

Immigrazione e la Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo:

Breve panoramica della giurisprudenza della CEDU ¹

Vincent A. De Gaetano ²

1. Il tema di questa conferenza non è soltanto uno di grande attualità ma si presenta addirittura come un problema scottante; un problema che, secondo alcuni, rischia di spaccare l’Europa e forse anche di sfasciare l’Unione Europea: l’immigrazione. In un certo senso l’immigrazione non è un fenomeno nuovo: da quando l’uomo si è reso conto che poteva muoversi e andare da un posto all’altro in cerca di una migliore sistemazione per qualsivoglia ragione, da quel momento è nato il fenomeno dell’immigrazione. Ho letto in qualche articolo che il ventesimo secolo ci ha dato il concetto, analogo a quello dell’immigrante, di rifugiato. Io non sono uno storico – ne della legislazione, ne del diritto internazionale – ma penso che questa sia una semplificazione di un processo assai più complesso. Basta far riferimento a cenni sull’asilo religioso, territoriale e diplomatico in antichi testi filosofici appartenenti a diverse culture e civiltà. E vero, però, che la definizione di rifugiato si sviluppa nel ventesimo secolo a causa degli sconvolgimenti di due guerre mondiali e l’esodo massiccio di popolazioni³.

¹ Relazione presentata nell’Aula Giallombardo della Corte Suprema di Cassazione, Roma, il 14 aprile 2016 nell’ambito della conferenza organizzata dalla Struttura decentrata di formazione della Scuola Superiore della Magistratura della Corte di Cassazione sul tema *Il diritto dell’immigrazione nella giurisprudenza delle Corti europee*. Il relatore ringrazia il Dott. Paolo Cancemi, della Cancelleria della CEDU, per le rifiniture linguistiche apportate al testo originale della relazione. Il relatore ringrazia anche il collega giudice Linos-Alexandre Sicilianos per avergli fornito una copia della sua *lectio magistralis* “The European Court of Human Rights at a time of crisis in Europe”, SED/ESIL Lecture, European Court of Human Rights, 16 October 2015, dalla quale ha tratto ispirazione per alcune idee.

² *Chief Justice Emeritus, Malta*; giudice della Corte europea dei Diritti dell’Uomo, Strasburgo, eletto in relazione a Malta.

³ <http://volint.it/areavolint/educazione/didattica/schedetematiche/rifugiati/scheda.htm>

2. Qualsiasi discorso sull'immigrazione e la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo deve partire dalla segnalazione di un fatto, ben noto a tutti voi, che la Convenzione, a differenza della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, non sancisce il diritto di asilo (Art. 18 della Carta). Per di più la Convenzione, a parte alcuni riferimenti agli stranieri – come ad esempio a riguardo delle restrizioni sull'attività politica degli stranieri nell'Articolo 16, e l'espulsione, collettiva o meno, di stranieri nei Protocolli no. 4 e no. 7 – non garantisce particolari diritti agli stranieri *ut sic*. La CEDU ha ribadito innumerevoli volte che gli Stati contraenti sono in principio liberi di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri. Una sentenza recente che ha riepilogato i principi che guidano la Corte a riguardo di questo tema è la sentenza della Grande Camera nel caso *Georgia v. Russia (I)*⁴, nella quale la Corte ha stabilito, fra l'altro, che l'espulsione di cittadini georgiani dalla Russia era in violazione dell'Articolo 4 del Protocollo no. 4. Nel paragrafo 177, la Corte dice esplicitamente:

“L'accertamento di questo fatto [ovvero che l'espulsione era un'espulsione collettiva] non mette in discussione il diritto degli Stati di stabilire le proprie politiche a riguardo dell'immigrazione. Deve essere precisato, però, che problemi di gestione di flussi migratori non possono giustificare che uno Stato faccia ricorso a pratiche incompatibili con i suoi obblighi derivanti dalla Convenzione.”

⁴ 3 luglio 2014.

La Corte vi fa anche riferimento a un caso precedente ben noto a tutti voi – *Hirsi Jamaa and Others v Italy* del 22 febbraio 2012, dove si legge (para. 179):

“Le considerazioni sopra esposte [principalmente a riguardo del fatto che lo Stato – l’Italia – aveva esercitato un atto in alto mare e non sul territorio italiano] non rimettono in discussione il diritto di cui dispongono gli Stati di stabilire sovranamente le loro politiche di immigrazione. È tuttavia importante rilevare che le difficoltà nella gestione dei flussi migratori non possono giustificare il ricorso, da parte degli Stati, a pratiche che sarebbero incompatibili con i loro obblighi derivanti da convenzioni. La Corte riafferma a questo proposito che l’interpretazione delle norme di convenzioni deve essere fatta con riguardo al principio della buona fede e all’oggetto e allo scopo del trattato, nonché della regola dell’effetto utile.”

3. Queste due citazioni ci propongono, anche se forse in modo tangenziale, il problema dell’immigrazione e dei rifugiati nel contesto dei problemi economici dei paesi firmatari della Convenzione. Anche se la Corte di Strasburgo in tema di decisioni economiche – come ad esempio pensioni, salari, espropri per pubblico interesse ecc. – riconosce un margine di apprezzamento abbastanza largo agli Stati, quando c’è in ballo o un principio cardine di detta Convenzione (come ad esempio il principio della legalità, del divieto dell’abuso di diritto, o il principio delle obbligazioni positive dello Stato) o un diritto non derogabile – vedasi ad esempio gli

Articoli 3, 13 e 14 – la Corte è sempre stata molto rigida, direi quasi intransigente. Prendendo come spunto, per esempio, le condizioni di detenzione nelle prigioni, nella sentenza *Orchowski v. Poland* del 22 ottobre 2009, la Corte affermò in modo categorico che la mancanza di risorse non poteva in alcun modo giustificare condizioni detentive così carenti da rendere la detenzione incompatibile con l’Articolo 3, aggiungendo che gli Stati dovevano organizzarsi ed organizzare il loro sistema penale in modo tale da assicurare la dignità dei detenuti “malgrado le difficoltà finanziarie o logistiche”. E la Corte continuò (para. 153):

“Se lo Stato non è in grado di assicurare che le condizioni nelle prigioni sono compatibili con i requisiti dell’Articolo 3, dovrà allora abbandonare la politica penale rigida al fine di ridurre il numero delle persone incarcerate o di attuare un sistema alternativo di mezzi punitivi.”

