



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2020, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo - Consigliere della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesauro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Claudia Morviducci, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente del Consiglio ANAC
Lucia Serena Rossi, Giudice della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari



COMITATO DEI REFEREES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Professore a contratto, Università Cattolica - già Assistant Professor in European Law, University of Twente
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario

2020, n. 1

Editoriale

Eppur si muove? La strategia della Commissione per rilanciare l'Europa sociale
Silvana Sciarra p. 1

Saggi e Articoli

Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea
Ugo Villani p. 10

Diritti, Carte e politiche pubbliche
Luisa Cassetti p. 28

Immigrazione irregolare e diritti umani: la prospettiva della Corte EDU e della Corte UE
Pablo Antonio Fernández Sánchez p. 52

Commenti e Note

Osservazioni sul diritto alla cittadinanza nella prospettiva universale e regionale. L'*identità* della cittadinanza dell'Unione europea in caso di revoca della cittadinanza nazionale
Francesco Buonomenna p. 75

Procesamiento informático de datos y protección de derechos fundamentales en las fronteras exteriores de la Unión europea
Jonatán Cruz Ángeles p. 94

Alcuni cenni sulla gestione delle frontiere dell'Unione europea e la disciplina della protezione internazionale in Italia. Quali garanzie per la sicurezza e il rispetto dei diritti fondamentali?
Rosa Stella De Fazio p. 123

L'Unione europea e l'erosione dello Stato di diritto in Polonia
Angela Festa p. 145



IMMIGRAZIONE IRREGOLARE E DIRITTI UMANI: LA PROSPETTIVA DELLA CORTE EDU E DELLA CORTE UE

Pablo Antonio Fernández Sánchez*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I poteri degli Stati europei sugli stranieri presenti nel loro territorio. – 3. I diritti *generici* di tutti gli stranieri, compresi gli immigrati irregolari, nel quadro europeo. – 4. I diritti *specifici* degli immigrati irregolari in Europa. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Come è noto il diritto internazionale stabilisce diritti minimi per gli stranieri, indipendentemente dal loro *status* giuridico e, quindi, anche per coloro che non hanno alcuno *status* o sono immigrati irregolari¹.

Nello specifico poi, quando si parla di stranieri presenti sul suo territorio, lo Stato è titolare del diritto di regolamentazione²; pertanto, chi decide l'ingresso o l'uscita degli stranieri, l'espulsione o l'obbligo di visto o non, è lo Stato territoriale, sebbene possano esserci circostanze in cui lo Stato stesso è limitato dagli effetti dei trattati internazionali.

In linea di principio, quindi, lo straniero è soggetto al sistema giuridico dello Stato di accoglienza sulla base del “principio di autorizzazione”, alla luce del quale “ogni presenza di stranieri nel territorio dello Stato deve essere tacita o esplicitamente autorizzata per lo Stato a pena di illegalità”³. Al contempo, come chiarito dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Barcelona Traction* (sentenza del 5 febbraio 1970), “allorché uno Stato

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales - Universidad de Sevilla. Presidente del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional (IHLADI) - Indirizzo e-mail pafernandez@us.es.

¹ Userò l'espressione “irregolare” che ritengo più dignitosa. Si possono trovare anche espressioni come “illegali”, “non autorizzati” o “non schedati”. Vedi C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, 2016, pp. 64-66.

² La Corte costituzionale italiana ha affermato esplicitamente che gli stranieri non godono di tutti quei diritti che sono connessi allo “*status activae civitatis*” (sentenze n. 11/1968 e n. 104/1969). Vedi un elenco dei diritti dello straniero presente in Italia in P. BONETTI, *Diritti fondamentali degli stranieri*, 2011, in www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm.

³ E.J. RUIZ VIEYTEZ, *El status de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español*, vol. I, Tesi di dottorato difesa a Deusto, Bilbao, 1997, p. 53, nota 135.

ammette (...) cittadini stranieri, persone fisiche o giuridiche, è tenuto a rispettare la legge ed assume determinati obblighi in merito al loro trattamento”⁴.

Pertanto, usando le parole del Prof. Carrillo Salcedo “in linea di principio, nessuna norma di diritto internazionale proibisce agli Stati sovrani di regolare l’ingresso, la permanenza e l’espulsione degli stranieri dal proprio territorio. Tuttavia, se uno Stato ha assunto obblighi pattizi in materia, tali questioni cessano di appartenere all’ambito della sua competenza esclusiva, poiché sono regolate da norme di diritto internazionale che limitano la sovranità statale”⁵.

2. I poteri degli Stati europei sugli stranieri presenti sul loro territorio

Come sottolineato dal Prof. Fernández Rozas, nel diritto in materia di stranieri “esiste un’alternanza tra strumenti internazionali e norme interne. Ciò dimostra la crescente importanza della dimensione internazionale del diritto dell’immigrazione e, al suo interno, in primo luogo del diritto internazionale dei diritti umani”⁶.

Al riguardo, l’allora Commissione europea di diritti umani ha avuto occasione di pronunciarsi sulla natura di diritto pubblico delle norme in materia di immigrazione, riconoscendo che “il diritto per uno straniero di risiedere in un determinato paese è una questione di diritto pubblico e che, di conseguenza, quando le autorità di uno Stato decidono di espellere uno straniero per motivi di sicurezza, ciò costituisce un atto di governo che appartiene ad un settore ‘riservato’ e che non rappresenta una decisione relativa ai diritti e agli obblighi civili ai sensi dell’articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”⁷.

Per quanto riguarda il contenuto, va detto che esiste un nucleo minimo di diritti che devono essere rispettati nei confronti degli stranieri, storicamente definito come “standard minimo”, tenuto conto che, a livello internazionale, agli stranieri possono essere riconosciuti diritti persino superiori a quelli dei cittadini stessi.

Tuttavia, come afferma il Prof. Mariño Menéndez, “non esiste un accordo completo sul contenuto dello ‘standard minimo’, perché nella determinazione dello stesso i principali strumenti di protezione non coincidono completamente”, ma ciononostante egli ritiene che “questo standard minimo è costituito da diritti inviolabili, inerenti alla dignità della persona: diritto alla vita, all’integrità fisica e morale, incluso il diritto a non essere sottoposto a schiavitù o servitù, il diritto ad un processo imparziale, alla giustizia e alla non retroattività

⁴ *International Law Reports*, vol. 46, 1973, pp. 178-225.

