

Protezione dei migranti: Corte Edu e Corte di giustizia a confronto

di Salvatore Centonze e Sara Anastasio

Il contributo analizza l'elaborazione differenziata della giurisprudenza europea – rispettivamente, nell'ambito del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea – in materia di protezione del soggetto “migrante”. Il critico bilanciamento tra diritti intangibili della persona e istanze sovrane nazionali, e il mancato raggiungimento di un livello comune di tutela riflettono l'urgenza di un ripensamento del concetto giuridico di “frontiera” e del principio di solidarietà fra Stati membri.

1. Migranti e Cedu

«Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo»: così l'art. 2 del Protocollo n. 4 addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, sotto la rubrica «libertà di circolazione», afferma il cd. “diritto all'emigrazione”.

È trascorso mezzo millennio da quando, nel 1539, il teologo spagnolo Francisco de Vitoria, nelle sue *Relectiones de Indis*, teorizzò per la prima volta lo *ius migrandi* come un diritto naturale universale e, insieme, come fondamento del moderno diritto internazionale.

Lo *ius migrandi* è oggi universalmente considerato uno dei più antichi diritti naturali. Un diritto che appartiene alla tradizione giuridica liberale, al punto da essere stato consacrato nell'art. 13, comma 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, e nell'art. 35, comma 4, della nostra Costituzione repubblicana.

La teorizzazione di quel diritto servì, sul piano pratico, a legittimare culturalmente la conquista spa-

gnola del Nuovo Mondo e fu, quindi, per molto tempo un diritto asimmetrico, nel senso che venne di fatto esercitato soltanto dagli occidentali ai danni di coloro che ne subirono, loro malgrado, le politiche espansionistiche¹.

A tale diritto, ora come allora, non si accompagna un corrispondente diritto di immigrazione nel Paese di destinazione, materia questa che costituisce tradizionale prerogativa dello Stato nazionale in quanto tipica manifestazione della sua sovranità.

È, invero, principio di diritto internazionale ormai consolidato quello per cui i singoli Stati, nell'ambito di politiche di controllo dell'immigrazione, possono limitare la libertà degli stranieri cui non sia riconosciuto il diritto di ingresso e soggiorno nel territorio di un altro Stato².

Gli sviluppi del fenomeno migratorio e il crescente atteggiamento statale di chiusura verso cittadini di Paesi terzi hanno, tuttavia, sollecitato la giurisprudenza sovranazionale a bilanciare le prerogative statali con l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali e inderogabili di un soggetto migrante sempre più vulnerabile.

1. Così G. De Simone, citando L. Ferrajoli, nella prefazione a S. Centonze (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2010.

2. «117. Whilst the general rule set out in Article 5 § 1 is that everyone has the right to liberty, Article 5 § 1 (f) provides an exception to that general rule, permitting States to control the liberty of aliens in an immigration context. As the Court has remarked before, subject to their obligations under the Convention, States enjoy an “undeniable sovereign right to control aliens' entry into and residence in their territory” (see *Chahal*, cited above, § 73, and *Saadi*, cited above, § 64)» (*Popov c. Francia*, ric. n. 39472/07, 19 gennaio 2012).

A quest'ultimo è stato, pertanto, progressivamente attribuito un nucleo di diritti minimi e intangibili, con inevitabili ripercussioni sulle modalità di esercizio delle politiche migratorie dei singoli Stati.

2. Tutela del migrante nella giurisprudenza della Corte Edu

Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il migrante non è tutelato in quanto tale, ma in quanto persona cui sono attribuiti diritti assoluti e fondamentali quali il diritto alla vita, quello inerente al divieto di trattamenti disumani o degradanti o il diritto alla vita privata e familiare.

Da qui il ruolo determinante della Corte di Strasburgo nel plasmare l'applicazione di tali diritti alle situazioni concretamente ascrivibili al migrante, condizionando la discrezionalità statale sul controllo delle proprie frontiere.

2.1. Divieto di tortura

«Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Il divieto di cui all'art. 3 Cedu rappresenta, usando un'efficace espressione utilizzata per la prima volta dai giudici di Strasburgo (nella sentenza *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, 7 luglio 1989, par. 88), un «principio fondamentale delle società democratiche» che non ammette deroga alcuna, neppure nei casi di urgenza di cui all'art. 15 della stessa Convenzione³.

Nella giurisprudenza della Corte Edu, tale principio è stato spesso utilizzato a tutela dei migranti sia per scongiurare il rischio di trattamenti inumani nel Paese di destinazione, sia in riferimento alle condizioni di detenzione nei centri di espulsione.