Nello stesso senso, si è espressa riguardo al diritto a un equo processo, caposaldo di un sistema legale e giudiziario dello stato di diritto: lo Stato non può invocare la mancanza di risorse per giustificare ritardi eccessivi nelle procedure giudiziarie, né per giustificare l’inesecuzione di una sentenza. E nel caso di gruppi di ricorrenti considerati svantaggiati o vulnerabili, la Corte ha, anche qui, rifiutato l’argomento della mancanza di risorse per giustificare una discriminazione in relazione a un diritto che è specificamente protetto dalla Convenzione, come il diritto all’istruzione secondo l’Articolo 2 del Protocollo no. 1. Il *locus classicus* in tal senso è la sentenza della Quarta Sezione della Corte del 21 giugno 2011 – *Ponomaryovi*

v. Bulgaria. Il ricorrente era figlio di un'immigrata Russa in Bulgaria. La madre aveva un permesso di residenza permanente. Il figlio aveva frequentato regolarmente la scuola primaria ed era al suo ultimo anno della scuola secondaria quando accadde quello che accade a tutti: diventò maggiorenne. Compiuti i diciotto anni, secondo la legge Bulgara per rimanere in Bulgaria doveva ottenere un permesso di residenza permanente. Ora, per ottenere questo permesso doveva prima lasciare la Bulgaria, ottenere un visto speciale da un'ambasciata bulgara all'estero, rientrare in Bulgaria e far domanda per il permesso di residenza. Prima che questa procedura bizantina fosse completata, però, le autorità scolastiche insistettero sul pagamento della retta scolastica visto che il ricorrente, in quanto straniero senza permesso di residenza, non godeva dell'insegnamento gratuito. Minacciarono anche di non lasciarlo frequentare le lezioni – minaccia poi non attuata. Per quasi due anni, durante i quali il ricorrente cercò in vano di esperire i rimedi interni, gli fu negato l'attestato di fine ciclo della scuola secondaria che, a suo tempo, ritardò la sua iscrizione all'università. La Quarta Sezione, dopo aver riaffermato che la discriminazione vietata dall'Articolo 14 scatta quando si ha un trattamento differente di persone in situazioni sostanzialmente simili senza un'oggettiva e ragionevole giustificazione, osservò che il suo ruolo non era di decidere se era lecito o meno ad uno Stato di richiedere rette scolastiche per l'educazione secondaria, o addirittura per qualsivoglia educazione; il suo ruolo era soltanto di determinare se, una volta che lo Stato aveva deciso di garantire un'educazione secondaria gratuita, poteva negare questo beneficio ad un gruppo particolare di persone, ovvero se era ragionevole nel caso in

disamina negare al ricorrente questo beneficio. La Corte riconobbe in termini chiari che uno Stato può avere valide ragioni per limitare l'uso di servizi pubblici gratuiti da parte di persone che sono sul territorio per breve tempo, o in transito o addirittura illegalmente, dato che queste persone non avranno versato alcun contributo finanziario per questi servizi. Uno Stato poteva anche "discriminare" tra diverse categorie di stranieri. Ma siccome il diritto all'istruzione era specificamente previsto nella Convenzione, il margine di apprezzamento dello Stato era molto ristretto e perciò doveva essere sottoposto ad un più rigoroso esame da parte della Corte. Applicando il principio della proporzionalità, la Corte fu del parere che non vi era stata un ragionevole bilanciamento di proporzionalità fra le misure restrittive o limitative adottate nel caso del ricorrente e lo scopo della restrizione o limitazione. Perciò, secondo la Corte – tengo a precisare che questa era una decisione unanime – mancava la ragionevole giustificazione. La Corte, però, precisò anche che, per arrivare a questa decisione aveva in particolar modo tenuto conto del fatto che il ricorrente aveva soggiornato in Bulgaria in modo del tutto legale (fino, naturalmente, al fatidico giorno della maggior età); che le autorità bulgare non avevano in sostanza alcuna obiezione che lui rimanesse nel paese (infatti gli accordarono in seguito il permesso di residenza); che non si trattava di un tentativo da parte del ricorrente di sfruttare il sistema bulgaro; e che la restrizione o limitazione legislativa non era diretta ad arginare o contenere un flusso immigratorio illegale.

4. Il caso *Ponomaryovi* credo illustri in modo chiaro il ruolo chiave che l'Articolo 14 ha in qualsiasi discussione sull'immigrazione e sui rifugiati. In

verità, come sappiamo, quest'articolo è come un filo trasversale che interagisce non soltanto con le altre disposizioni della Convenzione, ma fa anche da sfondo all'intero sistema internazionale di protezione dei diritti fondamentali. Ciononostante, non è sempre stato interpretato in modo corretto dalle corti nazionali. Prendiamo le due sentenze del 28 ottobre 2010 *Fawsie v. Greece* e *Saidoun v. Greece*. I ricorrenti Fawsie e Saidoun, cittadine della Siria e del Libano rispettivamente, avevano lo status di rifugiate secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, e risiedevano legalmente ad Atene. Nel gennaio del 2005, una loro richiesta di poter ricevere un'indennità per famiglie numerose fu rigettata in quanto le due donne non rientravano nella definizione di "madre di famiglia numerosa": ne le due donne né i loro figli avevano la cittadinanza greca o la cittadinanza di un paese dell'Unione Europea, e non erano nemmeno rifugiati di origine greca. I loro ricorsi presso i tribunali interni non ebbero esito favorevole. La Corte Suprema Amministrativa greca fu del parere che la legislazione domestica (che fu in seguito modificata per diventare compatibile con la Convenzione) enumerava condizioni oggettivamente riscontrabili per il pagamento di tale indennità, e, per di più, che la legislazione non aveva l'effetto di ledere profondamente la vita familiare delle ricorrenti, o di impedire l'instaurarsi di tale vita. Perciò ritenne che non c'era una violazione dell'Articolo 8 della Convenzione. A proposito dell'Articolo 14, la medesima corte ritenne che la distinzione fra stranieri e cittadini era ragionevole e oggettiva, cioè basata sulla cittadinanza. La Corte di Strasburgo, con due sentenze separate (ambedue con voto unanime), pur riconoscendo lo scopo legittimo del legislatore greco di attribuire l'indennità in questione a persone