⁵ Nostra traduzione dal Prologo del libro di J.A. CARRILLO SALCEDO (coord.), *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2002, p. 9.

⁶ Nostra traduzione di J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Prólogo del libro Legislación básica sobre extranjeros*, II ed., 1989.

⁷ Caso *Agee v. Regno Unito*, Decisione sulla ricevibilità della domanda del 13 luglio 1982, in *Décisions et Rapports*, vol. 7, p. 187. Vedi anche la decisione di ammissibilità nel caso *Hosenball v. Regno Unito*, in *Décisions et Rapports*, vol. 9, p. 224.

del diritto penale, alla personalità giuridica, a creare una famiglia e alla libertà di pensiero, coscienza e religione”⁸.

E in effetti, il contenuto di questi “standard minimi” non è ben definito a livello internazionale ma, in ogni caso, oggi, coincide con il nucleo irriducibile dei diritti umani e delle libertà fondamentali, ovvero con il nucleo dei diritti che non possono essere derogati o sospesi anche nelle circostanze più estreme⁹.

Ad ogni modo, nel quadro regionale europeo, gli Stati si sono convenzionalmente vincolati a obblighi positivi in materia di protezione e rispetto dei diritti umani che possono essere estesi ad ogni persona umana e, quindi anche agli stranieri, persino in situazioni irregolari¹⁰.

Possiamo quindi ritenere che ciascuno Stato abbia una serie di obblighi da rispettare in funzione degli impegni acquisiti a livello internazionale. Pertanto, alcuni diritti umani possono essere stabiliti per i cittadini e altri per gli stranieri, taluni per gli stranieri regolari e altri per gli irregolari.

Tuttavia, esiste un nucleo irriducibile, che corrisponde al nucleo minimo che gli Stati sono obbligati a rispettare, in ogni circostanza, tempo e luogo, che presenta un ambito generale, trattandosi di regole di diritto internazionale consuetudinario, ugualmente applicabili agli immigrati irregolari. Mi riferisco a ciò che la Corte internazionale di giustizia ha chiamato, nel caso dello Stretto di Corfù, nel 1949, “considerazioni elementari d’umanità”¹¹.

Ad esempio, l’art. 15 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo (CEDU) consente la deroga dei diritti umani e delle libertà fondamentali in caso di grave pericolo o minaccia alla vita della nazione, tutelando però i diritti essenziali che non possono essere derogati, nemmeno in queste circostanze, e cioè il diritto alla vita (o di non essere privati arbitrariamente della vita), il diritto a non essere torturato, a non essere sottoposto a schiavitù o servitù o alla non retroattività della legge penale¹².

⁸ F. MARIÑO MENÉNDEZ, *Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional*, in ID. (ed.), *Derechos de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pp. 111-112.

⁹ P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La violation grave de droits de l’homme comme une menace contre la paix*, in *Revue de Droit International*, vol. 77/1, 1999, pp. 23-59.

¹⁰ In tema, vedi V. CHETAİL, *Migration, Droits de l’Homme et Souveraineté: le Droit International dans tout ses états*, in ID. (cur.), *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, vol. II, Brussels, 2007, p. 13 ss.; B. NASCIBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani: profili internazionali, europei e interni*, Roma, 2009, p. 29 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *The Relationship Between Human Rights and the Rights of Aliens and Immigrants*, in U. FASTERNATH, R. GEIGER, D.E. KHAN, A. PAULUS, S. VON SCHORLEMER, C. VEDDER (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essay in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, pp. 552-573.

¹¹ C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 22.

¹² Vedi P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)*, in F.J. GARCÍA ROCA, P. SANTOLAYA MACHETTI (eds.), *La Europa de los Derechos – el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, III ed., Madrid, 2014, pp. 765-784.

Esistendo, quindi, questi diritti minimi, i diritti umani hanno smesso di appartenere alla categoria delle materie che sono essenzialmente sotto la giurisdizione interna degli Stati¹³ e, di conseguenza, gli stranieri, compresi quelli in stato di irregolarità, vantano tali diritti inderogabili.

Il fatto che essi siano “minimi” non significa che siano sufficienti. Ad esempio, il grado di garanzie giurisdizionali, nel quadro europeo, include non solo l’*habeas corpus* o il diritto alla libera difesa¹⁴, ma anche il diritto a ricevere informazioni in una lingua comprensibile, il diritto a non essere giudicato due volte, l’istituzione di un apparato giudiziario con adeguate garanzie conformemente al livello organizzativo dello Stato, ecc.

A questo proposito, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha asserito che il ritorno di uno straniero in un paese in cui vige la pena capitale, dove costui potrebbe essere soggetto al braccio della morte, comporterebbe una violazione dell’art. 3 della CEDU che garantisce il diritto a non essere torturati o sottoposti a trattamenti o pene disumani o degradanti¹⁵, a meno che non siano garantite condizioni di rimpatrio finalizzate a proteggere la persona da questa situazione.

In questo modo nessuno può essere espulso da uno Stato verso un paese in cui subirà persecuzioni o a nessuno può essere impedito di entrarvi a causa della razza. Tutti gli stranieri hanno il diritto di essere protetti rispetto ad azioni di violenza collettiva¹⁶ e hanno, altresì, il diritto di accesso ai tribunali e di ricevere un risarcimento equo e giusto in caso di violazione¹⁷. Al riguardo, Mariño Menéndez, con cui concordo, ritiene che esiste “un principio di *ius cogens*, secondo il quale nessuno straniero può essere respinto, espulso o restituito a uno Stato terzo se corre un determinato pericolo che venga violata la sua vita o la sua integrità fisica e morale”¹⁸.

Nell’ambito dei sistemi giuridici interni, può servire come esempio l’art. 13 della Costituzione spagnola del 1978, il quale riconosce che “gli stranieri godranno in Spagna delle libertà pubbliche garantite da questo titolo¹⁹ nei termini stabiliti dai trattati e dalla legge”; pertanto, esso garantisce i diritti e le libertà fondamentali senza limiti, riconosciuti nell’art. 23, come indicato nell’art. 13, nel secondo paragrafo²⁰ e la stessa Corte

¹³ Ciò è riconosciuto dall’Institut de Droit International nella sua risoluzione di Santiago de Compostela del 13 settembre 1989. Vedi il testo in *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. 63-II, 1990, p. 338 ss.

¹⁴ La sentenza della Corte costituzionale italiana n. 198 del 2000 riconosce il diritto alla difesa anche a favore degli immigrati irregolari perché “lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana”. Egualmente la sentenza n. 105 del 2001.

