637. Infine, in una decisione del 29 gennaio 1993, il *Conseil d'État* ha ritenuto che «les ressortissants des États signataires sont en droit d'attendre protection et assistance des autorités consulaires des États dont ils sont les nationaux en vertu de l'article 5 de la Convention de Vienne, le refus de formuler par l'État français une demande d'aide judiciaire gratuite auprès d'un État étranger au

Ben diverso invece il tenore normativo degli artt. 20¹⁰⁵ e 23¹⁰⁶ del TFUE, dell'art. 46 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (DFUE)¹⁰⁷ e della Direttiva n. 637 del 2015. Il Preambolo della Direttiva stabilisce che: «il diritto fondamentale dei cittadini dell'Unione non rappresentati di godere della tutela consolare di un altro Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato, sancito dall'art. 46 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea («Carta»), è un'espressione della solidarietà europea»¹⁰⁸. L'utilizzo del termine “diritto a” godere della tutela consolare, tuttavia, secondo parte della dottrina, non incide sulla disciplina di diritto internazionale generale in materia¹⁰⁹; la corretta interpretazione della Direttiva deve dunque tener conto anche di quanto enunciato al *Considerando* n. 5 del Preambolo (in ragione del quale spetta agli Stati membri stabilire le modalità e le forme di tutela da fornire ai propri cittadini).

Fermo restando quanto appena ricordato, è difficile non riconoscere che la facoltà di accordare protezione diplomatica e/o assistenza consolare, intesa come prerogativa dello Stato, non sia al centro di una particolare evoluzione alla luce della necessità di rispettare i diritti fondamentali della persona a livello interno e internazionale¹¹⁰: proprio gli interventi legislativi nazionali volti a contrastare il terrorismo, dovendo individuare il punto di equilibrio fra la garanzia delle libertà e la tutela della sicurezza, inducono ad una rilettura dell'art. 3, §2, del Protocollo n. 4. Per tale ragione la Corte EDU, ben consapevole di questo nuovo contesto, sostiene che non si possa

profit d'un de ses ressortissants et de le représenter en justice ne méconnaissait pas les obligations mises à sa charge par cette disposition».

¹⁰⁵ L'art. 20, §2, lett. c), dispone: «I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: [...] il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato».

¹⁰⁶ L'art. 23, §1, dispone: «Ogni cittadino dell'Unione gode, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato. Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie e avviano i negoziati internazionali richiesti per garantire detta tutela».

¹⁰⁷ L'art. 46 dispone: «Ogni cittadino dell'Unione gode, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato».

¹⁰⁸ Considerando 3, Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 aprile 2015 *sulle misure di coordinamento e cooperazione per facilitare la tutela consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei paesi terzi e che abroga la decisione 95/553/CE*. Si v., in particolare, gli artt. 9 e dal 10 al 15.

¹⁰⁹ A. Spadaro, *Repatriation of Family Members of Foreign Fighters: Individual Right or State Prerogative?*, cit., spec. 259. In senso analogo, si v. P. Vigni, *Diplomatic and Consular Protection in EU Law: Misleading Combination or Creative Solution?*, in *EUI Working Papers*, European University Institute, Department of Law, n. 11/2010 e A. Vermeer-Künzli, *Where the Law Becomes Irrelevant: Consular Assistance and the European Union*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, n. 4(60), 2011, 965–995.

¹¹⁰ A. Edwards, *The Meaning of Nationality in International Law in an Era of Human Rights*, in A. Edwards e L. van Waas (a cura di), *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, 2014, 35.

escludere *a priori* la sussistenza della giurisdizione extraterritoriale dello Stato ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della CEDU; soltanto l'esame attento del caso concreto potrebbe indurre a farlo. Di conseguenza, la Corte afferma che, proprio in ragione delle circostanze eccezionali che caratterizzano la situazione delle persone trattenute nei campi del Nord-est della Siria permettono di ritenere sussistente la giurisdizione extraterritoriale dello Stato francese ed applicare il criterio della cittadinanza.

Diverse considerazioni avvalorano questa tesi. Per la Corte, le molteplici richieste di rimpatrio rivolte dai congiunti alle autorità nazionali sono anzitutto giustificate dai gravissimi pericoli che corrono le persone recluse nei campi siriani; i trattamenti inumani e degradanti subiti in quei luoghi dai loro parenti (da rapportare anche alla giovane età di alcuni fra loro) violano il principio della dignità umana e i valori a fondamento delle società democratiche¹¹¹. In particolare, proprio la durata e le modalità di privazione della libertà, nonché le condizioni di vita già ricordate, ponevano i familiari dei ricorrenti nell'impossibilità materiale di raggiungere la frontiera francese e dunque rendevano necessario un intervento statale¹¹². Il nòvero di queste considerazioni induce dunque i Giudici di Strasburgo a ritenere sussistente la giurisdizione extraterritoriale francese e a riscontrare la violazione dell'art. 3, §2, del Protocollo n. 4. Questo stesso approccio permette alla Corte di sviluppare ulteriormente l'analisi della disposizione, anche alla luce di quanto stabilito all'art. 1 della Convenzione.