Da qui il ruolo chiave della norma nel lavoro interpretativo della Corte sovranazionale, teso a bilanciare le istanze statali di difesa della propria sovranità nelle politiche migratorie con la tutela del nucleo di diritti minimi e intangibili riconosciuti allo straniero migrante⁴.

Per comprendere la portata del principio basti rammentare che, secondo i giudici di Strasburgo, il rischio di trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione del migrante espulso delegittimerebbe anche l'espulsione giustificata dalla rilevante pericolosità sociale di quest'ultimo (*Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, par. 127)⁵.

Il divieto di cui all'art. 3 è stato ritenuto operante anche nei casi di cd. «*refoulement* indiretto», qualora sussista il pericolo che il Paese intermedio, non applicando la legislazione in materia di asilo conformemente ai principi convenzionali, rinvii il migrante in un territorio a rischio (*M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], ric. n. 30696/09, 21 gennaio 2011).

Neanche le difficoltà derivanti dal crescente flusso di migranti e di richiedenti asilo nei Paesi situati ai confini dell'Unione europea potrebbero esonerare gli Stati dall'ottemperare agli obblighi derivanti dall'art. 3 Cedu, ciò anche in riferimento alle condizioni di detenzione nei centri di espulsione (*Popov c. Francia*, ric. n. 39472/07, 19 gennaio 2012, par. 103; nel caso trattato, le condizioni di detenzione di migranti minori sono state considerate incompatibili con i principi internazionali di protezione dell'infanzia)⁶.

La portata del principio è stata estesa anche ai casi di espulsione di stranieri esposti al rischio «reale e dimostrato» per la vita e per la salute a causa della previsione di cure mediche inadeguate nel Paese di destinazione (*D. c. Regno Unito*, ric. n. 30240/96, 2 maggio 1997, parr. 49 ss.).

3. «Article 3, which prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, enshrines one of the fundamental values of democratic societies. Unlikemost of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15, even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 163, Series A no. 25; *Chahal*, cited above, § 79; *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 59, ECHR 2001-XI; and *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, § 335, ECHR 2005-III)» (*Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, par. 127).

4. Così F.L. Gatta, *Le espulsioni collettive di stranieri alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in F. Cortese e G. Pelacani (a cura di), *Il Diritto in migrazione, Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 219-256, disponibile online (<https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/181252/145291/COLLANA%20QUADERNI%20VOLUME%2030.pdf>).

5. «As the prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment is absolute, irrespective of the victim's conduct (see *Chahal*, cited above, § 79), the nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3 (see *Indelicato v. Italy*, no. 31143/96, § 30, 18 October 2001, and *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, §§ 115-16, ECHR 2006-IX)».

6. «Ainsi, compte tenu du bas âge des enfants, de la durée de leur détention et des conditions de leur enfermement dans un centre de rétention, la Cour estime que les autorités n'ont pas pris la mesure des conséquences inévitablement dommageables pour les enfants. Elle considère que les autorités n'ont pas assuré aux enfants un traitement compatible avec les dispositions de la Convention et que celui-ci a dépassé le seuil de gravité exigé par l'article 3 de la Convention. Partant il y a eu violation de cet article à l'égard des enfants».

2.2. Diritto alla libertà e alla sicurezza

L'art. 5 Cedu è volto a proteggere la libertà personale intesa nella sua accezione tradizionale di libertà fisica della persona contro detenzioni o arresti arbitrari e abusivi.

Tale garanzia, al pari di quelle contemplate dagli artt. 2, 3 e 4 Cedu, ha rango di diritto fondamentale, tuttavia derogabile, nei casi di urgenza, ai sensi dell'art. 15, comma 2, Cedu e nelle ipotesi tassative previste dalla lett. (a) alla lett. (f) dello stesso art. 5.

L'ultima di tali ipotesi riguarda il caso di «arresto o detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare irregolarmente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o d'estradizione».

La compatibilità convenzionale della privazione della libertà personale del migrante irregolare non è, tuttavia, incondizionata e la Corte europea ne ha progressivamente disegnato i confini ridimensionandola attraverso la previsione di requisiti di conformità e non arbitrarietà (*Mikolenko c. Estonia*, ric. n. 10664/05, 8 ottobre 2009, par. 60)⁷.