¹⁵ Cfr. al riguardo Corte europea, sentenza del 7 luglio 1989, *Soering*. Ovviamente lo stesso accadrebbe se si trattasse del ritorno di una straniera, anche se immigrata irregolare, in un paese in cui sussiste la lapidazione o l’ablazione della clitoride e c’è il rischio o il timore che ciò possa minare la sua integrità.

¹⁶ Ricordiamo i casi di coloni bianchi nello Zimbabwe o anche quelli di El Ejido ad Almería.

¹⁷ Non bisogna dimenticare che la dicotomia tra proprietà privata e sovranità permanente dei popoli sulle proprie risorse naturali solleva numerose domande e controversie.

¹⁸ F. MARIÑO MENÉNDEZ, *Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional*, cit., p. 116.

¹⁹ Si riferisce al titolo dedicato ai diritti e doveri fondamentali.

²⁰ Il testo di questo paragrafo dice: «Solo gli spagnoli saranno titolari dei diritti riconosciuti nell’articolo 23, salvo ciò che, secondo i criteri di reciprocità, può essere stabilito dal trattato o dalla legge per il diritto al suffragio attivo e passivo nelle elezioni comunali». Il testo è stato modificato dalla riforma costituzionale pubblicata nella Gazzetta ufficiale dello Stato numero 207, del 28 agosto 1992.

Costituzionale ammette la legittimazione attiva degli stranieri in relazione ai diritti contemplati nella norma costituzionale²¹.

E qui vale la pena evidenziare che i limiti costituzionali per gli stranieri sono determinati da ciò che “stabiliscono i trattati e la legge”²², vale a dire che, da un lato, si espandono nella fascia superiore perché potrebbero esserci trattati internazionali che garantiscono più diritti, come il Trattato sull’Unione europea relativo ai cittadini dei diversi Stati membri che si trovano in uno dei territori sottoposti a tale quadro giuridico o quei trattati, sia misti, multilaterali o bilaterali che ammettono più diritti per gli stranieri; dall’altro lato, invece, nella fascia inferiore, le leggi sono di solito più restrittive, sebbene possano anche essere contrassegnate da diritti per così dire “generosi”²³.

Negli “standard minimi” di diritto internazionale non sono ricompresi i diritti politici o alcuni diritti sociali. Questo è il motivo per cui, in Europa, alcuni di questi diritti sono limitati anche nel caso degli stranieri²⁴. Tuttavia, siffatta impostazione tradizionale è, oggi, in evoluzione, tramite l’estensione agli stranieri di alcuni diritti sociali, economici o culturali.

Anche a livello europeo esiste un’equiparazione tra stranieri e cittadini, ad esempio nel quadro della Carta sociale europea, che identifica i lavoratori migranti indipendentemente dal fatto che siano cittadini o stranieri, oppure nell’Accordo europeo di stabilimento, del 1955, del Consiglio d’Europa²⁵.

Infine, i diritti riconosciuti nell’ambito dell’Unione europea attestano che esiste un insieme di regole a favore degli stranieri, come pure confermano gli accordi particolari stipulati con diversi Stati terzi, con i quali sono concessi alcuni diritti ai cittadini di tali Stati²⁶.

²¹ A titolo di esempio si può citare il caso del diritto all’onore rivendicato da una non spagnola, la signora Friedman. Cfr. STC 214/1991, dell’11 novembre, caso *Violeta Friedman*.

²² Sui diritti inalienabili nel quadro spagnolo, vedi C. PICO LORENZO, *Derechos fundamentales de los extranjeros. Derechos inalienables en igualdad de condiciones con los nacionales y derechos con distinto marco legal. El trabajo del extranjero como derecho de configuración legal. Consideraciones sobre las distintas vías de obtención del permiso de trabajo*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, n. 37, pp. 13-71.

²³ J.A. MIQUEL CALATAYUD, *Consideraciones sobre el derecho a la igualdad en general y en relación con los extranjeros*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, n. 611, p. 1767. José Antonio Miquel Calatayud effettua in questo lavoro una riflessione sul significato e la portata della legislazione dettata dall’articolo 14 della Costituzione spagnola (uguaglianza e non discriminazione) in relazione all’articolo 14 (diritti degli stranieri), sebbene lo estenda anche ai trattati internazionali, universali e regionali, che contemplano la norma sull’uguaglianza. V. sul punto le pp. 1683-1781.

²⁴ Per uno studio più approfondito su questo tema, vedi J. RODRÍGUEZ DRINCOURT, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Madrid, 1997. Per uno studio più aggiornato sulla legislazione spagnola, vedi C. GORTÁZAR, *Spain: Two Immigration Acts at the End of the Millennium (The Organic Law on the Rights and Liberties of Aliens in Spain and their Social Integration: Organic Law 4/2000 of January Modified by Organic Law 8/2000 of December 22)*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, vol. 4, pp. 1-21.

²⁵ Sulla tutela dei diritti degli stranieri in diversi trattati, vedi J.R. MANJÓN MANJÓN, *Inmigración y extranjería en los tratados internacionales*, in *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, 1991, n. 11, pp. 144-161.

²⁶ P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El marco jurídico de las relaciones exteriores de la Unión Europea en materia de Inmigración*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, n. 27, pp. 463-510. Si vedano i vari contributi contenuti nel numero speciale di questa Rivista (n. 2 del 2018) “*A tre anni dall’Agenda europea sulla migrazione: la tutela dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale nel contesto*”.

Tutto questo sulla base del fatto che occorre riconoscere ad ogni essere umano un insieme di diritti²⁷.

3. I diritti *generic* di tutti gli stranieri, compresi gli immigrati irregolari, nel quadro europeo

In tale contesto assume particolare rilievo la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, che costituisce un ordine pubblico europeo, ovvero un insieme di principi giuridici di valore per così dire costituzionale sul piano internazionale²⁸.

Ebbene, tutti i diritti previsti nella CEDU devono essere garantiti dagli Stati parte, come stabilito all'art. 1, "ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione": in altri termini, siffatti diritti vanno garantiti non solo ai cittadini o a determinati stranieri ma a qualsiasi persona sottoposta alla giurisdizione dello Stato, compresi gli immigrati irregolari.

Inoltre, la Convenzione europea impone non solo il rispetto degli obblighi in materia di diritti umani e delle libertà fondamentali previste, ma anche la loro effettiva attuazione.