che probabilmente sarebbero rimaste in Grecia con il fine di indirizzare il problema demografico del paese, fu del parere che il criterio scelto – la cittadinanza – cozzava con il requisito della “ragionevole giustificazione” ai fini dell’Articolo 14. La Corte affermò che soltanto ragioni impellenti potevano giustificare, sotto il profilo dell’Articolo 14, un trattamento differente basato esclusivamente sulla cittadinanza. Nel caso in disamina la legge interna era anche in contrasto con l’Articolo 23 della Convenzione di Ginevra del 1951, la quale prevede che “in materia di assistenza e di soccorsi pubblici, gli Stati Contraenti concedono ai rifugiati che risiedono regolarmente sul territorio lo stesso trattamento concesso ai loro cittadini.” La CEDU – e questo è un altro principio di applicazione generale – interpreta e applica la Convenzione conformemente anche alle norme di diritto internazionale e s’ispira a, e prende spunto da, gli *standard* contenuti in altre convenzioni multilaterali, sia europee che internazionali.

5. Proprio a riguardo dell’Articolo 14 sarà interessante vedere come la Grande Camera risolverà il caso *Biao v. Denmark* nel contesto del diritto al ricongiungimento familiare, un diritto espressamente riconosciuto nella Carta Sociale europea (Riveduta). L’Articolo 19 di questo strumento dispone che “Per assicurare il concreto esercizio del diritto dei lavoratori migranti e delle loro famiglie alla protezione ed all'assistenza sul territorio di ogni altra Parte, le Parti s’impegnano” *in alia* “ad agevolare per quanto possibile il ricongiungimento familiare del lavoratore migrante autorizzato a stabilirsi sul territorio”. Ben inteso, questa disposizione è applicabile soltanto a quei migranti che sono cittadini di altri Stati firmatari della Carta, residenti in

modo legale e che lavorano regolarmente sul territorio – ma è applicabile anche ai rifugiati e agli apolidi in quanto gli Stati firmatari della Carta hanno gli obblighi derivanti dalla Convenzione del 1951 e dalla Convenzione sullo Status degli Apolidi del 1954. Ciononostante, e invocando l'Articolo 8 della Convenzione ed il diritto al rispetto della vita familiare, la CEDU ha ritenuto che, in certe circostanze, ai membri della famiglia di un migrante deve essere concesso il diritto di entrare e di risiedere nel paese che ospita il lavoratore, indipendentemente dal fatto se la persona ospite sul territorio sia o meno rifugiato. Si deve precisare che queste circostanze, ovvero quando scatta questo obbligo di ammettere i membri della famiglia del migrante, sono piuttosto limitate, e la CEDU ha spesso ribadito anche che l'Articolo 8 non impone un obbligo generale di rispettare la scelta della residenza matrimoniale della persona o un obbligo generale di ammettere la sua famiglia sul territorio. Nel caso *Gül v. Switzerland* – sentenza del 19 febbraio 1996 – la Corte, con sette voti a favore e due contro (questa era la vecchia Corte) ritenne che non c'era stata una violazione dell'Articolo 8. Il ricorrente era un lavoratore turco che viveva in Svizzera. La moglie e due figli erano rimasti in Turchia. A un certo punto, il ricorrente ottenne l'autorizzazione di ingresso in Svizzera per sua moglie, che era in condizioni di salute un po' precarie, e una neonata. Poi fece un'ulteriore domanda affinché anche i suoi due figli maschi, più grandi in età, potessero raggiungerlo. La domanda fu rigettata; l'autorità competente segnalò, fra l'altro, il fatto che l'appartamento della famiglia era molto piccolo e perciò inadeguato per accogliere altre due persone, e che inoltre il ricorrente non aveva mezzi

sufficienti per il mantenimento di tutta la famiglia. La Corte, nel rigettare il ricorso, si esprime così (paragrafo 38):

“La Corte ribadisce che lo scopo principale dell’Articolo 8 è di proteggere l’individuo dalle azioni arbitrarie delle pubbliche autorità. Ci possono essere in aggiunta obblighi positivi inerenti nel rispetto effettivo della vita familiare. La linea di demarcazione, però, fra gli obblighi positivi e negativi dello Stato a riguardo di questa disposizione non si presta facilmente a una definizione precisa. I principii applicabili sono, tra l’altro, simili. In entrambi le situazioni si deve tener conto di un giusto equilibrio che deve essere raggiunto fra gli interessi in causa, dell’individuo da una parte e della comunità in generale dall’altra: in ambedue le situazioni, lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento...Il caso sotto esame riguarda non soltanto con la vita familiare ma anche l’immigrazione, e la portata dell’obbligo di uno Stato di ammettere nel proprio territorio i familiari di migranti già residenti varierà a seconda delle circostanze particolari delle persone coinvolte e dell’interesse generale. E’ regola consolidata del diritto internazionale, soggetto sempre agli obblighi derivanti da trattati, che lo Stato ha il diritto di controllare l’ingresso di stranieri sul suo territorio.”