In particolare, la detenzione deve essere conforme al diritto interno nazionale che la prescrive e disciplina, in linea con i principi generali della Convenzione. L'accertamento del rispetto di tale requisito impone la necessità di valutare non solo la legislazione in vigore nel settore in esame, ma anche la qualità delle altre norme giuridiche applicabili alle parti inte-

ressate. Detta "qualità" implica, in questo senso, che una legge nazionale che autorizzi la privazione della libertà debba essere sufficientemente accessibile e precisa, al fine di evitare ogni rischio di arbitrarietà (*Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, ric. n. 13178/03, 12 ottobre 2006, par. 97)⁸.

La privazione della libertà deve essere, inoltre, strettamente legata allo scopo perseguito, in modo che luogo, condizioni e durata della detenzione si pongano rispetto all'obiettivo ultimo in termini di proporzionalità e adeguatezza (*Popov c. Francia*, ric. n. 39472/07, 19 gennaio 2012)⁹.

In materia di trattenimento dello straniero nelle more del procedimento di espulsione, la Corte Edu ha precisato che la limitazione della libertà personale, pur slegata dalla sussistenza di un effettivo pericolo di fuga o di commissione di reati da parte del soggetto interessato, non debba prolungarsi per un periodo di tempo irragionevole, in ossequio al principio di proporzionalità (*Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, 25 ottobre 1996)¹⁰.

Ancora, il rispetto del principio di proporzionalità richiede che lo Stato si adoperi diligentemente per creare le condizioni che rendano possibile l'espulsione in presenza di una realistica prospettiva della sua attuazione; circostanza questa, ad esempio, assente nel caso di impossibilità, per le autorità nazionali, a procurarsi i documenti necessari per eseguire l'allontanamento (*Mikolenko c. Estonia*, ric. n. 10664/05, 8 ottobre 2009).

7. «Article 5 § 1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness. It is a fundamental principle that no detention which is arbitrary can be compatible with Article 5 § 1 and the notion of "arbitrariness" in Article 5 § 1 extends beyond lack of conformity with national law, so that a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention (see Saadi, cited above, § 67). To avoid being branded as arbitrary, detention under Article 5 § 1 (f) must be carried out in good faith; it must be closely connected to the ground of detention relied on by the Government; the place and conditions of detention should be appropriate; and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued (Saadi; A. and Others v. the United Kingdom)».

8. «In order to ascertain whether a deprivation of liberty has complied with the principle of compatibility with domestic law, the Court must assess not only the legislation in force in the field under consideration, but also the quality of the other legal rules applicable to the persons concerned. Quality in this sense implies that a national law authorising deprivation of liberty must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness».

9. «116. The Court reiterates that all that is required for detention to be compatible with Article 5 § 1 (f) is that action is being taken with a view to deportation and that the detention is carried out for the purposes of enforcing the measure. It is therefore immaterial whether the underlying decision to expel can be justified under national or Convention law, or whether the detention was reasonably considered necessary, for example to prevent the person concerned from committing an offence or fleeing. [...] 118. It is well established in the Court's case-law under the sub-paragraphs of Article 5 § 1 that any deprivation of liberty must, in addition to falling within one of the exceptions set out in sub-paragraphs (a)-(f), be "lawful" (see, among other authorities, *Winterwerp v. the Netherlands*, 24 October 1979, § 37, Series A no. 33; *Amuur*, cited above, § 50; and *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, § 78, ECHR2000-III). The Court has already stated, in two cases concerning similar facts, that there must be some relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention (see *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga*, cited above, § 102, and *Muskhadzhivjeva and Others*, cited above, § 73); lastly, the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued (see *Saadi*, cited above, § 74, and *Rahimi*, cited above, § 106)».

10. «113. The Court recalls, however, that any deprivation of liberty under Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) will be justified only for as long as deportation proceedings are in progress. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible under Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) (see the *Quinn v. France* judgment of 22 March 1995, Series A no. 311, p. 19, para. 48, and also the *Kolompar v. Belgium* judgment of 24 September 1992, Series A no. 235-C, p. 55, para. 36). It is thus necessary to determine whether the duration of the deportation proceedings was excessive».

Il trattenimento, inoltre, non deve privare il richiedente asilo del diritto di ottenere un accesso effettivo alla procedura per determinare lo status di rifugiato (*Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92, 25 giugno 1996, par. 46)¹¹.

2.3. Diritto a un processo equo

«Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta» (art. 6 Cedu).