Tuttavia, è pur vero che la CEDU fa numerosi riferimenti a concetti giuridici indeterminati che possono essere interpretati come restrittivi dei diritti in determinate circostanze. Ad esempio, vengono utilizzate clausole di salvaguardia che garantiscono allo Stato una limitazione dei diritti riconosciuti²⁹, quali, ad esempio, ordine pubblico, sicurezza pubblica, sicurezza nazionale, sanità pubblica, difesa dell'ordine, protezione di altri interessi legittimi, ecc. Ma ciò non significa che lo Stato, nell'interpretare questi concetti giuridici "indeterminati", possa limitare del tutto i diritti in esame, giacché è la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ad avere la competenza esclusiva di interpretare tali clausole di salvaguardia, cercando "di dare loro un significato valido per tutti gli Stati contraenti"³⁰.

Non sarebbe comunque legittimo che uno Stato europeo, ad esempio, proibisca i diritti contemplati nella Convenzione, come il diritto di riunione, manifestazione, espressione, associazione, organizzazione, fondazione di una famiglia, incluso il matrimonio, o la libera circolazione o residenza basate sulla situazione di residenza irregolare di una persona. Ovviamente non intendo ignorare che, a volte, quella situazione di irregolarità,

dello sviluppo delle politiche 'comuni' di immigrazione e di asilo" ed in particolare l'Editoriale di G. GUARINO.

²⁷ Tuttavia non mancano Stati in cui sono ancora previste condanne privative della libertà per la semplice irregolarità nell'ingresso degli immigrati. Cfr. al riguardo un grafico molto eloquente delle disposizioni giuridiche al riguardo di tutti gli Stati dell'UE, in EU AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union - Comparative Report*, Publications of the EU, Luxembourg, 2011, p. 54.

²⁸ Vedi a questo proposito, P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, soprattutto p. 42 ss.

²⁹ Vedi M^aT FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, *Derechos humanos y Consejo de Europa*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 32.

³⁰ M.A. EISSEN, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1985, p. 89.

secondo le norme statali impedisce l'esercizio e il godimento di tali diritti perché ne discende la privazione della libertà (nel caso di ordini di espulsione, detenzione preventiva o di qualsiasi altra contingenza) ma ciò sarebbe ugualmente applicabile ai cittadini a parità di circostanze.

In pratica è molto difficile per lo Stato giustificare la violazione dei diritti fondamentali basata su una mera residenza irregolare. Esiste, al riguardo, una sentenza molto interessante della Corte Suprema degli Stati Uniti del 27 marzo 2002³¹, che contiene elementi di chiarificazione sotto il profilo dei diritti che vanno riconosciuti ai lavoratori immigrati clandestini, al pari degli altri lavoratori. Ciò è di estremo rilievo, considerato che ci sono datori di lavoro che abusano degli immigrati irregolari con la certezza che non saranno mai denunciati per la paura dell'espulsione. Tuttavia, vi è una maggiore tolleranza nei confronti dell'immigrato irregolare rispetto al datore di lavoro senza scrupoli e, in ogni caso, i diritti del lavoro sono inalienabili, indipendentemente dallo *status* giuridico del dipendente³².

E ancora, la libertà di espressione, il diritto di riunirsi pacificamente, quello dell'associazionismo e della non discriminazione, ecc. sono riconosciuti dalla CEDU a chiunque sia sottoposto alla giurisdizione di uno Stato e, dunque, anche agli stranieri, anche se irregolari. Pertanto, non sono ammissibili discriminazioni in relazione a tali diritti, qualunque sia la qualità dello straniero.

Come già detto, infatti, la CEDU stabilisce nel suo art. 1 l'obbligo delle Alte Parti contraenti di riconoscere a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione i diritti e le libertà riconosciuti nel Titolo I di detta Convenzione. Usando, dunque, il verbo "riconoscere" i redattori della Convenzione hanno voluto, appunto, indicare, che i diritti e le libertà del Titolo I, saranno rispettati, in quanto preesistenti, nei confronti di chiunque sia sottoposto alla giurisdizione degli Stati contraenti³³.

È chiaro, dunque, che i diritti e le libertà saranno garantiti anche agli stranieri che si trovano nel territorio di una delle Parti contraenti, anche se irregolari, e ciò perché la Convenzione europea sui diritti umani presuppone l'esistenza di un ordine pubblico europeo, nel senso di un ordine pubblico creatore di norme di *ius cogens* applicabili a tutti, senza possibilità di alcuna deroga³⁴.

Al riguardo, le restrizioni imposte dalla CEDU agli stranieri, attraverso l'accettazione di dichiarazioni statali restrittive, o riserve o mediante clausole di salvaguardia³⁵, come

³¹ *Caso Hoffman Compounds, inc. versus National Labour Relations Board*, (00-1595) 535 U.S. 137 (2002), 237 F.3d 639, reversed, del 27 marzo 2002, in <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-1595.ZO.html>.

³² Nel caso specifico, tenuto conto che il lavoratore aveva usato documenti fraudolenti per il reclutamento, ha prevalso la buona fede dell'azienda che credeva di assumere un lavoratore legale. Vedi, F. MORRONE, *La condizione giuridica del lavoratore migrante irregolare alla luce della normativa internazionale*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e Diritti Fondamentali – Fra Costituzioni Nazionali, Unione Europea e Diritto Internazionale*, Milano, 2010, pp. 299-315.

³³ Corte europea, sentenza 18 gennaio 1978, *Irlanda v. Regno Unito*, par. 239.

³⁴ Sulla Convenzione europea dei diritti come un trattato che impone un "ordine pubblico europeo", vedi la monografia di P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo*, cit., in part. p. 42 ss.

³⁵ Vedi, ad esempio, l'articolo 5 n.1 lett. f della CEDU o l'articolo 2 n. 1 del Protocollo IV.

ha affermato chiaramente il giudice Morenilla Rodríguez, “non possono far dimenticare che la Convenzione europea sui diritti umani e i protocolli che completano l’elenco dei diritti garantiti, riconosce in via generale agli stranieri, negli stessi termini dei cittadini, quasi tutti i diritti stabiliti”³⁶.

A questo proposito, il prof. Trechsel, ex membro della Commissione europea per i diritti umani, ha riconosciuto che “è indiscutibile che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo non è stata progettata per risolvere i problemi di ingresso ed espulsione degli stranieri³⁷, poiché il presente Accordo non garantisce l’ingresso in un Paese o la permanenza in un Paese diverso dal proprio. Tuttavia, gli organi della Convenzione hanno fatto un grande sforzo per colmare questa lacuna ed ottenere la massima protezione possibile”³⁸.