3.3 L'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 CEDU e la configurazione di un "diritto" individuale al rimpatrio

Come più sopra anticipato, il nodo cruciale con il quale la Corte si deve confrontare riguarda la possibilità che, come sostenuto dai ricorrenti, dall'art. 3, §2, del Protocollo n. 4 discenda un vero e proprio "diritto" al rimpatrio. Essa procede, quindi, ad interpretare la disposizione in chiave storica ed evolutiva e ad analizzare il contenuto degli obblighi da essa discendenti.

A favore della tesi suggerita dai ricorrenti sembrano deporre tanto i lavori preparatori del Protocollo n. 4, quanto il *Rapport explicatif* dello stesso atto¹¹³: in base a questi, il diritto si configurerebbe sulla base dell'art. 3, § 2, e verrebbe posto in capo ai cittadini, facendo ricadere sullo Stato di appartenenza specifici obblighi¹¹⁴. Questo approccio interpretativo risponderebbe, fra l'altro, alla volontà che, in origine, portò a redigere la

¹¹¹ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §213. La Corte riprende quanto affermato in *Khan c. Francia*, sentenza del 28 febbraio 2019, ricorso n. 12267/16, §74, e *Grande Camera, X e altri c. Bulgaria*, sentenza del 2 febbraio 2021, §197.

¹¹² *Ibidem*. Inoltre, le stesse autorità curde avevano manifestato la volontà che le donne detenute di cittadinanza francese e i loro bambini fossero rimpatriati dalle autorità nazionali.

¹¹³ *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n. 4*, cit.

¹¹⁴ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §§244 e 245. In merito, si v. il §29 del *Rapport explicatif du Protocole n. 4*: «Le Comité est convenu que la disposition du paragraphe 2 ne pourrait être invoquée qu'à l'égard de l'État dont est ressortissant l'individu victime de la violation de cette disposition».

disposizione, ossia l'intenzione di proibire ogni forma di esilio e di impedire allo Stato di adottare decisioni arbitrarie rispetto allo stesso¹¹⁵. In particolare, lo Stato non potrebbe espellere cittadini, ma solo estradarli quando vengano in rilievo specifiche esigenze di cooperazione fra Stati in materia penale¹¹⁶. A causa di questo suo peculiare fine, l'estradizione si distingue da qualunque altra forma di allontanamento dal territorio contraria a Convenzione, come l'espulsione e l'esilio¹¹⁷. Diverse invece le considerazioni da fare in merito alla privazione della cittadinanza; il *Rapport explicatif*, infatti, non fornisce elementi sul tema: «la majorité des experts a estimé inopportun d'aborder dans le contexte de l'article 3 du projet la délicate question de la légitimité des privations de nationalité. Elle a constaté au surplus qu'il serait difficile en fait de vérifier si, lorsqu'un État prive un ressortissant de sa nationalité et expulse ce dernier tout aussitôt après, la privation de nationalité est ou non inspirée par l'intention d'expulser la personne en question»¹¹⁸. Ciononostante, proprio il ricorso alla privazione della cittadinanza ha riportato la questione al centro dell'attenzione, inducendo addirittura il Consiglio d'Europa ad affrontarla nella Risoluzione n. 2263 del 2019, la quale evidenzia i rischi insiti nell'istituto¹¹⁹.

Già in passato, la Corte EDU non aveva escluso che la revoca della cittadinanza potesse risultare problematica proprio alla luce dell'art. 3, §2,

¹¹⁵ Lo si evince dalla volontà di non inserire il termine “arbitrariamente” presente nell'art. 12, §4, del PIDCP (*Rapport explicatif du Protocole n. 4*, §28).

¹¹⁶ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §247. In merito si v. il §28 del *Rapport explicatif du Protocole n. 4*: «Il a été entendu toutefois que le droit pour un individu d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant ne pourrait être interprété comme conférant à cet individu un droit absolu à demeurer sur le territoire. Par exemple, un délinquant qui, après avoir été extradé par l'Etat dont il est le ressortissant, se serait évadé d'une prison de l'Etat requérant n'aurait pas un droit inconditionnel de trouver refuge dans son pays. De même, un militaire en service sur le territoire d'un Etat autre que celui dont il est le ressortissant n'aurait pas le droit d'obtenir d'être rapatrié pour rester dans son pays».

¹¹⁷ Per una disamina approfondita dell'istituto e la complessa questione della non estradabilità dei cittadini, si v., *ex multis*, R. Quadri, *Enciclopedia del Diritto*, voce *Estradizione (dir. internaz.)*, XVI, 1967, 1-59; V. Del Tufo, *Estradizione e reato politico*, Napoli, 1985; F. Salerno e G. Battaglini, *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999), Padova, 2003; G. Ranaldi, *Il procedimento di estradizione passiva*, Torino, 2012; S. Valletta, *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti umani*, Roma, 2012; C. Marzagalli, *Procedimento ed esecuzione penale*, Santarcangelo di Romagna, 2019.

¹¹⁸ *Rapport explicatif du Protocole n. 4*, §22.