I giudici di Strasburgo hanno dato alla norma una interpretazione restrittiva, escludendo l'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 6 Cedu ai procedimenti sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dello straniero poiché non attinenti a controversie di natura strettamente civile o penale (*Maaouia c. Francia*, ric. n. 39652/98, 5 ottobre 2000)¹².

Tuttavia, in tali casi, dovranno intervenire le tutele di cui agli artt. 5 e 13 Cedu.

Il secondo comma dell'art. 5 stabilisce il diritto della persona arrestata a «conoscere, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico».

L'art. 13 prevede che «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati» abbia «diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

Tale garanzia, intrinsecamente collegata alla violazione di un diritto convenzionale, deve essere riconosciuta in maniera «*practical and effective*» comportando, pertanto, la sospensione della misura espulsiva in via cautelare (*Conka c. Belgio*, ric. n. 51564/99, 5 febbraio 2002)¹³.

Le garanzie procedurali in caso di espulsioni di stranieri sono, inoltre, espressamente richiamate nell'art. 1 Protocollo addizionale alla Cedu n. 7, per

11. «In order to determine whether someone has been “deprived of his liberty” within the meaning of Article 5 of the ECHR, “the starting point must be his concrete situation, and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. The difference between deprivation of and restriction upon liberty is merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance. (...) Above all, such confinement must not deprive the asylum-seeker of the right to gain effective access to the procedure for determining refugee status».

12. «37. The Court therefore considers that by adopting Article 1 of Protocol No. 7 containing guarantees specifically concerning proceedings for the expulsion of aliens the States clearly intimated their intention not to include such proceedings within the scope of Article 6 § 1 of the Convention. 38. In the light of the foregoing, the Court considers that the proceedings for the rescission of the exclusion order, which form the subject matter of the present case, do not concern the determination of a “civil right” for the purposes of Article 6 § 1. The fact that the exclusion order incidentally had major repercussions on the applicant’s private and family life or on his prospects of employment cannot suffice to bring those proceedings within the scope of civil rights protected by Article 6 § 1 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, the *Neigel v. France* judgment of 17 March 1997, Reports 1997-II, pp. 410-11, §§ 43-44, and the *Maillard v. France* judgment of 9 June 1998, Reports 1998-III, pp. 1303-04, §§ 39-41). 39. The Court further considers that orders excluding aliens from French territory do not concern the determination of a criminal charge either. In that connection, it notes that their characterisation within the domestic legal order is open to different interpretations. In any event, the domestic legal order’s characterisation of a penalty cannot, by itself, be decisive for determining whether or not the penalty is criminal in nature. Other factors, notably the nature of the penalty concerned, have to be taken into account (see *Tyler v. the United Kingdom*, application no. 21283/93, Commission decision of 5 April 1994, DR 77, pp. 81-86). On that subject, the Court notes that, in general, exclusion orders are not classified as criminal within the member States of the Council of Europe. Such orders, which in most States may also be made by the administrative authorities, constitute a special preventive measure for the purposes of immigration control and do not concern the determination of a criminal charge against the applicant for the purposes of Article 6 § 1. The fact that they are imposed in the context of criminal proceedings cannot alter their essentially preventive nature. It follows that proceedings for rescission of such measures cannot be regarded as being in the criminal sphere either (see, *mutatis mutandis*, *Renna v. France*, application no. 32809/96, Commission’s decision of 26 February 1997, unreported). 40. The Court concludes that decisions regarding the entry, stay and deportation of aliens do not concern the determination of an applicant’s civil rights or obligations or of a criminal charge against him, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. 41. Consequently, Article 6 § 1 is not applicable in the instant case».

13. «46. The Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective (see, *mutatis mutandis*, *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 34, ECHR 1999-I) (...) 75. The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief. The scope of the Contracting States’ obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant’s complaint; however, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law. The “effectiveness” of a “remedy” within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. Nor does the “authority” referred to in that provision necessarily have to be a judicial authority; but if it is not, its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective. Also, even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so (see, among many other authorities, *Kudla v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 157, ECHR 2000-XI)».

cui uno straniero regolarmente residente nel territorio di uno Stato non può essere espulso se non in esecuzione di una decisione presa conformemente alla legge e deve poter: far valere le ragioni che si oppongono alla sua espulsione (par. 1, lett. a); far esaminare il suo caso (par. 1, lett. b); farsi rappresentare, a tali fini, davanti all'autorità competente o ad una o più persone designate da tale autorità (par. 1, lett. c).

Lo stesso articolo prevede (par. 2) che uno straniero possa essere espulso prima dell'esercizio dei menzionati diritti enunciati di cui al par. 1, lett. a, b, c, qualora tale espulsione sia necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale.