In ogni caso, ciò che è vero, come regola generale, è che ognuno ha il diritto alla dignità. L’art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE) stabilisce che la dignità umana è inviolabile e che sarà rispettata e protetta. Ivi non c’è stato bisogno di sottolineare, come in altri articoli, “ogni persona” o “nessuno” o “ogni lavoratore” o “ogni cittadino”, ma si usa l’espressione “umana” che è sufficiente in sé.

Tuttavia, è molto difficile specificare cosa sia la dignità, utilizzarla come concetto da cui poter “derivare” proposizioni normative³⁹. La stessa CGUE ha usato concetti come la dignità umana per riconoscere i diritti sociali⁴⁰ degli immigrati irregolari⁴¹ e l’Avvocato

³⁶ J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ, *Dimensión internacional*, cit., p. 119.

³⁷ Ad esempio, nel caso *X c. Svezia*, in cui era stata sollevata una domanda avverso la negazione di un permesso di ingresso ad uno straniero in Svezia (che voleva vedere sua figlia) la Commissione europea per i diritti umani aveva stabilito la violazione del diritto alla vita di famiglia garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. In sostanza, l’argomento della Commissione europea per i diritti umani era il seguente: “In conformità al diritto internazionale generale, uno Stato, in virtù dell’esercizio della sua sovranità, può esercitare il controllo sull’ingresso e l’uscita degli stranieri nel proprio territorio; d’altro canto, il libero accesso al territorio di uno Stato non è garantito nel Titolo I della Convenzione. Tuttavia, se uno Stato è parte della Convenzione europea sui diritti umani, si ritiene che accetti di limitare il libero esercizio dei diritti che gli spettano in base al diritto internazionale generale, incluso, quindi, l’esercizio del diritto di controllo in entrata e in uscita degli stranieri, nella misura e in base ai limiti imposti dagli obblighi assunti nell’ambito del presente Accordo. È in questo caso che si pone la questione se... la non concessione di un visto d’ingresso al richiedente da parte del governo svedese non stesse privando lo straniero dei diritti garantiti dal titolo I della Convenzione...” (in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 2, 1958-59, p. 372). Come si può vedere, la stessa Commissione europea per i diritti umani ha riconosciuto questo quadro giuridico di diritto internazionale pubblico, con i limiti indicati dagli atti giuridici dello Stato o dal quadro giuridico non derogabile dei diritti fondamentali.

³⁸ Vedi *Actes du Colloque sur les Droits des Étrangers en Europe*, (Funchal, Madeira, Portugal, 17-19 ottobre, 1983), Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1985, p. 390.

³⁹ Sulle plurime declinazioni della nozione di dignità umana v. A. DI STASI, *Human Dignity as a Normative Concept. “Dialogue” Between European Courts (ECtHR and CJEU)?*, in *Judicial Power in a Globalized World. Liber Amicorum Vincent de Gaetano*, pp. 115-130, 2019. V. anche P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El Derecho de los Inmigrantes a Tener Derechos*, Valencia, 2019, pp. 198-203

⁴⁰ Anche il Consiglio d’Europa ha analizzato questo problema. Vedi, R. CHOLEWINSKI, *Study on Obstacles to Effective Access of Irregular Migrants to Minimum Social Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2005. Con riferimento al Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa vedi S. DE MAURIZIO, *I diritti dei migranti irregolari secondo il Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa*, in *I Diritti dell’Uomo*, 2015, n. 2, pp. 325-328.

⁴¹ C. PÉREZ GONZÁLEZ, F. IPPOLITO, *Eppur si muove!: nuevos caminos jurisprudenciales para la protección de los derechos sociales de los migrantes indocumentados en Europa*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, p. 69.

generale della CGUE Jacobs ha perfino considerato la dignità umana come il più fondamentale dei diritti⁴².

Nell'applicazione della CEDU sono stati utilizzati concetti come la dignità umana o la situazione di vulnerabilità per proteggere i richiedenti asilo⁴³. La dignità dell'essere umano, dunque, prevale su qualsiasi altra considerazione giuridica⁴⁴, specialmente in relazione all'espulsione degli immigrati irregolari⁴⁵. Ciò è stato sottolineato, tra l'altro, nel caso *Z. Zh. e altri*, dalla Corte di Giustizia dell'UE⁴⁶.

La CGUE ha, inoltre, utilizzato il concetto di dignità umana in relazione al diritto ad un ricorso effettivo quando le norme sull'immigrazione sono applicate ai posti di controllo di frontiera⁴⁷ e ancora, essa ha affermato che la direttiva rimpatri 2008/115 deve essere eseguita tenendo conto del diritto naturale, ovvero che le condizioni di rimpatrio devono essere dignitose e umane. Pertanto, con riguardo ad un cittadino in situazione irregolare, destinatario di un provvedimento di espulsione in conseguenza di tale direttiva, in caso di malattia grave, prevale il suo diritto alla dignità⁴⁸, vale a dire cioè che il diritto alla salute ha la precedenza sul diritto dello Stato al rimpatrio degli immigrati irregolari.

4. I diritti *specifici* degli immigrati irregolari in Europa

Gli immigrati irregolari, a parte i diritti generici discussi finora, vantano diritti specifici⁴⁹. A questo proposito, Carrera e Guild ritengono che vi siano quattro elementi essenziali da considerare in relazione ai diritti degli immigrati irregolari: in caso di espulsione o detenzione, il diritto a non essere espulsi in un luogo in cui subiscono persecuzioni, nel senso di non essere torturati o di non essere sottoposti a trattamenti

⁴² Conclusioni dell'Avvocato generale JACOBS del 14 giugno 2001 nel caso *Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione Europea*, causa C-377/98, punto 197.

⁴³ Vedi in questo senso l'articolo di S. MORGADES GIL, *La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2010, n. 37, pp. 801-842.

⁴⁴ Vedi C.I. MASSINI CORREAS, *Sobre Dignidad Humana y Derecho. La Noción de Dignidad de la Persona y su Relevancia Constitutiva en el Derecho*, in *Prudentia Iuris*, 2017, n. 83, pp. 49-72.