6. La Corte si pronunciò negli stessi termini in un caso più recente – *Tuqabo-Tekle and Others v. the Netherlands* – sentenza del 1 dicembre 2005, arrivando però ad una conclusione opposta a quella di *Gül*. Si trattava qui di una coppia d’origine etiope, nella quale la madre era fuggita dal suo paese durante la guerra civile del 1989 e aveva trovato rifugio in Norvegia,

lasciando dietro di se (in Eritrea) due figli maschi ed una figlia. Sposata a un altro etiope, la donna si stabilì in Olanda, dove la coppia ebbe due altri figli. Dopo qualche tempo i due maschi lasciati in Eritrea raggiunsero legalmente la madre in Olanda. Tutti ottennero la cittadinanza olandese. Ma quando fu fatta la richiesta di ricongiungimento anche per la figlia, allora già sedicenne, questa fu rigettata dalle autorità, le quali ritennero che non c'era alcuna ragione oggettiva perché la vita familiare con la figlia non potesse realizzarsi in Eritrea. La CEDU fu chiaramente del parere opposto, enfatizzando in particolar modo il fatto che la coppia si era stabilita in Olanda da parecchi anni; aveva ottenuto la cittadinanza olandese; due dei figli – quelli nati in Olanda – non avevano alcun legame con l'Eritrea; e che, contrariamente a quanto deciso dal Ministro responsabile per l'Immigrazione, non era vero che non esisteva più un legame familiare fra la donna e sua figlia.

7. In linea di massima la Corte ha ritenuto – e qui c'è una serie di sentenze riguardanti i Paesi Bassi – che quando un migrante si stabilisce legalmente nel territorio di un paese membro del Consiglio d'Europa, l'esistenza di un ostacolo oggettivamente insormontabile per condurre la vita familiare nel paese d'origine impone un obbligo secondo l'Articolo 8 di facilitare la riunificazione familiare. Determinare cosa sia un ostacolo “oggettivamente insormontabile” dipenderà, naturalmente, dai fatti e dalle circostanze del caso. Nel caso *Bajsultanov v Austria* – 12 giugno 2012 – la Corte non riscontrò alcun ostacolo insormontabile per la moglie e i due figli di un ex-rifugiato russo d'origine cecena di continuare la vita familiare in Cecenia

dopo che questi era stato condannato diverse volte dai tribunali austriaci per reati gravi. In simili termini si esprime la Corte nel caso *Benamar and Others v. the Netherlands* del 5 aprile 2005: non riscontrò alcun ostacolo per una donna marocchina che si era stabilita in Olanda lasciando per sette anni i quattro figli con il marito in Marocco, di ristabilire, dopo il decesso del marito, la vita familiare con i figli in Marocco. La Corte è anche stata adita per esaminare se le condizioni, ossia i presupposti fattuali, per il ricongiungimento di una famiglia fossero ragionevoli o meno. La Corte ha ritenuto che, in linea di massima, il possesso di un reddito regolare sufficiente per mantenere e provvedere alle necessità basilari di una famiglia non può considerarsi come una condizione irragionevole che possa dar luogo a una violazione dell'Articolo 8 – *Haydarie and Others v. The Netherlands*, decisione d'inammissibilità del 20 ottobre 2005.

8. Ora, se mi permettete ritorno al caso *Biao*. Questo caso – anche a livello di prima istanza, cioè per quanto riguarda la sentenza della Seconda Sezione della Corte del 24 marzo 2014 – mette in evidenza la tensione – una tensione a mio avviso più apparente che reale – tra due principi che ispirano la CEDU nelle sue decisioni: il principio del margine di apprezzamento dello Stato ed il principio della proporzionalità. Il margine di apprezzamento è in realtà un corollario della dottrina della sussidiarietà. La CEDU non è una corte di appello o di quarto grado. L'Articolo 1 della Convenzione, spesso trascurato perché non è una disposizione “sostanziale” bensì piuttosto procedurale, impone in primo luogo a ciascuna Alta Parte contraente l'obbligo di garantire ad ogni persona sottoposta alla sua giurisdizione i diritti e le libertà

contenuti nella Convenzione. La CEDU, invece, come si desume dall'Articolo 19 della stessa Convenzione – anch'esso un articolo non “sostanziale” ma di natura procedurale – ha la funzione sussidiaria di “assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla [presente] Convenzione e dei suoi Protocolli”. Da quest'ordine di relazione derivano alcuni principi che sono diventati, direi, classici nella dottrina della CEDU: il principio del margine di apprezzamento dello Stato laddove l'articolo della Convenzione permette una certa latitudine allo Stato nell'interferire con, o nel limitare, un diritto o una libertà (come negli Articoli 8, 9, 10 e 11, in netto contrasto, sia ben inteso, con l'Articolo 3 che non permette alcuna eccezione alla regola, ed in contrasto, ad esempio, con gli Articoli 2, 6 o 7 dove le eccezioni – nel caso dell'Articolo 6 le eccezioni sono addirittura soltanto implicite – sono ben arginate); ed il principio, che si desume dal primo, che laddove le corti nazionali hanno affrontato ed analizzato un problema adoperando gli stessi principi e criteri usati ed adoperati dalla Corte di Strasburgo, questa raramente “contrasta” la conclusione raggiunta dalle corti nazionali. Il principio della proporzionalità -- detto anche qualche volta il principio dell'equo bilanciamento – è invece uno strumento – uno strumento tra vari strumenti – per misurare se lo Stato, nell'esercitare la facoltà di interferire con, o di limitare, un diritto o una libertà abbia agito entro quel margine di apprezzamento o al di fuori di esso. Il *locus classicus* credo che sia ancora il paragrafo 167 della sentenza pilota *Hutten-Czapska v. Poland*, Grande Camera, 19 giugno 2006. Nel contesto di un'interferenza con il diritto al rispetto dei beni (Articolo 1 del Primo Protocollo) le Corte si esprime così:

“...deve esserci sempre una ragionevole misura di proporzionalità fra i mezzi adoperati e il fine al quale tende lo Stato con le misure messe in atto...[questo] requisito si esprime nel concetto dell’equo bilanciamento che deve esserci fra le esigenze dell’interesse generale della comunità e l’esigenza della tutela dei diritti fondamentali di una persona...”.