2.4. Principio di legalità

Il principio di legalità sancito dall'art. 7 Cedu prevede che «nessuno» possa «essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

Tale principio è stato applicato dai giudici di Strasburgo anche alla materia dell'espulsione dello straniero quale misura sostitutiva della pena detentiva (vds. *Gurguchiani c. Spagna*, ric. n. 16012/06, 15 dicembre 2009)¹⁴.

2.5. Diritto al rispetto della vita privata e familiare

Ulteriore limite al potere statale di espulsione dello straniero migrante è individuabile nell'art. 8 Cedu, che sancisce il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, vietando l'ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, se non nei casi in cui questa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, sia necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del Paese, per la difesa dell'ordine pubblico e la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale o, ancora, per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Tale diritto è stato, in più occasioni, richiamato dai giudici di Strasburgo che, nel valutare la portata potenzialmente pregiudizievole di provvedimenti espulsivi, hanno sottoposto la libertà di azione statale al rispetto di requisiti di legalità, finalità e necessità.

Ad esempio, è stata sottolineata la necessità di limitare l'espulsione degli stranieri che abbiano trascorso la maggior parte della loro vita nel Paese ospite a casi eccezionali di pericolo per la sicurezza dello Stato (*Bousarra c. Belgio*, ric. n. 25672/07, 23 settembre 2010).

Inoltre, è stata più volte ribadita l'esigenza che l'espulsione risulti necessaria in una società democratica attraverso un corretto bilanciamento tra interesse pubblico statale e tutela della situazione familiare dell'individuo (*Mutlag c. Germania*, ric. n. 40601/05, 25 marzo 2010).

Nell'ambito di tale bilanciamento, il parametro della gravità dei reati commessi ha determinato l'ammissibilità dell'interferenza statale nella vita familiare dei singoli poiché ritenuta proporzionata rispetto al fine legittimo di prevenire la commissione di reati di natura violenta (*Joseph Grant c. Regno Unito*, ric. n. 10606/07, 8 gennaio 2009).

2.6. Divieto di espulsioni collettive

L'art. 4 del Protocollo addizionale alla Cedu n. 4 vieta, in modo chiaro e insuscettibile d'interpretazioni, la pratica delle espulsioni collettive di stranieri.

Il principio insito in tale divieto è quello per cui un provvedimento di espulsione debba essere adottato sempre individualmente, prendendo in considerazione, in modo reale e non fittizio e di mera forma, le singole e differenziate situazioni di ogni individuo.

Ciò che caratterizza le espulsioni collettive, dunque, non è il dato quantitativo del numero di soggetti coinvolti, bensì il carattere non individualizzante della misura, dato dal mancato esame ragionevole e obiettivo della posizione individuale del singolo soggetto allontanato dal territorio dello Stato (*Andric c. Svezia*, ric. n. 45917/99, 23 febbraio 1999, par. 1)¹⁵.

Il carattere collettivo dell'espulsione, secondo i giudici di Strasburgo, può essere svelato da determinati fattori quali la concentrazione dei soggetti in-

14. In tale occasione «il ricorrente, straniero, si era visto applicare la misura dell'espulsione, con divieto di reingresso per dieci anni, in sostituzione della pena detentiva cui era stato condannato, sulla base di un nuovo regime successivo alla commissione del fatto che prevedeva obbligatoriamente tale sostituzione, al contrario della legge del tempo che invece demandava al giudice se eventualmente disporre – ciò che non era avvenuto nel caso concreto – l'espulsione sostitutiva con un divieto di reingresso, peraltro, dai tre ai dieci anni». Così G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2011, p. 286 (http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_1_2011-287-294.pdf).

15. «The Court finds that collective expulsion is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group. Moreover, the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis (see application no. 14209/88, decision of 16 December 1988, DR 59, p. 274)».

teressati, appartenenti alla stessa etnia, presso una medesima struttura di polizia e sulla base di un provvedimento per tutti identico (*Conka c. Belgio*, ric. 51564/99, 5 febbraio 2002)¹⁶.

Nel caso *Khlaifia e altri c. Italia* (ric. n. 30240/96, 15 dicembre 2016), la Grande Camera, pronunciandosi a seguito della richiesta di rinvio formulata dal Governo italiano avverso la sentenza resa dalla camera, tra le stesse parti, in data 1° settembre 2015, ha sostenuto che il fatto che i provvedimenti di respingimento fossero redatti in termini del tutto omogenei, con la sola diversificazione di dati personali del migrante destinatario, e che un gran numero di persone della stessa provenienza geografica fosse stato espulso contestualmente, non avrebbe dovuto portare a ritenere automaticamente integrata la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 4 alla Cedu (parr. 239 e 251).