¹¹⁹ La privazione della cittadinanza può rendere un soggetto apolide o può concretizzarsi in una discriminazione diretta o indiretta in relazione ai cittadini naturalizzati, contraria all'art. 9 della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia del 1961 e all'art. 5, §2, della Convenzione europea sulla cittadinanza. La misura può contrastare con gli artt. 6 e 13 della CEDU laddove intervenga senza le garanzie procedurali adeguate, soprattutto se essa è decisa in seguito ad una procedura amministrativa, senza alcun controllo da parte di un giudice. In determinate circostanze, in seguito ad una condanna penale, può contrastare con il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU (CE, Résolution 2263 (2019), *La déchéance de nationalité comme mesure de lutte contre le terrorisme: une approche compatible avec les droits de l'homme?*, reperibile online: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=25430&lang=FR>).

del Protocollo n. 4¹²⁰; come già accennato nei precedenti paragrafi, in diverse sentenze, i Giudici di Strasburgo avevano chiarito che i provvedimenti nazionali adottati allo scopo dovessero essere valutati alla luce delle garanzie offerte dall'art. 8 della CEDU, prima fra tutte quella relativa alla protezione rispetto a decisioni arbitrarie¹²¹. A livello internazionale, l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani interpretava l'art. 12, §4 del PIDCP nella stessa direzione, evidenziando che il provvedimento di revoca della cittadinanza adottato allo scopo di impedire, in modo arbitrario, il rimpatrio del cittadino colpito dalla misura, violasse tale disposizione¹²². In dottrina, poi, si sono levate voci che hanno escluso che possa essere utilizzata per arrecare un danno ad uno Stato terzo¹²³. Gli Stati possono prevedere l'istituto della revoca della cittadinanza, ma non darne applicazione oltre i limiti appena ricostruiti¹²⁴.

Una volta individuata la portata e la base giuridica convenzionale del "diritto" al rimpatrio, la sentenza affronta i profili inerenti agli obblighi correlati¹²⁵. Secondo la Corte, l'art. 3, § 2, del Protocollo n. 4 pone in capo allo Stato diversi obblighi, primi fra tutti quelli poco sopra ricordati; non è

¹²⁰ Si v. Corte EDU, *Naumov c. Albania*, cit.

¹²¹ Si v. Corte EDU, *K2 c. Regno-Unito*, cit.; *Ghoumid e altri c. Francia*, cit.; *Usmanov c. Russia*, cit.; *Hashemi e altri c. Azerbaïdjan*, cit.

¹²² UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, cit.

¹²³ H. Lauterpacht, *The function of law in the international community*, Oxford, 1933, 300-301. In senso analogo, si v. J.F. Williams, *Denationalization*, in *British Yearbook of International Law*, n. 8/1927, 45-61, spec. 56-57 e 61; L. Preuss, *International Law and Deprivation of Nationality*, in *Georgetown Law Journal*, n. 23/1935, 270-271; J. Lepoutre, *Le bannissement des nationaux. Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme*, in *Revue critique de droit international privé*, n. 1/2016, 107-118, spec. 117; M.P. Bolhuis e J. van Wijk, *Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Measure in Europe; Possible Follow-Up Scenarios, Human Rights Infringements and the Effect on Counterterrorism*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 22/2020, 338-365.

¹²⁴ A. Spadaro, *Repatriation of Family Members of Foreign Fighters: Individual Right or State Prerogative?*, cit., spec. 263-265.

¹²⁵ La dottrina è divisa in merito: secondo Milanovic «negative obligations are territorially unbound, while positive obligations would only apply within the jurisdiction of the State, intended as de facto effective overall control of areas and places» (M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, 2011, spec. 210-215). Diversamente, altri ritengono che «different obligations stem from different exercises of extraterritorial jurisdiction» (Ben-Naftali e Y. Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, in *IsraelLRev*, n. 37(1)/2003, 17-118, spec. 64). Anche l'Human Rights Committee esprime una teoria funzionale di giurisdizione extraterritoriale, in base alla quale lo scopo delle obbligazioni dello Stato a tutela dei diritti umani dipendono sulla sua capacità di farli rispettare (UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 36: Article 6 (Right to life)*, 30 ottobre 2018 (CCPR/C/GC/36), §63; *General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 26 maggio 2004 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), §10; *Kindler v Canada*, Comm No 470/1991, 25 settembre 1991 (CCPR/C/48/D/470/1991), §6.1; *Chitat Ng v Canada*, Comm No 469/1991, 5 novembre 1993 (CCPR/C/49/D/469/1991), §6.2. Tuttavia è stato rilevato come il problema di questa teoria è che «it is essentially limitless» (M. Milanovic, *The Murder of Jamal Khashoggi: Immunities, Inviolability and the Human Right to Life*, cit., spec. 21).

però facile individuare con chiarezza quali provvedimenti o condotte possano comprimere il “diritto” al rimpatrio al punto da violare la disposizione¹²⁶. Per la Corte risulta invece più semplice individuare gli obblighi positivi posti a carico dello Stato, fermo restando che la loro portata varierà inevitabilmente «en fonction de la diversité des situations dans les États contractants et des choix à faire en termes de priorités et de ressources. Ces obligations ne doivent pas être interprétées de manière à imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif»¹²⁷.

3.4 Il contenuto e i limiti degli obblighi statali discendenti dall’art. 3, §2, del Protocollo n. 4 CEDU

La Corte affronta all’interno di questa cornice il profilo che più interessa il caso di specie, chiedendosi se la Convenzione imponga allo Stato l’obbligo di rendere effettivo l’esercizio, da parte dei suoi cittadini, del “diritto” al rimpatrio; questo a maggior ragione, data la vicenda concreta all’origine dei ricorsi, nell’ipotesi in cui i cittadini non possano raggiungere in piena autonomia la frontiera.