9. I ricorrenti Biao sono marito e moglie. Lui è cittadino danese, lei è una cittadina del Ghana. Il marito nacque nel Togo, e dopo essersi sposato con una danese (la sua prima moglie), ottenne il permesso di residenza in Danimarca. Dopo quattro anni la coppia divorziò, ma l’uomo continuò a risiedere legalmente in Danimarca e addirittura quattro anni dopo il divorzio ottenne la piena cittadinanza danese. Un anno dopo questo fatto, durante un viaggio in Ghana, sposò la seconda ricorrente, la quale fece poi domanda di permesso di residenza in Danimarca, ma questo le fu negato dalle autorità. Il nocciolo del problema, che ha diviso sia la Corte Suprema danese sia la Seconda Sezione della CEDU, è che, dopo diverse modifiche e cambiamenti della legge danese a proposito del permesso di residenza, al tempo della richiesta fatta – e, se non mi sbaglio, ancora oggi – il cosiddetto “*attachment requirement*” (condizione di attaccamento) era stato messo da parte per i cittadini danesi in possesso della cittadinanza danese da almeno 28 anni. In altre parole, per acquistare il permesso di residenza in Danimarca, gli sposi dovevano provare un importo globale di “attaccamento” con la Danimarca più grande che con un altro paese; ma questo requisito fu, dal 1 gennaio 2004, messo da parte quando il cittadino o la cittadina danese era già in possesso di quella cittadinanza da 28 anni, e

indipendentemente dal fatto se la cittadinanza era stata acquisita alla nascita o ulteriormente. Siccome il signor Biao aveva ottenuto la cittadinanza danese soltanto nel 2002 e non erano quindi ancora trascorsi 28 anni, e la signora Biao non aveva alcun legame particolare con la Danimarca, questa non poteva perciò risiedere con il marito in Danimarca. Infatti la coppia andò a vivere in Svezia, da dove il marito ogni giorno si reca a lavorare in Danimarca. Secondo i tre giudici della minoranza della Corte Suprema Danese (come anche i tre giudici della minoranza nella Seconda Sezione), la regola dei 28 anni comportava una discriminazione indiretta tra persone nate danesi, e persone che avevano acquisito la cittadinanza in un altro momento della vita, la base di questa discriminazione essendo in realtà non una mera questione legata al tempo trascorso, ma una discriminazione secondo una linea di origine etnica: potevano vantare 28 di cittadinanza danese in realtà solo le persone d'origine etnica danese – magari anche nate all'estero ma da genitori che erano, per così dire, Danesi D.O.C.; mentre coloro che avevano acquisito la cittadinanza dopo la nascita erano in realtà quelli che non erano d'origine etnica danese. Perciò questi giudici minoritari – sia della Corte Suprema Danese che della Seconda Sezione della CEDU – erano del parere che c'era una violazione dell'Articolo 8 combinato con l'Articolo 14 della Convenzione. Questi giudici si basano in particolar modo sul principio, in seguito riaffermato nella sentenza *S.A.S. v. France* – la sentenza del 1 luglio 2014 relativa alla *burqa* – che quando una politica o una misura di natura generale ha un effetto pregiudizievole in misura sproporzionata a riguardo di un particolare gruppo di persone, quella misura si può considerare come discriminatoria ai termini dell'Articolo 14

della Convenzione anche se non è stata messa in atto con lo scopo o con l'intento di colpire quel gruppo in particolare. Vedremo come deciderà la Grande Camera – credo che la decisione sia prevista per maggio.

10. Nessun discorso sull'immigrazione e la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo sarebbe completo senza un riferimento specifico all'espulsione di migranti e al principio di *non-refoulement* garantito nell'Articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951. Questo principio di *non-refoulement* è un caposaldo nel sistema di diritto internazionale per la protezione dei rifugiati. Ma questo principio, come enunciato nella Convenzione del '51, non è assoluto – i rifugiati possono, in via eccezionale e secondo la Convenzione di Ginevra, essere allontanati dal territorio quando rappresentano un pericolo per la sicurezza del paese, o se, dopo essere stati condannati per reati particolarmente gravi, rappresentano una minaccia per la collettività del paese che li ospita. Dall'altro canto, però, la Convenzione europea, così come interpretata e applicata dalla CEDU, impone un divieto assoluto di allontanamento di una persona laddove esiste un rischio reale che quella persona subisca, nel paese destinatario, un trattamento vietato dagli Articoli 2 o 3 della Convenzione. Come la Grande Camera riaffermò nel paragrafo 127 della sentenza del 28 febbraio 2008 nel caso *Saadi v. Italy* – una decisione unanime – il fatto che una persona se non espulsa possa rappresentare un pericolo per la comunità, non riduce in alcun modo il rischio di un trattamento censurabile sotto il profilo dell'Articolo 3 della Convenzione. Negli stessi termini, relativamente al rischio di un trattamento contrario agli articoli suddetti, si è espressa la Corte nella sentenza *Bader*