In particolare, la Corte, rilevando che i ricorrenti erano stati sottoposti, in due occasioni, a identificazione (la prima, avvenuta subito dopo il loro arrivo nel centro di accoglienza, operata dalle autorità italiane; la seconda, all'aeroporto, operata dal console tunisino prima che i tre migranti fossero imbarcati sul volo per Tunisi), ha valorizzato il fatto che, nel corso di tali operazioni, questi ultimi avessero avuto modo di far presente la propria situazione e di evidenziare le specificità del proprio caso individuale attraverso colloqui personali effettuati con l'assistenza di un interprete.

3. Tutela del migrante e Unione europea

In campo comunitario, la materia dell'immigrazione è stata trattata in via solo riflessa e, per lo più, strumentale rispetto agli obiettivi di realizzazione del mercato interno e della libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali.

In tale ambito, l'atteggiamento della Comunità europea e, successivamente, dell'Unione europea ha risentito di opposte tensioni, oscillando tra l'avvertita esigenza di una "comunitarizzazione" della disciplina e le continue istanze statali volte al rafforzamento della sicurezza delle proprie frontiere.

Le competenze dell'Unione europea in materia di immigrazione discendono dall'art. 67 Tfeue, che prevede che l'Unione, nella realizzazione di «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri», garantisca «che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne» e sviluppi «una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi».

Il ruolo di definire gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia spetta al Consiglio, ai sensi dell'art. 68 Tfeue.

In tale settore, la competenza della Comunità ha natura concorrente con quella degli Stati membri, ma limitata al rispetto del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 Tfeue¹⁷.

Al capo II del titolo V Tfeue sono definite le «politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione», che si fondano su tre distinte disposizioni del Trattato.

In tema di controlli alle frontiere, l'art. 77 prevede che l'Unione sviluppi una politica volta a: «garantire l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne» (par. 1, lett. a); «garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne» (par. 1, lett. b); «instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne» (par. 1, lett. c).

L'art. 78 stabilisce che l'Unione sviluppi una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessiti di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al Protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo *status* dei rifugiati, nonché agli altri trattati pertinenti.

Infine, l'art. 79 attribuisce all'Unione europea il compito di sviluppare una politica comune dell'im-

16. «That doubt is reinforced by a series of factors: firstly, prior to the applicants' deportation, the political authorities concerned had announced that there would be operations of that kind and given instructions to the relevant authority for their implementation (see paragraphs 30 and 31 above); secondly, all the aliens concerned had been required to attend the police station at the same time; thirdly, the orders served on them requiring them to leave the territory and for their arrest were couched in identical terms; fourthly, it was very difficult for the aliens to contact a lawyer; lastly, the asylum procedure had not been completed».

17. «(...) 2. Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria» (art. 2 Tfeue).

migrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani.

Nel Tfue (art. 45), la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione è disciplinata a seconda che si tratti o meno di soggetti economicamente attivi¹⁸.

Il diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione è, cioè, garantito nella misura in cui non pregiudichi la tutela della sostenibilità finanziaria dei sistemi nazionali di sicurezza sociale e la tutela giuridica dei diritti del migrante è subordinata al venire in rilievo di una posizione giuridica tutelata dal diritto comunitario.

Tuttavia, ai sensi dell'art 6 Tue, l'Unione «riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati» e «aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

I diritti fondamentali sanciti dalla Carta (diritto alla vita, divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, rispetto della vita privata e familiare, diritto di asilo) sono perciò garantiti a tutti i soggetti presenti sul territorio dell'Unione europea, in quanto persone e a prescindere dallo *status* migratorio.

4. La giurisprudenza della Corte di giustizia

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per effetto del Trattato di Lisbona, ha assunto dal 1° dicembre 2009 lo stesso valore giuridico dei trattati istitutivi dell'Unione.

Ciò significa che la tutela dei diritti in essa sanciti ha carattere giuridicamente vincolante e non più solo ornamentale, anche in tema di politiche migratorie.

Dunque, le istituzioni dell'Unione, in tutte le loro azioni o iniziative legislative, devono tener conto di tali diritti fondamentali il cui rispetto, da parte degli

Stati membri, è sottoposto al giudizio della Corte di giustizia.