I Giudici ricordano anzitutto che, come da giurisprudenza consolidata, la CEDU non disciplina il diritto ad ottenere protezione diplomatica e/o consolare¹²⁸; come ovvio, anche se descrivono le criticità e le violazioni dei diritti umani perpetrate nei campi siriani, non aiutano in questo senso nemmeno le risultanze delle indagini svolte dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite¹²⁹. L’unica base giuridica utile allo scopo potrebbe essere la Convenzione di Vienna, che stabilisce le condizioni di esercizio del diritto alla protezione consolare; resta però il fatto che, secondo la Corte, «les droits que tirent les ressortissants en difficulté ou détenus à l’étranger des articles 5 et 36 de la Convention de Vienne ne sont opposables qu’à l’“État de résidence” et cette protection résulte en principe d’un dialogue entre ce dernier et les autorités consulaires (de l’État d’envoi) sur place [...]. Les personnes retenues, comme les proches des requérants, dans les camps contrôlés par un groupe armé non étatique et dont l’État de nationalité n’a pas d’agent consulaire en Syrie ne sont donc pas, en principe, éligibles à réclamer un droit à l’assistance consulaire»¹³⁰. Ma ci sono anche ostacoli ulteriori.

I Giudici di Strasburgo ricordano che non esiste alcuna norma di diritto internazionale o dell’UE che costringa gli Stati a rimpatriare i loro cittadini, e, nemmeno, una posizione politica favorevole a una simile possibilità¹³¹. Se così è, conclude la Corte, «les citoyens français retenus dans

¹²⁶ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §250.

¹²⁷ *Ivi*, §§251-252.

¹²⁸ *Ivi*, §255. Si v., *ex multis*, Corte EDU, *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, sentenza del 31 luglio 2012, ricorso n. 40020/03, §127 e *Mediterranean joint-venture e altri c. Italia*, sentenza del 29 aprile 2008, ricorso n. 351/05.

¹²⁹ La Corte fa espresso riferimento alle indicazioni della *Commission d’enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne* (A/HRC/46/55), 11 marzo 2021, reperibile online: <https://www.ecoi.net/en/file/local/2069645/G2225152.pdf>.

¹³⁰ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §256.

¹³¹ *Ivi*, §258.

les camps du nord-est de la Syrie ne sont pas fondés à réclamer le bénéfice d'un droit général au rapatriement au titre du droit d'entrer sur le territoire national garanti par l'article 3 § 2 du Protocole no 4». Fra l'altro, come segnalato dal Governo francese, riconoscere la sussistenza di una tale posizione giuridica soggettiva potrebbe dare origine a una situazione paradossale, delineando un «droit individuel à la protection diplomatique qui irait à l'encontre du droit international et du pouvoir discrétionnaire des États»¹³².

Ciononostante, la Corte ricorda che la CEDU persegue proprio l'obiettivo di vincolare gli Stati al rispetto dei diritti fondamentali: in particolare, occorre prestare ancora una volta attenzione alle particolarità del caso concreto. In questa luce, dall'art. 3, § 2, del Protocollo n. 4, discendono degli obblighi positivi in capo allo Stato laddove il rifiuto statale di intraprendere alcuna iniziativa volta ad assicurare il rimpatrio dei propri cittadini configuri una situazione sostanziale paragonabile di fatto all'esilio¹³³. I Giudici di Strasburgo, dunque, enucleano i passaggi da percorrere al fine di verificare se si rientri in una situazione di questo tipo. In primo luogo, occorre verificare se la condizione nella quale versano i congiunti dei ricorrenti sia tale da configurare la sussistenza di quelle «circostanze eccezionali» che comportano l'obbligo, per lo Stato, di garantire ai suoi cittadini l'esercizio effettivo del “diritto” al rimpatrio. In caso di risposta affermativa, è necessario effettuare un passaggio ulteriore, che sembrerebbe contrastare con l'obbligo sancito poco sopra: si deve accertare che il provvedimento con il quale lo Stato esprime il suo diniego ad intraprendere qualsiasi iniziativa volta ad assicurare il rimpatrio dei propri cittadini sia emesso all'esito di un procedimento che ne garantisca la non arbitrarietà¹³⁴.

L'analisi svolta dalla Corte della situazione di fatto in cui si trovavano i congiunti dei ricorrenti conduce gli stessi giudici a ritenere sussistente l'obbligo di garantire ai cittadini francesi l'esercizio concreto del “diritto” al rimpatrio¹³⁵: depongono in questo senso proprio i documenti e le dichiarazioni di diverse organizzazioni internazionali e regionali (tra cui le

¹³² *Ivi*, §259.

¹³³ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §260.

¹³⁴ *Ivi*, §263.

¹³⁵ *Ivi*, §§265-270. La Corte porta a sostegno di tale conclusione cinque ragioni. In primo luogo, la situazione in esame si distingue dai contesti classici di applicazione della protezione diplomatica e/o consolare e dei meccanismi di cooperazione in materia penale (i campi nel Nord-est della Siria sono sotto il controllo di un gruppo armato non statale, le FDS, sostenute da una coalizione di Stati, tra cui la Francia, e aiutate dal CICR e da organizzazioni umanitarie): i parenti dei richiedenti possono beneficiare unicamente della protezione garantita dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, il quale riguarda i conflitti armati a carattere non internazionale, che si verificano nel territorio di uno degli stati contraenti. In secondo luogo, le condizioni generali nei campi devono essere considerate incompatibili con le norme applicabili ai sensi del diritto internazionale umanitario. In terzo luogo, non è stato costituito nessun tribunale o altro organo internazionale d'inchiesta per decidere la sorte delle donne detenute nei campi. In quarto luogo, le autorità curde hanno ripetutamente invitato gli Stati a rimpatriare i loro cittadini. In quinto luogo, la Francia ha ufficialmente indicato che i minori francesi in Iraq o in Siria hanno diritto alla protezione dello Stato e possono essere rimpatriati.