⁴⁵ La CDI ha studiato questo argomento. Vedi A.G. CHUECA SANCHO, *La Comisión de Derecho Internacional examina el tema: Expulsión de los extranjerios*, in *Revista española de derecho internacional*, 2005, pp. 1110-1112. Ugualmente J.M. SOBRINO HEREDIA, *La expulsión de los extranjerios en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2010, n. 20, in www.reei.org. Ai fini di tali questioni, la CDI considera l'espulsione come "un atto giuridico con il quale lo Stato obbliga una persona o un gruppo di persone di un altro Stato a lasciare il suo territorio" (Doc. A/CN.4/554, para. 13).

⁴⁶ Corte di giustizia, sentenza dell'11 giugno 2015, *Z. Zh e altri*, causa C-554/13, punto 47.

⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza del 17 gennaio 2013, *Zakaria*, causa C-23/12.

⁴⁸ Corte di giustizia, sentenza del dicembre 2014, *Moussa Abdida*, causa C-562/13.

⁴⁹ Più diffusamente, sul tema, sia consentito rinviare a P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El derecho de los inmigrantes irregulares a tener derechos*, *op. cit.* mentre sulla triade cittadinanza, nazionalità e immigrazione v. ID., *Cittadinanza, nazionalità e immigrazione*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, p. 69 ss.

inumani e degradanti e il diritto alla vita familiare; l'accesso alla salute (e all'assistenza e a trattamenti medici)⁵⁰; la vulnerabilità degli immigrati irregolari in termini di sfruttamento del lavoro⁵¹; infine, l'accesso agli alloggi e a condizioni di vita adeguate⁵².

Uno di questi diritti inalienabili è legato al principio di *non refoulement*, alla stregua del quale l'ingresso di un richiedente asilo che intende entrare non può essere negato quando la sua vita, libertà o sicurezza sono in pericolo. Né può essere rimpatriato una volta che è stato autorizzato ad entrare, ovviamente, neppure se si trova in una situazione di residenza irregolare.

Nel quadro europeo, è molto importante tener conto del riferimento esplicito a questo principio contenuto nell'art. 19.2 della CDFUE – che, come è noto, è divenuta giuridicamente vincolante a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – il quale lo sancisce come standard fondamentale e nell'art. 4, co. 4, lett. b) della citata direttiva 2008/115/CE⁵³.

Le stesse istituzioni internazionali quando hanno dovuto applicare questo principio lo hanno fatto alla luce del principio generale; lo prova, ad esempio, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, quando si è dovuto misurare con i problemi legati all'extradizione⁵⁴.

Allo stesso modo, la Corte EDU ha stabilito che questo principio è applicabile quando si tratta di rimpatriare una persona in un paese in cui subirà torture o trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 della CEDU, o finanche in caso di permanenza nel corridoio della morte delle carceri statunitensi⁵⁵. Non è rilevante, infatti, il paese di destinazione, se sia europeo o altro⁵⁶.

Anche quando si verificano intercettazioni di imbarcazioni con a bordo migranti, sia durante il soccorso che in altre operazioni, gli Stati non possono violare il principio di *non refoulement*⁵⁷. Ciò è stato affermato dalla Corte EDU, in un noto caso riguardante

⁵⁰ Sull'accesso alla salute, vedi M. LEVOY, K. SOOVA, *Access to health care for undocumented migrants*, in S. CARRERA, M. MERLINO (eds.), *Assessing EU Policy on Irregular Immigration under the Stockholm Programme*, CEPS, Paris, 2010, pp. 18-22; D. MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati*, Milano, 2010.

⁵¹ I. DE SANCHO ALONSO, *Access to labour rights for undocumented workers*, in S. CARRERA, M. MERLINO (eds.), *op. cit.*, pp. 10-14.

⁵² S. CARRERA, E. GUILD, *Undocumented Migrants and the Stockholm Programme*, in S. CARRERA, M. MERLINO (eds.), *op. cit.*, pp. 7-8. In relazione all'accesso agli alloggi, vedi, in questa stessa opera: G. SCAPPUCCI, *Access to Housing for Undocumented Migrants*, in S. CARRERA, M. MERLINO (eds.), *op. cit.*, pp. 28-31.

⁵³ In GUUE L 348 del 24 dicembre 2008.

⁵⁴ Recommendation n° R(80) 9 of the Committee of Ministers of the Council of Europe. Per un'analisi completa dell'attività del Consiglio d'Europa su questi temi vedi S. TONELLI, *Irregular Migration and Human Rights: A Council of Europe Perspective*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden, 2004, pp. 301-310.

⁵⁵ Vedi il caso *Soering*, sentenza del 7 luglio 1989 o il caso *Cruz Vara e a.*, sentenza del 20 marzo 1991.

⁵⁶ Corte europea, sentenza del 13 dicembre 2016, *Paposhvili c. Belgio*, par. 193.

⁵⁷ G. GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, n. 23, p. 443.

l'Italia quando ha rinvio i migranti "salvati" in Libia, quale Stato ritenuto "sicuro"⁵⁸. Al riguardo, il parametro convenzionale della Corte EDU è stato l'art. 3 della CEDU, nonché l'art. 4 del Protocollo n. 4 della CEDU che vieta le espulsioni collettive di stranieri, proprio a causa della mancanza di garanzia nell'applicazione di questo principio⁵⁹.

Ad ogni modo l'applicazione di questo principio è universale ed indipendente dal comportamento della vittima⁶⁰.

Circa il principio di *non refoulement* nell'ambito dell'Unione europea⁶¹, particolarmente rilevanti sono l'art. 18 della CDFUE e l'art. 78 del TFUE, entrambi costitutivi del diritto primario, che menzionano espressamente tale principio, oltre ad altri obblighi generali e al diritto derivato⁶²; il Regolamento (CE) n. 2007/2004 che è stato modificato per prevedere espressamente l'obbligo di FRONTEX di rispettare il principio di *non refoulement*⁶³; il Regolamento (UE) n. 656/2014 del 15 maggio 2014, che stabilisce norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel quadro della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea⁶⁴, il quale include espressamente l'obbligo di rispettare il principio di *non refoulement* nel quadro delle

⁵⁸ Corte europea, sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa ed altri v. Italia*, ricorso n. 27765/09. Vedi anche i commenti di I. PAPANIKOLOPULU, *Hirsi Jamaa v. Italy. Comment*, in *American Journal of International Law*, 2013, n. 107, p. 417 e M. GIUFFRÉ, *Waterdown Rights on the High Seas. Hirsi Jamaa and Others v. Italy (2012)*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, vol. 61, pp. 728-750.