and Kanbor v. Sweden del 8 novembre 2005 – qui addirittura si trattava di un semplice rifiuto di concedere asilo quando era chiaro che, se rimandato in Siria, il ricorrente sarebbe stato giustiziato. E ancora, nel caso *N. v Sweden*, sentenza della Terza Sezione del 20 luglio 2010, dove una donna afgana rischiava di essere sottoposta in Afghanistan a diverse rappresaglie che, cumulativamente, avrebbero violato l'Articolo 3. Naturalmente, non ogni allegazione di possibile tortura o di trattamento inumano o degradante nel paese destinatario viene accettata, come si diceva un tempo, “a bocca baciata” dalla CEDU: spetta sempre al ricorrente provare l'esistenza di un rischio reale che egli (o ella) venga sottoposto a tale trattamento. Diverse circostanze possono militare a favore o contro il rimpatrio proposto. Per esempio, in paesi dove si pratica la mutilazione genitale femminile, il fatto che il governo del paese destinatario abbia preso misure concrete per combattere questa pratica, o il fatto che la persona in questione possa trasferirsi, per esempio, dal suo villaggio natale verso un centro urbano dove potrà usufruire dei servizi forniti dal governo o da ONG attive in quella località, milita contro la decisione di non rimandare la persona verso il suo paese d'origine. Per quei paesi nei quali vi è stata la guerra civile, se il ricorrente allega che le autorità nazionali del paese lo perseguiteranno in ragione della sua partecipazione nel conflitto a favore della parte soccombente, la CEDU richiede che le autorità interne – amministrative o giudiziarie – facciano (e se non lo fanno loro, lo farà la Corte) un esame accurato per vedere, fra l'altro, se la situazione nel paese destinatario sia migliorata nel frattempo. Importante è anche il grado d'interesse che potrebbe suscitare il ritorno in patria del ricorrente – è evidente che ci può

essere una differenza notevole tra la situazione di un semplice soldato e quella di un militare d'alto grado o d'un personaggio politico di spicco durante il conflitto interno. Nell'effettuare tale valutazione la CEDU fa riferimento – e a suo volta lo pretende dalle autorità interne – a rapporti ufficiali internazionali oggi giorno facilmente reperibili. È vero che spetta al ricorrente o alla ricorrente provare il fatto o i fatti allegati, ma è anche vero che la CEDU tiene conto della situazione reale di persone che sono in fuga temendo per la loro salute o addirittura per la loro vita: non si può pretendere che tali persone abbiano con se tutti i documenti e tutti i rapporti ufficiali per provare ogni dettaglio della loro storia. Perciò la CEDU ha adottato una posizione assai pragmatica: il fatto che, dopo le varie interviste con il soggetto che chiede asilo o che chiede di non essere rimpatriato, risulti che ci siano delle divergenze, o imprecisioni su alcuni dettagli, o della lacune, non significa necessariamente che la storia del ricorrente non sia attendibile. Ci sono diverse sentenze e decisioni della Corte di Strasburgo che hanno affermato questa linea, l'ultima in ordine di tempo è *F. G. v. Sweden*, Grande Camera, 23 marzo 2016. Cito testualmente dal paragrafo 113:

“L'esame per determinare l'esistenza di un rischio reale [di tortura o di trattamento inumano o degradante] deve necessariamente essere un esame rigoroso. Di regola spetta al ricorrente fornire la prova sufficiente per dimostrare che vi siano fondati motivi per ritenere che se la misura della quale si lamenta venisse attuata, egli sarebbe esposto a un reale rischio di un trattamento che viola l'Articolo 3. A tal riguardo, la Corte

riconosce che, data la particolare situazione nella quale i richiedenti asilo spesso si trovano, è sovente necessario accordare loro il beneficio del dubbio per quel che riguarda la valutazione delle loro affermazioni e dei documenti presentati a sostegno di dette affermazioni. Tuttavia, quando vengono fornite informazioni che fanno sorgere seri dubbi quanto alla veridicità delle affermazioni del soggetto, questa persona deve presentare una spiegazione soddisfacente per le rilevate incoerenze dei fatti narrati.”

11. Ritengo che sentenza sia importante anche perché ha messo in chiara luce l’obbligo degli stati firmatari della Convenzione di non limitarsi esclusivamente alle affermazioni della persona che chiede asilo, ma addirittura di esaminare l’insieme delle circostanze di fatto nel quadro dell’informazione disponibile e di ciò che può essere prevedibile. Un caso come questo, devo ammettere, poteva forse nascere soltanto in un contesto svedese di rigidità ed inflessibilità formale. F.G., cittadino iraniano, arrivò in Svezia nel novembre del 2009 e fece domanda di asilo politico in ragione della sua partecipazione attiva nella vita politica del suo paese. Infatti era stato arrestato tre volte in un periodo di circa due anni e mezzo – sempre in connessione con il suo atteggiamento critico verso il governo del paese – e quando fu convocato per la quarta volta davanti alla Corte Rivoluzionaria, fuggì in Svezia. Durante la procedura di esame della sua domanda il ricorrente dovette risiedere in comune svedese dove l’unico luogo dove poteva incontrare qualcuno era la piccola chiesa locale. Essendo un’intellettuale, il ricorrente cominciò a frequentare la congregazione, ne

divenne un membro, e venne anche formalmente battezzato. Durante il colloquio con le autorità nell'ambito della richiesta di asilo, il ricorrente sottolineò soltanto la sua attività politica come base per la richiesta, e disse semplicemente *en passant* al funzionario che lo stava interrogando che era un cristiano e non più musulmano. Invitato dal funzionario a consultare un avvocato allo scopo di decidere se eventualmente invocare la sua conversione come ulteriore motivo per la richiesta di asilo, il ricorrente affermò di non volere invocare la sua conversione perché attinente esclusivamente alla sfera privata e personale. Le autorità preposte furono del parere – un parere in seguito condiviso sia delle corti svedesi e anche dalla Grande Camera della CEDU – che il passato politico del ricorrente da solo non rappresentava un rischio sotto il profilo dell'Articolo 2 né dell'Articolo 3. Quanto alla conversione, siccome il ricorrente non aveva insistito su questo punto, le autorità svedesi rilevarono semplicemente che in ogni caso il ricorrente, ritornato in Iran, avrebbe potuto professare la sua nuova fede in privato in modo da non esporsi alle ripercussioni per apostasia. Le autorità aggiunsero un commento piuttosto sibillino, sottolineando che il ricorrente non era stato battezzato nella Chiesa ufficiale svedese ma in un'altra chiesa protestante. F.G. introdusse un'altra domanda di asilo, basata questa volta anche sulla sua conversione. Ma le autorità, in modo eminentemente formalista, ritennero che questa non era una “nuova circostanza” e, siccome lui aveva rifiutato in primo luogo di invocare la sua conversione, la questione si considerava chiusa. L'espulsione del ricorrente verso l'Iran fu bloccata soltanto a seguito dell'applicazione da parte della CEDU di una misura provvisoria ex Articolo 39 dei Regolamenti della Corte.