Nazioni Unite, il Consiglio d'Europa e l'UE), che invitano gli Stati europei a rimpatriare i loro cittadini detenuti nei campi siriani¹³⁶. Le circostanze eccezionali, fra l'altro, riguardano soggetti particolarmente vulnerabili data la giovane età. La Corte, in questa prospettiva, rammenta quanto stabilito dal Comitato dei diritti del minore delle Nazioni Unite pochi mesi prima della sentenza¹³⁷. Il Comitato dichiarava, infatti, fondate le denunce avanzate dai parenti di alcuni bambini di nazionalità francese, detenuti nei campi siriani, che lo Stato francese aveva rifiutato di rimpatriare sulla base della presunta collaborazione dei genitori con l'ISIS¹³⁸. Nella recente Comunicazione del 23 febbraio 2022, condannava la Francia per non essere intervenuta sottolineando l'importanza per lo Stato francese di garantire che l'interesse superiore del minore, sancito dall'art. 3 della Convenzione di New York, fosse considerato quale principio preminente nell'esame di una domanda di rimpatrio¹³⁹.

¹³⁶ Si v., *ex multis*, Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite (CAT), Comunicazione n. 922 del 2019 (G/SO 229/31 FRA), 24 marzo 2020, §35; Rapporto del Relatore speciale sulla promozione e la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo (A/HRC/40/52/Add.4), 8 maggio 2019, §§47 e 61-62; Dichiarazioni del 21 maggio 2019, 4 novembre 2019 e 29 marzo 2021 della Direttrice generale dell'UNICEF ((UNICEF/UN029014).

¹³⁷ Il Comitato, in merito all'applicazione della CEDU nel contesto del conflitto siriano, afferma: «The obligations of States parties under the Conventions apply to each child within their jurisdictions, including the jurisdiction arising from a State exercising effective control outside its borders. Those obligations cannot be arbitrarily and unilaterally curtailed either by excluding zones or areas from the territory of a State or by defining particular zones or areas as not or only partly under the jurisdiction of the State, including in international waters or other transit zones where States put in place migration control mechanisms. The obligations apply within the borders of the State, including with respect to those children who come under its jurisdiction while attempting to enter its territory», Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration ((CMW/C/GC/3-CRC/C.GC/22), punto 12).

¹³⁸ Comunicazioni CRC/C/86/D/R.77/2019 (nello specifico i §§8.6, 8.7, 8.8, 8.9), CRC/C/85/D/79/2019 e CRC/C/85/D/109/2019, commentate da H. Duffy, *French Children in Syrian Camps: The Committee on the Rights of the Child and the Jurisdictional Quagmire*, in *Leiden Children's Rights Observatory*, 23 febbraio 2021, reperibile online: <https://ssrn.com/abstract=3787929>.

¹³⁹ CDE, *Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant les communications nos 77/2019, 79/2019 et 109/2019*, 23 febbraio 2022: «Au vue de tout ce qui précède, et dans les circonstances particulières des cas d'espèce, le Comité conclut que le fait que l'État partie n'ait pas protégé les enfants victimes constitue une violation des leurs droits en vertu des articles 3 et 37 (a) de la Convention et que le manquement de l'État partie à protéger les enfants victimes contre une menace imminent et prévisible à leurs vies constituerait une violation du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention» (punto 6.11), reperibile online: CRC/C/89/DR/77/2019-CRC/C/89/DR/79/2019 (ohchr.org). Per un commento, si v. OHCHR, *France violated rights of French children detained in Syria by failing to repatriate them, UN committee finds*, 24 febbraio 2022, reperibile online: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/02/france-violated-rights-french-children-detained-syria-failing-repatriate> e J.E. Doek, *Individual communications submitted under the under the Optional*

Chiarita l'eccezionalità della situazione siriana, anche alla luce dei soggetti coinvolti, e sancito il conseguente obbligo per la Francia di garantire ai suoi cittadini l'effettività del rimpatrio, la Corte passa a verificare che il rifiuto opposto dalla Francia alle richieste degli interessati non sia stato arbitrario. La Francia, infatti, aveva assicurato il ritorno di una parte dei minori presenti nei campi siriani; dunque, di minori che si trovavano in una situazione non divergente da quella dei familiari dei ricorrenti. In assenza di un provvedimento motivato, i ricorrenti però non hanno potuto verificare la legittimità delle ragioni sottese alla decisione assunta a riguardo dei loro congiunti¹⁴⁰: difficile comprendere se la scelta operata dalle autorità francesi fosse quindi dovuta al tentativo di individuare un equilibrio tra la garanzia delle libertà e la tutela della sicurezza pubblica, o ad altro. Per la Corte la distinzione è decisiva per una precisa ragione: un conto sono le scelte politiche effettuate all'interno della *counter-terrorism strategy*, le quali «par leur nature même» non sono sindacabili dalla Corte; un altro, sono quelle misure che hanno un'incidenza diretta sui diritti protetti dalla CEDU¹⁴¹. Soltanto queste ultime sono soggette ad un'analisi rigorosa: in particolare, devono formare oggetto di un esame individuale e devono essere sottoposte al controllo di un organo indipendente (anche se di natura non giurisdizionale)¹⁴². La valutazione di una domanda di rimpatrio rientra in questa seconda categoria¹⁴³.