Così, ad esempio, l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali, che prevede il divieto di espulsioni collettive, comprendendo in questo termine qualunque forma di respingimento alla frontiera o di allontanamento forzato dal territorio che non consenta un esame individuale della posizione della persona, parrebbe un utile strumento normativo in grado di sanzionare prassi amministrative volte a eluderlo.

Ancora, il rispetto della dignità umana di cui all'art. 1 e della vita privata e familiare di cui all'art. 7, dovrebbero imporre alle autorità nazionali, nell'ambito dell'esame di una domanda di asilo, il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta nell'esercizio di quelle attività tese a stabilire le reali esigenze di protezione internazionale del richiedente. Ed effettivamente, nella causa C-473/16, la Corte di giustizia ha sostenuto che sottoporre un richiedente asilo a *test* psicologici ai fini dell'accertamento del proprio orientamento sessuale costituisca un'ingerenza particolarmente grave nel diritto della persona al rispetto della sua vita privata e, come tale, non conforme al diritto dell'Unione letto alla luce della Carta.

4.1. Famiglia

In materia di rispetto della vita privata e familiare, la Corte di giustizia ha ammesso che il rigetto di una domanda di ricongiungimento familiare da parte delle autorità nazionali competenti di uno Stato membro possa essere fondato su una valutazione in prospettiva della probabilità che il soggiornante mantenga oppure no le risorse stabili, regolari e sufficienti di cui deve disporre per mantenere se stesso e i propri familiari; ciò senza ricorrere al sistema di assistenza sociale di tale Stato membro nel corso dell'anno successivo alla data di presentazione della domanda (C-588/14).

Il diritto di soggiorno a titolo di ricongiungimento con il familiare "economicamente attivo" pare lasci trasparire la preminente preoccupazione del giudice europeo di tutelare gli interessi connessi all'integrazione europea rispetto ai diritti fondamentali della persona¹⁹.

4.2. Salute

Quanto all'art. 4 della Carta, sulla proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, esso è stato interpretato nel senso che il trasferimento di un richiedente asilo possa essere ef-

18. Così Elisa Cavasino, *Diritti europei e non nazionali? Sullo statuto giuridico del migrante: il nodo degli standards sovranazionali comuni*, in *Revista de derecho de la Unión europea*, UNED, Madrid, n. 31/2016 (ISSN 1695-1085), pp. 291-312.

19. Così G. Bonaventura, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa. Il case study dei diritti dei migranti*, in *ADIR – L'altro diritto (Rivista)*, cap. III, par. 3.3., disponibile online (www.adir.unifi.it/rivista/2015/bonaventura/index.htm).

fettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti il rischio reale e acclarato che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti (nella causa C-578/16, la Corte di giustizia ha, perciò, sostenuto che spetta alle autorità dello Stato membro che deve procedere al trasferimento e, eventualmente, ai suoi giudici eliminare qualsivoglia dubbio serio relativo all'impatto del trasferimento sullo stato di salute dell'interessato, adottando le precauzioni necessarie affinché si realizzino le condizioni che consentano di tutelare in modo adeguato e sufficiente lo stato di salute della persona. Nell'ipotesi in cui, tenuto conto della particolare gravità del disturbo del richiedente, l'adozione di dette precauzioni non sia sufficiente a evitare il rischio reale di un aggravamento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, spetta alle autorità dello Stato membro in parola sospendere l'esecuzione del trasferimento dell'interessato, e questo finché il suo stato gli renda possibile un trasferimento siffatto).

4.3. *Espulsione e rimpatrio*

Parimenti, con riferimento al secondo comma dell'art. 19, il divieto di essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti è stato richiamato dalla Corte di giustizia nel sostenere che le disposizioni della cd. "direttiva rimpatri" (2008/11/UE), lette alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, debbano essere interpretate nel senso che ostano a una normativa nazionale: a) che non conferisce effetto sospensivo a un ricorso proposto contro una decisione che ordina a un cittadino di Paese terzo, affetto da una grave malattia, di lasciare il territorio di uno Stato membro, quando l'esecuzione di tale decisione può esporre tale cittadino di Paese terzo a un serio rischio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute; b) che non prevede la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie di detto cittadino di Paese terzo, al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nel periodo durante il quale tale Stato membro è tenuto a rinviare l'allontanamento del medesimo cittadino di Paese terzo, in seguito alla proposizione di tale ricorso (causa C- 562/13).