Nella sua decisione del 23 marzo, la Grande Camera notò che non c'era alcun dubbio sulla genuinità della conversione *sur place* del ricorrente – queste conversioni, si sa, possono essere fittizie. E non c'era neanche alcun dubbio su quali fossero le conseguenze legali in Iran di una tale apostasia, vista la pena di morte ancora applicabile. Data la natura assoluta dei diritti protetti dagli Articoli 2 e 3 della Convenzione, e tenendo conto anche della vulnerabilità dei richiedenti asilo, la Corte si è espressa nel senso che quando uno Stato viene a conoscenza di circostanze particolari che possono esporre la persona a un rischio di un trattamento vietato dalla Convenzione, incombe sullo Stato l'obbligo di esaminare d'ufficio (*motu proprio, sua sponte*) quel rischio, anche nel caso in cui il richiedente asilo non abbia insistito su quelle determinate circostanze. Nel caso di F.G., la Corte, con voto unanime di 17 giudici, ha ritenuto che ci sarebbe una violazione degli Articoli 2 e 3 della Convenzione se il ricorrente fosse espulso in Iran senza un esame preventivo *ex nunc* da parte delle autorità svedesi delle conseguenze in Iran della sua conversione.

12. Il divieto assoluto di rimuovere una persona dal territorio quando c'è in ballo un rischio reale di una violazione dell'Articolo 2 o dell'Articolo 3 è applicabile, naturalmente, non soltanto ai rifugiati o ai richiedenti asilo ma anche a coloro che non hanno avuto ancora la possibilità di fare domanda per ottenere uno status simile. La sentenza della Seconda Sezione del 21 ottobre 2014 *Sharifi and Others v. Italy and Greece* illustra questa posizione in maniera direi molta chiara. In questa sentenza la CEDU ha anche affermato la sua preoccupazione riguardo al sistema Dublino – un sistema

che, come sappiamo, ha lo scopo di determinare chi, fra gli Stati membri dell'U.E., così come anche la Norvegia, l'Islanda, la Svizzera e Liechtenstein, è responsabile per esaminare una domanda di asilo fatta presso uno di questi Stati da un cittadino di un paese terzo. La Corte ha riaffermato che il sistema deve essere applicato in un modo conforme alla Convenzione e che lo Stato, eseguendo il trasferimento di una persona verso un altro Stato facente parte del sistema, deve assicurarsi che lo Stato ricevente sia in grado di applicare la politica di asilo in modo tale da prevenire che la persona interessata sia rimandata al paese d'origine senza un esame adeguato dei rischi che potrebbe correre. La sentenza nel caso *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* del 28 giugno 2011 ha stabilito il principio secondo cui l'esistenza di una situazione di violenza generale o di conflitto armato può essere un impedimento per qualsiasi allontanamento di una persona verso uno Stato finché quella situazione perduri. I fatti in quel caso si riferivano alla guerra in Somalia e alla situazione esistente allora in Mogadiscio, dove in pratica non c'era alcun governo e vigeva uno stato di semi anarchia se non addirittura di anarchia totale.

13. Come già accennato, il Regolamento Dublino – mi riferisco alla ultima versione che credo sia del 2013 – ha come scopo di determinare quale paese è competente per trattare una domanda di asilo, al fine di evitare che i richiedenti siano respinti da un paese all'altro, e che si abusino del sistema tramite molteplici domande in paesi diversi simultaneamente o successivamente. Ciononostante il Regolamento prevede che uno Stato, in virtù dei poteri sovrani, possa derogare a questi regolamenti ma questo

dovrebbe in linea di massima accadere per scopi ben precisi. Infatti, secondo il preambolo: “Uno Stato membro dovrebbe poter derogare ai criteri di competenza, in particolare per motivi umanitari e caritatevoli, al fine di consentire il ricongiungimento di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela ed esaminare una domanda di protezione internazionale presentata in quello o in un altro Stato membro, anche se tale esame non è di sua competenza secondo i criteri vincolanti stabiliti nel presente regolamento”.

14. Uno dei primi casi davanti alla Corte di Strasburgo relativo al Regolamento è *T.I. v the United Kingdom*, decisione del 7 marzo 2000. Il ricorrente, un cittadino dello Sri Lanka, aveva lasciato la Germania e fatto domanda d’asilo in Gran Bretagna. Il governo di Londra domandò alla Germania di incaricarsi di trattare la sua domanda d’asilo. Il ricorrente esprime il timore che la Germania potesse rimandarlo in Sri Lanka dove c’era il rischio reale o concreto di vedersi assoggettato a trattamento in violazione dell’Artico 3 a causa della sua partecipazione attiva nel conflitto tra la popolazione dei Tamil ed il governo – infatti c’erano prove chiare che lui era già stato detenuto nella capitale Colombo e torturato. La Corte, però, rigettò il suo ricorso, dichiarandolo addirittura manifestamente infondato, a causa della mancanza di indicazioni, anche a seguito delle assicurazioni ottenute dal governo tedesco, che le autorità tedesche non avrebbero esaminato la domanda di asilo *rite et recte*. Ma la Corte aggiunse che l’esistenza del Regolamento o di qualsiasi altro accordo o convenzione non avrebbe automaticamente assolto la Gran Bretagna dall’obbligo di