Ad aggravare la situazione nel caso in esame si aggiungono due ulteriori fattori. In primo luogo, la domanda di rimpatrio coinvolgeva minori e quindi la decisione avrebbe dovuto rispettare criteri ancora più stringenti: sarebbero dovuti emergere i rilievi in merito all'interesse superiore del minore, così come la sua particolare vulnerabilità e i suoi bisogni specifici. In secondo luogo, data la asserita natura politica della decisione assunta dal Governo, i ricorrenti non hanno nemmeno potuto ottenere risposta dagli organi giurisdizionali interni¹⁴⁴. Questo passaggio appare particolarmente interessante perché, data la materia coinvolta, chiede ai Giudici di Strasburgo di esprimersi con particolare attenzione. Essi devono infatti, da un lato, chiarire che non spetta loro esprimersi in merito alla *théorie des actes de gouvernement*, o mettere in discussione le scelte politiche della Francia: come rilevato in precedenza, anche di fronte a situazioni eccezionali, lo Stato può legittimamente negare il rimpatrio per ragioni di interesse pubblico o per difficoltà di ordine giuridico, diplomatico o materiale, purché sussista un meccanismo di controllo delle decisioni che permetta di verificare la non arbitrarietà di tali scelte¹⁴⁵. Dall'altro, e sempre date le tematiche in rilievo,

Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility, n. 2/2022, Leiden, 11, reperibile online: <https://hdl.handle.net/1887/3304288>.

¹⁴⁰ *H.F. e altri c. Francia*, cit., §§279-280.

¹⁴¹ *Ivi*, §273. La Corte EDU riprende quanto affermato in *Tagayeva e altri c. Russia*, sentenza del 13 aprile 2017, ricorsi nn. 26562/07 e altri, §481.

¹⁴² *Ivi*, §276. In senso analogo, si v., Corte EDU, *Ghounid e altri*, cit., §§44 e 47; *Beghal c. Regno-Unito*, sentenza del 28 febbraio 2019, ricorso n. 4755/16, §88 e *K2 c. Regno-Unito*, cit., §§49-50 e 54-61.

¹⁴³ *Ivi*, §274.

¹⁴⁴ *Ivi*, §281.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

non possono di certo non chiarire se specifiche, “nuove” fattispecie cadano sotto l’art. 3, § 2 del Protocollo n. 4.

4. Conclusioni: il rimpatrio fra diritti dei cittadini e obblighi degli Stati

A conclusione dell’analisi effettuata, si intende cercare di fornire una chiave di lettura delle molte tematiche trattate ed evidenziarne alcuni profili di criticità. Come si è avuto modo di spiegare, l’interpretazione inusuale dell’art. 3, § 2, del Protocollo n. 4 consente ai Giudici di Strasburgo di ammettere che, a determinate condizioni, la cittadinanza francese possa costituire un criterio di collegamento sufficiente per stabilire la sussistenza della giurisdizione extraterritoriale della Francia. In ragione delle contingenze eccezionali che caratterizzano la situazione dei suoi cittadini trattenuti nei campi del Nord-est della Siria, la Francia ha l’obbligo di garantire il rispetto dei loro diritti. La pronuncia non si ferma qui. Essa chiarisce fino a che punto lo Stato possa limitare il “diritto” al rimpatrio dei propri cittadini e di fronte a quali circostanze la Convenzione imponga invece allo Stato l’obbligo di renderne effettivo l’esercizio. Alla luce dell’obiettivo proprio della CEDU – ossia vincolare gli Stati al rispetto dei diritti fondamentali – la Corte stabilisce che, di fronte a circostanze eccezionali, ogni Stato sia tenuto a garantire ai propri cittadini l’esercizio concreto del “diritto” al rimpatrio. Ed è proprio da questo ragionamento che discende la portata innovativa della pronuncia: l’art. 3, § 2, del Protocollo n. 4, diviene una disposizione avente una valenza processuale, ma con delle ripercussioni evidenti sul piano sostanziale. Il carattere sostanziale emerge dalla eccezionalità delle condizioni fattuali, permettendo di conseguenza sia di incardinare la giurisdizione extraterritoriale di uno Stato, sia di imporre degli obblighi positivi in capo allo stesso Stato, soprattutto laddove sia in gioco la tutela dei diritti di soggetti vulnerabili quali i minori.