⁵⁹ La Corte EDU, ha ripetutamente considerato che il rinvio degli immigrati irregolari in Marocco, da parte della Spagna, nell'ambito delle pratiche di rimpatrio, comporta una espulsione collettiva, contraria alla CEDU. Sul punto cfr. C. SOLER GARCÍA, *La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especial referencia al caso de España*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, n. 45, pp. 107-160.

⁶⁰ Corte europea, sentenza del 15 novembre 1996, *Chahal v. Regno Unito*, par. 79. Vedi, anche par. 104 ss.: "l'esistenza formale di provvedimenti interni allo Stato ricevente e l'accettazione di trattati internazionali che garantiscono, in linea di principio, il rispetto dei diritti fondamentali non sono sufficiente, da soli, ad assicurare un'adeguata protezione dal rischio di maltrattamenti quando fonti affidabili dimostrano pratiche delle autorità tollerate da queste ultime, manifestamente contrarie ai principi della Convenzione". Al riguardo, R. CONTI, R. GIOVANNI, P. GORI, R. CALOGERO, *Art. 3 CEDU e condizioni umane di detenzione*, Vicalvi (Fr), 2017, p. 27.

⁶¹ E. PASTAVRIDIS, *The EU and the Obligation of Non-Refoulement at Sea*, in F. IPPOLITO, S. TREVISANUT (eds.), *Migration in the Mediterranean – Mechanisms of International Cooperation*, Cambridge, 2015, pp. 236-262, in part. pp. 245-248.

⁶² Si veda al riguardo la direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *relativa alle procedure comuni per la concessione o la revoca della protezione internazionale*, in GUUE L1809, del 29 giugno 2013; direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa a norme e procedure comuni negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi in situazione irregolare*, in GUUE L348 del 24 dicembre 2008; Codice Frontiere Schengen approvato dal Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario di norme per l'attraversamento delle persone attraverso le frontiere, in GUUE L105, del 13 aprile 2006, successivamente modificato più volte, in ultimo il 20 giugno 2019, in GUUE L188/25, del 12 giugno 2019).

⁶³ Vedi il nuovo art. 2 (1-bis) del Regolamento (UE) n. 1168/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, in GUUE L-304, del 22 novembre 2011, poi abrogato e sostituito dal Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, *relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio*.

⁶⁴ In GUUE L189, del 27 giugno 2014.

operazioni marittime effettuate da FRONTEX⁶⁵. La sentenza della CGUE del 14 maggio 2019 conferma poi che il diritto dell'UE ha esteso la garanzia di *non refoulement* prevista dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati⁶⁶.

Esiste anche un diritto specifico riconosciuto dall'art. 4, del Protocollo IV della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, del 16 settembre 1963⁶⁷, che è il divieto di espulsioni collettive⁶⁸. La stessa tutela viene, altresì, prevista in altri accordi regionali⁶⁹.

Ciononostante, il relatore speciale delle Nazioni Unite per i diritti umani dei migranti, François Crépeau, durante la sua visita a Bruxelles dal 2 al 5 febbraio 2015, per completare il suo studio sulla crisi migratoria nel Mediterraneo, nella sua relazione finale ha precisato che le garanzie dei diritti umani e dell'accesso alla giustizia per gli immigrati irregolari devono essere sviluppate dagli Stati membri, dato che si verificano tuttora gravi violazioni dei diritti umani⁷⁰.

Ad esempio l'immigrato irregolare ha il diritto di essere ascoltato in procedimenti amministrativi in cui è coinvolto a causa del suo *status* irregolare⁷¹ e ciò non sempre avviene.

La CGUE ha poi riconosciuto gli "effetti diretti" degli Accordi di associazione euro-mediterranei in cui sono previste misure migratorie per i cittadini degli Stati limitrofi, senza la necessità di una regolamentazione aggiuntiva⁷². Ciò è stato particolarmente

⁶⁵ Al riguardo, l'art. 4, co. 1, di suddetto regolamento indica che "*Nessuna persona verrà sbarcata in un paese, costretta ad entrarvi, guidata o altrimenti consegnata alle sue autorità, in violazione del principio di non respingimento quando, tra gli altri casi, vi è un serio rischio di essere esposti a pena di morte, tortura, persecuzione o a qualsiasi altra pena o trattamento disumano o degradante o quando la vita o la libertà è minacciata da motivi di razza, religione, nazionalità, orientamento sessuale, appartenenza ad un particolare gruppo sociale o da opinione politica, o quando c'è un grave rischio di essere espulsi, trasferiti o estradati in un altro paese in violazione del principio di non refoulement*". L'operazione TRITÓN, ad esempio, è stata la prima ad essere eseguita conformemente a tali standard (http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-302_en.htm).

⁶⁶ Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, su cui N. COLACINO, *La Corte di giustizia UE afferma l'irrevocabilità della qualità di rifugiato e il carattere assoluto del divieto di respingimento. Quali indicazioni per il giudice nazionale?*, in questa Rivista, 2019, n. 3, pp. 83-105. Vedi anche il commento di S. MARCHISIO in www.masterdirittumanisapienza.it/nessuna-eccezione-ai-respingimenti-e-rimpatri-di-rifugiati-e-richiedenti-asilo-la-sentenza-della. In Spagna, la situazione più importante in relazione a questo principio è il cosiddetto "*hot return*" che non è oggetto di approfondimento nel presente contributo.

⁶⁷ La Spagna, sebbene abbia firmato il 23 febbraio 1978, ha depositato lo strumento di ratifica il 16 settembre 2009 (BOE del 13 ottobre 2009). La Spagna non ha fatto altro che una dichiarazione in relazione a Gibilterra.

⁶⁸ A.G. CHUECA SANCHO, *El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros*, in *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2002, n. 1, pp. 9-36.

⁶⁹ Vedi art. 22, par. 6, della Convenzione americana sui diritti umani; art. 12, par. 4 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e l'art. 26, par. 2, della Carta araba dei diritti umani.

⁷⁰ F. CRÉPEAU, *End of Mission Statement Migrants and the Mediterranean: UN rights expert on human rights of migrants follow up visit to Brussels for further development of his study on EU border management, Banking on mobility to regain control of EU borders*, 5 febbraio 2015, www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15544&LangID=F#sthash.f0prH1Lc.dpuf.

⁷¹ Corte di giustizia, sentenza del 22 novembre 2012, *M.*, causa C-277/11 e sentenza dell'8 maggio 2014, *H.N.* causa C-604/12.