In altra occasione, però, la Corte di giustizia ha assunto una posizione restrittiva, apparentemente più orientata a limitare l'ingresso dei flussi migratori

in Europa che a tutelare i diritti fondamentali della persona²⁰: nella causa C-542/13, si è sostenuto che «gli articoli 28 e 29 della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, ai cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, letti congiuntamente ai suoi articoli 2, lettera e), 3, 15 e 18, devono essere interpretati nel senso che uno Stato membro non è tenuto a concedere l'assistenza sociale e l'assistenza sanitaria previste da tali articoli a un cittadino di Paese terzo autorizzato a soggiornare nel territorio di tale Stato membro in base a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale prevede che in detto Stato membro sia autorizzato il soggiorno dello straniero affetto da una malattia che comporti un rischio effettivo per la vita o l'integrità fisica o un rischio effettivo di trattamento inumano o degradante, qualora non esista alcuna terapia adeguata nel Paese d'origine di tale straniero o nel Paese terzo in cui egli risiedeva in precedenza, senza che sia in discussione una privazione di assistenza sanitaria inflitta intenzionalmente al predetto straniero in tale Paese».

In altri termini, qualora la mancanza di terapie e di assistenza sanitaria adeguata non sia imputabile a un'attività volontaria e intenzionale nei confronti dello straniero da parte del proprio Stato di origine, tali carenze generali del sistema sanitario non potrebbero essere collocate alla base del riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, così circoscrivendo i contorni della nozione di «danno grave» quale requisito per poter beneficiare della protezione.

4.4. *Accesso alla giustizia e diritto a un processo equo*

Quanto all'art. 47 della Carta, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale non si tradurrebbe, a detta della Corte, nel diritto a un doppio grado di giudizio contro le decisioni di rigetto delle domande di protezione internazionale. Nella causa C-180/17, la Corte di giustizia ha sostenuto che il diritto dell'Unione – in particolare, le disposizioni della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale – letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dev'essere interpretato nel senso che non osta a una normativa

20. Così B. Catalo, *Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni e la protezione sussidiaria: l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza c-542/13 del 18 dicembre 2014*, in *DPCE on line*, n. 2/2015, p.176 (www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/175).

nazionale che «prevede un procedimento di impugnazione contro un provvedimento giurisdizionale di primo grado che conferma la decisione della competente autorità amministrativa di respingere una domanda di protezione internazionale, senza dotare tale impugnazione di effetto sospensivo automatico, ma che consente al giudice che ha emesso tale provvedimento di disporre, su istanza dell'interessato, la sospensione della sua esecuzione, previa valutazione della fondatezza dei motivi dedotti nell'impugnazione contro tale provvedimento e non della sussistenza di un rischio di danno grave e irreparabile che la sua esecuzione causerebbe al richiedente».

Nella causa C-348/16 la Corte di giustizia ha, altresì, precisato che «la direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, e in particolare i suoi articoli 12, 14, 31 e 46, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che non osta a che il giudice nazionale, investito di un ricorso avverso la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale manifestamente infondata, respinga detto ricorso senza procedere all'audizione del richiedente, qualora le circostanze di fatto non lascino alcun dubbio sulla fondatezza di

tale decisione, a condizione che, da una parte, in occasione della procedura di primo grado sia stata data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, conformemente all'articolo 14 di detta direttiva, e che il verbale o la trascrizione di tale colloquio, qualora quest'ultimo sia avvenuto, sia stato reso disponibile unitamente al fascicolo, in conformità dell'articolo 17, paragrafo 2, della direttiva medesima, e, dall'altra parte, che il giudice adito con il ricorso possa disporre tale audizione ove lo ritenga necessario ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto contemplato all'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva».

Dunque, la previsione di un colloquio personale con il richiedente nella fase amministrativa di valutazione della domanda di protezione sarebbe, di per sé, idonea e sufficiente a integrare in maniera effettiva il diritto all'udienza o all'audizione, così delineando uno *standard* di tutela deteriore rispetto a quello previsto dalla Cedu (per cui il diritto all'udienza «*implies a right to a oral hearing at least at one level of jurisdiction*» – *Fischer v. Austria*, ric. n. 16922/90, 26 aprile 1995, par. 44). Tale eventualità, tuttavia, dovrebbe essere esclusa dal disposto dell'art. 52, par. 3, della Carta, che imporrebbe di lasciare impregiudicato il livello minimo di tutela conferito dalla Cedu.