Fermo restando questo interessante tratto innovativo, la pronuncia pare però risentire di una certa ambiguità, probabilmente legata al tentativo della Corte di tutelare i diritti dei *foreign fighters* e delle loro famiglie evitando di «ouvrir des vannes» dalle quali discenderebbero oneri eccessivi per gli Stati. In questa luce, la Corte sostiene, da una parte, che non esista alcun diritto generale al rimpatrio e, al contempo, che comunque sorga un obbligo in capo allo Stato di rimpatriare i propri cittadini quando dal rifiuto possa derivare una lesione dei diritti sanciti dalla Convenzione. Questa regola, apparentemente eccezionale, nei fatti pare estensibile alla maggioranza delle richieste di rimpatrio. Infine, per la Corte lo Stato può però negare il rimpatrio purché ciò accada nel pieno rispetto della legalità procedimentale: le ragioni di interesse pubblico sottese alla decisione di rigetto della richiesta di rimpatrio devono essere esplicitate di modo tale da poter essere valutate da un organo terzo e imparziale¹⁴⁶. Come rilevato acutamente nelle opinioni

¹⁴⁶ In senso analogo, si v. T. Mehra, L.L.M.M. Wentworth e A. Thorley, *The European Court of Human Rights Sitting on the Fence?: Its Ruling and Impact on the Repatriation of European Children from North-East Syria*, The Hague: International Centre for Counter-Terrorism (ICCT), 16 settembre 2022, reperibile online:

separate, dalla sentenza si evincono chiaramente solo degli obblighi di carattere procedimentale¹⁴⁷. La Grande Camera non chiarisce, infatti, gli obblighi sostanziali positivi ricadenti sugli Stati, ma ne permette l'individuazione solo rinviando a quanto statuito in precedenti decisioni aventi ad oggetto la revoca della cittadinanza. L'assenza di indicazioni precise sul punto rende sfocato anche il concetto stesso di "decisione arbitraria". Così facendo, i Giudici di Strasburgo delineano da un lato, in maniera precisa ed accurata, le circostanze eccezionali dalle quali sorgono degli obblighi positivi per lo Stato; dall'altro, però, introducono un concetto di arbitrarietà vago al punto da permettere agli Stati di giustificare facilmente le proprie decisioni di rigetto delle domande di rimpatrio, con una seria conseguenza. Forme di "esilio di fatto" potrebbero finire col rientrare fra gli istituti non contrari a Convenzione in ragione del procedimento con il quale vengono adottati. Un'ipotesi che, come si è visto, non dovrebbe trovare fondamento nell'art. 3, § 2 così come interpretato dalla stessa Corte EDU: la disposizione, infatti, non riguarda le decisioni arbitrarie degli Stati membri che possano violare i diritti convenzionali dei loro cittadini, ma vieta l'istituto dell'esilio.

Ciò detto, la Corte non si sofferma sulla questione che pare essere centrale nel contesto finora discusso: non chiarisce se, nel rispetto delle garanzie procedurali, gli Stati possano negare il rimpatrio ai cittadini sospettati di partecipare ad attività di terrorismo, così come ai membri della loro famiglia¹⁴⁸. Si ripropone essenzialmente il medesimo dilemma che ha coinvolto l'istituto della *déchéance de la nationalité*, alla quale la Corte fa a più riprese rinvio: come garantire l'effettività delle misure antiterrorismo e la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, ovvero come assicurare il rispetto del «principio di complementarietà e di mutuo rafforzamento» dei due obiettivi?¹⁴⁹ La domanda rimane aperta, lasciando la possibilità che la negazione del diritto al rimpatrio finisca col configurarsi come una forma di esilio di fatto. D'altronde, anche alla luce dell'analisi svolta in precedenza, pare difficile pensare che la Corte potesse spingersi ancora più in là. Ciò avrebbe voluto dire porsi potenzialmente in contrasto con le scelte prettamente politiche adottate in Francia negli ultimi anni nell'ambito della *counter-terrorism strategy*. Decisioni che a tratti sembrano ricadere in quella che è stata definita criticamente come una vera e propria «trappola del consenso»¹⁵⁰, ma non per questo sindacabili sotto il profilo della loro legittimità. Ciononostante, la sentenza in commento contribuisce a

<https://icct.nl/publication/european-court-of-human-rights-ruling-impact-on-repatriating-european-children-from-northeast-syria/> .

¹⁴⁷ Opinione in parte dissenziente comune ai giudici Yudkivska, Wojtyczek e Roosma e opinione concordante comune ai giudici Pavli e Schembri Orland.

¹⁴⁸ Opinione concordante comune ai giudici Pavli e Schembri Orland, §5.

¹⁴⁹ La questione è posta in questi termini anche da C. Casiello, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, cit., spec. 350.

¹⁵⁰ Si fa riferimento a quanto affermato da E. Grosso, *Lotta al terrorismo e funzione pedagogica della politica: l'anima perduta dell'Europa*, in *DPCE*, n. 2/2016, 285-294. In particolare, l'autore afferma che «oggi il principale obiettivo delle classi politiche sia quello di venire incontro in qualsiasi modo e a qualsiasi prezzo alla richiesta pressante, da parte dei cittadini-elettori, di adottare drastiche misure di blocco indiscriminato della nuova ondata migratoria» (spec. 287).

individuare una direttiva interpretativa chiara basata sulla logica della responsabilizzazione dello Stato: anche l'art. 3, § 2, del Protocollo n. 4 si può configurare come uno strumento utile in difesa dei diritti umani, soprattutto nei confronti di quei soggetti definiti come vulnerabili dalla stessa Corte, ossia donne e minori¹⁵¹. In questa luce, sarebbe importante che la pronuncia permettesse di intensificare (e monitorare) le politiche dei rimpatri dei minori e delle loro famiglie detenuti nel Nord-est della Siria, dove permane una situazione molto critica¹⁵². A questa conclusione, occorre aggiungere una considerazione ulteriore: la permanenza dei minori nei campi li espone