assicurarsi che l'espulsione di una persona verso un altro paese, anche se un paese membro della Convenzione, non avrebbe comportato una violazione dell'Articolo 3 – ovvero se, malgrado le assicurazioni del governo tedesco, ci sarebbe stata una mancanza da parte di quest'ultimo che fosse prevedibile da parte delle autorità britanniche, anche la Gran Bretagna sarebbe stata ritenuta responsabile. Nel caso della sentenza più nota di *M.S.S. v Belgium and Greece* del 21 gennaio 2011, fu precisamente l'esistenza in Grecia di un sistema carente – un problema sistemico, nel gergo della Corte – nella gestione delle domande di asilo che portò alla condanna del Belgio. Il Belgio non poteva semplicemente presumere che la Grecia avrebbe agito secondo gli accordi e gli obblighi internazionali, ma avrebbe dovuto in primo luogo verificare in che modo funzionava il sistema di asilo in pratica in quel paese; verifica che era molto facile da effettuare tenuto conto di tutti i rapporti internazionali sul sistema di asilo allora vigente in Grecia. In aggiunta, la Grecia fu anch'essa condannata a causa delle condizioni di permanenza dei richiedenti asilo nei centri di detenzione.

15. Nello stesso senso si pronunciò la Corte nel caso *Tarakhel v. Switzerland* Grande Camera, del 4 novembre 2014. Qui le autorità svizzere avevano rifiutato di esaminare la domanda di asilo di una coppia afgana e i loro sei figli, avevano deciso, secondo il Regolamento Dublino, di rimandare il nucleo familiare in Italia affinché la loro domanda fosse trattata nella penisola. La Corte, con quattordici voti a favore e tre contro, fu del parere che, data la situazione allora esistente in Italia nei centri di accoglienza, e in mancanza di garanzie specifiche da parte delle autorità italiane che i ricorrenti

sarebbero stati accolti in modo adeguato, tenuto conto in modo particolare dell'età dei bambini, ci sarebbe stata violazione dell'Articolo 3 se le autorità elvetiche avessero effettuato il trasferimento. Anche in questo caso, prima dell'esame del ricorso da parte della Corte – tengo a precisare che questo era un caso di rimessione diretta dalla Camera alla Grande Camera secondo l'Articolo 30 della Convenzione e non un rinvio in forma d'appello secondo l'Articolo 43 – in questo caso, dicevo, prima dell'esame da parte della Grande Camera era stata applicata una misura provvisoria ex Articolo 39 dei Regolamenti al fine di bloccare il trasferimento in Italia.

16. In tema di misure provvisorie, vorrei fare un'ultima osservazione. Quest'Articolo prevede (cito testualmente dalla versione non ufficiale italiana dei Regolamenti che si trova sul sito della Corte): “La camera o, se del caso, il presidente della sezione o un giudice di permanenza designato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo possono, su richiesta di una parte o di ogni altra persona interessata, ovvero d'ufficio, indicare alle parti le misure provvisorie la cui adozione è ritenuta necessaria nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento della procedura.” Queste misure provvisorie sono misure urgenti che, secondo una prassi ben consolidata della Corte, si applicano soltanto quando c'è un rischio imminente che il ricorrente possa subire un pregiudizio irreparabile. Queste misure vengono adottate a proposito di ricorsi già pendenti o appena introdotti dinanzi alla Corte. Esse sono adottate senza alcun pregiudizio per le successive decisioni sull'ammissibilità o sul merito della causa. Nella stragrande maggioranza dei casi, i ricorrenti chiedono la sospensione di

un'espulsione da un paese o la sospensione di un'extradizione. La Corte accoglie queste domande solo in casi eccezionali, in altre parole quando un ricorrente sarebbe altrimenti allontanato dal territorio correndo un vero e proprio rischio di danno grave e irreversibile. Le domande di misura provvisoria sono trattate da un'unità speciale della cancelleria della Corte e sono considerate come domande urgentissime – di solito, a meno che non si richiedano ulteriori chiarimenti alle parti (ricorrente o Governo), la decisione viene adottata *ad horas*. Non si esaminano domande il sabato e la Domenica o nei giorni di ferie pubbliche in Alsazia. Il 4 febbraio 2015, nella sentenza *Mamatkulov and Askarov v Turkey*, la Grande Camera si pronunciò per una violazione dell'Articolo 34 della Convenzione proprio in base al fatto che la Turchia non aveva ottemperato a una misura provvisoria, ritenendo che tale non-ottemperanza fosse un ostacolo all'esercizio effettivo del diritto del ricorso individuale. Questo principio fu riaffermato e divenne giurisprudenza consolidata due anni dopo con la sentenza, anch'essa della Grande Camera, del 10 marzo 2009 *Paladi v. the Republic of Moldova*. Uno dei casi più recenti nei quali la Corte ha condannato uno Stato per violazione dell'Articolo 34 è *Trabelsi v Belgium*, del 4 settembre 2014. La Corte aveva indicato al Governo convenuto una misura provvisoria, disponendo che il ricorrente Trabelsi non doveva essere estradato verso gli Stati Uniti prima che la Corte si pronunziasse sul merito del suo ricorso. Nel frattempo, però, il Consiglio di Stato belga si pronunciò a favore dell'extradizione, ritenendo che le assicurazioni date del governo statunitense erano sufficienti a garantire che il ricorrente non avrebbe subito un trattamento in violazione dell'Articolo 3. La Quinta Sezione della Corte, con voto unanime, fu del parere non soltanto

che vi era stata una violazione dell'Articolo 3 della Convenzione a causa dell'estradizione eseguita, ma anche lo Stato belga aveva violato l'Articolo 34. La Corte riaffermò che non spettava al Governo belga di sostituire, in base alla decisione del Consiglio di Stato, la sua valutazione dei rischi a quella che avrebbe dovuto fare la Corte. Il governo belga chiese il rinvio davanti alla Grande Camera, ma questo fu negato dal Collegio della Grande Camera.