¹⁵¹ Allo scopo si potrebbe altresì pensare di rafforzare la cooperazione giudiziaria internazionale. Numerose, in questa prospettiva, le Risoluzioni che il Consiglio di sicurezza dell'ONU ha adottato dal 2001, si v., in particolare, la S/RES/1373 (2001), i punti 4 e 6 della S/RES/2178 (2014) del 24 settembre 2014 e il punto 31 della S/RES/2396 (2017) del 21 dicembre 2017. Inoltre, lo stesso Ufficio del *counter-terrorism* della Segreteria generale dell'ONU ha sviluppato nell'aprile del 2019 un insieme di principi chiave, i c.d. principi di Madrid (S/2015/939 del 23 dicembre 2015, reperibili online:

https://www.un.org/securitycouncil/ctc/sites/www.un.org/securitycouncil.ctc/files/files/documents/2021/Jan/madrid-guiding-principles_fr.pdf).

¹⁵² All'inizio del 2021, diverse ONG denunciano le difficili condizioni di vita nel campo, che gravano in particolare sulle famiglie con minori. Save the children, in un report pubblicato nel 2021, stima che tra gli individui presenti nel campo di *Al-Hol*, il 50% sono minori sotto i 12 anni, mentre nel campo di *Roj* il 55% (*When am I Going to Start to Live? The urgent need to repatriate foreign children trapped in Al-Hol and Roj Camps*, 27 settembre 2021, reperibile online: [when_am_i_going_to_start_to_live_final_0.pdf](https://www.resourcencentre.org/when-am-i-going-to-start-to-live-final-0.pdf) (resource-centre-uploads.s3.amazonaws.com)). Secondo il report dell'ONG REACH, pubblicato a maggio 2022, i due campi controllati da AANES, *Al-Hol* e *Roj*, contengono circa 60.000 persone, 12.000 delle quali provenienti da Stati terzi. Al momento, unicamente nell'edificio supplementare dedicato agli stranieri ci sono 2.038 famiglie, costituite da circa 7.600 donne e 58 bambini (il report è reperibile online: <https://www.impact-repository.org/document/reach/cecb01b0/Northwest-Maaret-Tamsrin-IDP-Camps-and-Informal-Settlements-Flood-Simulation-Report-Syria-%E2%80%93-May-2022.pdf>). La maggior parte delle donne e dei bambini presenti ad *Al-Hol* sono state trasferite nel campo di *Roj*, che ad agosto conteneva circa 801 famiglie e 2.506 persone (è quanto si legge nell'*United Nations Resident Coordinator and Humanitarian Coordinator in Syria, Imran Riza, statement on visit to north-east Syria*, Damasco, 17 agosto 2022, reperibile online: <https://reliefweb.int/report/syrian-arab-republic/united-nations-resident-coordinator-and-humanitarian-coordinator-syria-imran-riza-statement-visit-north-east-syria-enar>). L'8 febbraio 2022 è stato pubblicato il *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic* dove si rileva che «Depriving individuals, including children, with alleged links to Da'esh [...] of liberty without criminal charge or any individual assessment by an impartial and independent body as to whether their internment is justified on grounds of imperative reasons of security is unlawful (A/HRC/48/70, paras. 110–112)» (General Assembly, *Human rights situations that require the Council's attention Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic* (A/HRC/49/77), §112, 8 febbraio 2022, reperibile online: [G2225152.pdf](https://www.un.org/pressdocs/2022/G2225152.pdf) (ecoi.net)). Sulla base di tali rilevazioni, si ritiene che i rimpatri effettuati non siano ancora sufficienti, si v. *Speed up repatriations or foreign children could be stuck in North East Syria camps for up to 30 years, warns Save the Children*, 23 marzo 2022, reperibile online: <https://reliefweb.int/report/syrian-arab-republic/speed-repatriations-or-foreign-children-could-be-stuck-north-east-syria>.

ad un maggior rischio di radicalizzazione¹⁵³. Il pericolo di radicalizzazione dei minori conferma quanto accennato in precedenza: l'analisi del fenomeno dei *foreign fighters* può divenire un ambito di sperimentazione di una *counter-terrorism strategy* che miri alla tutela della sicurezza pubblica attraverso il rimpatrio dei *fighters* e delle loro famiglie, unito inscindibilmente al loro reinserimento e alla loro reintegrazione nella società. Una strada che sembra essere già stata formalmente intrapresa da parte dell'UE¹⁵⁴.

Laura Restuccia
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Milano-Bicocca
l.restuccia@campus.unimib.it

¹⁵³ Si v. CE, *Repatriated foreign terrorist fighters and their families: European experiences & lessons for P/CVE*, 2021, reperibile online: [ran_ad-hoc_repatriated_ftfs_june_2021_en.pdf](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0795&from=EN) (europa.eu).

¹⁵⁴ Si riporta quanto espresso nel punto 27 della Comunicazione, *Un programma di lotta al terrorismo dell'UE: prevedere, prevenire, proteggere e reagire* (COM(2020) 795 final): «La nostra protezione più forte contro la minaccia terroristica risiede nelle fondamenta della nostra Unione, inclusive e basate sui diritti [...]. Per questo, dobbiamo investire nella coesione sociale, nell'istruzione e in società inclusive nelle quali ognuno senta che la propria identità è rispettata e si senta pienamente parte della comunità nel suo complesso» reperibile online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0795&from=EN>.