⁷² Corte di giustizia, *Mohamed Gattoussi v. Stadt Rüsselsheim*, causa C-97/05, par. 39.

importante per l'esercizio dei diritti di entrata e di uscita, di stabilimento, residenza, ecc. di familiari extraeuropei di cittadini europei⁷³.

Quanto ai diritti economici e sociali – in alcun caso diritti minori o di seconda generazione – essi sono riconosciuti a tutte le persone sottoposti alla giurisdizione dello Stato e, quindi, anche agli immigrati irregolari.

La resistenza degli Stati europei al conferimento di adeguate garanzie agli immigrati è confermata, ad esempio, dal Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE) impone un trattamento equo rispetto a tali diritti, ma solo in relazione ai cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente negli Stati membri (art. 79.1).

D'altro canto, la stessa CDFUE limita il godimento di diritti quali l'accesso al mercato del lavoro (art. 15), alle prestazioni sociali (art. 34.2), la libera circolazione (art. 45), la sicurezza sociale (art. 34) ecc. Dunque, godono di pieni diritti solo i cittadini dell'UE e gli stranieri legalmente residenti nell'UE, non già i cittadini di paesi terzi in situazioni irregolare.

Se l'esistenza del Protocollo n. 12 della CEDU, del 4 novembre 2000, che riconosce un diritto autonomo e legittimo di non discriminazione, per qualsiasi motivo, potrebbe essere sufficiente ad assicurare in ogni caso il godimento dei diritti collettivi agli stranieri a prescindere dalla regolarità o irregolarità del soggiorno fisico in un determinato Stato, tuttavia è difficile il suo rispetto, perché gli Stati che hanno ratificato il Protocollo hanno voluto chiarire, in primo luogo che, la nozione di discriminazione non equivale alla nozione di distinto trattamento, dato che, se esiste una distinzione obiettiva e ragionevole, come ha indicato la Corte EDU, ciò non implica discriminazione nel rispetto del principio di proporzionalità⁷⁴.

In secondo luogo, “la formulazione dell'articolo 1 riflette un approccio equilibrato ai possibili obblighi positivi delle parti (...). Sebbene tali obblighi positivi non possono essere esclusi a livello globale, lo scopo principale dell'articolo 1 è stabilire per le Parti un obbligo negativo: astenersi da qualsiasi discriminazione nei confronti delle persone”⁷⁵. Pertanto, gli obblighi imposti dal protocollo in parola sono più restrittivi.

In ambito lavoristico poi l'UE ha adottato una direttiva sulle sanzioni ai datori di lavoro⁷⁶, la quale però soffre di alcuni problemi come la mancanza di una definizione concreta della gravità delle condizioni di sfruttamento, il livello reale di protezione concesso alle vittime di sfruttamento, l'occupazione e i modi per garantire l'accesso ai canali legali e l'assistenza per chiedere un risarcimento o l'obbligo dei datori di lavoro di informare le autorità pubbliche quando assumono un cittadino di un paese terzo; il che rafforza la vulnerabilità degli immigrati irregolari⁷⁷.

⁷³ Corte di giustizia, sentenza del 12 novembre 2014, *S. e G.*, causa C-457/12.

⁷⁴ *Ibidem*, par. 24.

⁷⁵ *Ibidem*, par. 24.

⁷⁶ Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, *che stabilisce norme minime in materia di sanzioni e misure applicabili ai datori di lavoro di cittadini di paesi terzi in situazione irregolare*, in GUUE L 168 del 30 giugno 2009.

⁷⁷ I. DE SANCHO ALONSO, *Access to labour rights for undocumented workers*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Assessing EU Policy on Irregular Immigration under the Stockholm Programme*, CEPS, Brussels,

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, le condizioni di lavoro degli immigrati irregolari che possono comportare lo sfruttamento del lavoro sono incompatibili con l'art. 4 della CEDU che vieta la servitù o il lavoro forzato⁷⁸. In ogni caso, “lo stato di immigrazione di una persona non può costituire, in alcun modo, una giustificazione per privarli del godimento e dell'esercizio dei loro diritti umani, compresi quelli di natura lavorativa”⁷⁹. Pertanto, l'inasprimento delle misure per combattere l'immigrazione clandestina pone come corollario il problema della sua compatibilità con i diritti fondamentali⁸⁰.

L'art. 29 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (da ora CDFUE) stabilisce, inoltre, che “ogni individuo ha il diritto di accedere ad un servizio di collocamento gratuito”. Secondo l'opinione di Enrico Caterini “tale diritto è il “contenuto essenziale” del diritto al lavoro; esso accomuna il non occupato, il disoccupato, cittadino o straniero anche irregolare⁸¹.

Circa il diritto alla salute, invece, così come è stato integrato nel diritto internazionale, deve essere tradotto in una proiezione operativa e pratica. Il corollario di questo diritto è l'accesso ai sistemi di sanità pubblica. A questo proposito va notato che mentre gli Stati dell'UE hanno firmato e ratificato numerosi trattati internazionali che riconoscono il diritto di tutte le persone alla salute come un diritto umano di base e universale, in realtà la prassi e le norme nazionali negano tutto ciò⁸².

Inoltre, gli immigrati irregolari, come riconosciuto da Le Voy e Soova, oltre a non beneficiare di informazioni in materia, investono le loro energie nell'acquisizione dei semplici mezzi di sussistenza necessari per sopravvivere e dunque, ad eccezione di situazioni estremamente gravi, non utilizzano i sistemi sanitari⁸³. In questo modo, essi diventano uno dei gruppi più emarginati e non protetti in Europa⁸⁴.

Se è diffuso l'uso legale di termini come cure di emergenza, cure immediate, cure mediche essenziali, cure necessarie, cure mediche urgenti, ecc. nondimeno è difficile l'accesso degli immigrati irregolari ai sistemi sanitari, che, tra l'altro, è molto differente

2010, p. 12.

⁷⁸ Corte europea, sentenza del 26 giugno 2005, *Siliadin v. Francia*, ricorso n. 73316/01, par. 142.

⁷⁹ Parere consultivo della CIDU sullo *status* giuridico e sui diritti dei migranti privi di documenti, del 17 settembre 2003, par. 134.

⁸⁰ F. SCUTO, *Derechos de los inmigrantes en situación irregular*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2011, n. 16, p. 215.

⁸¹ E. CATERINI, *L'accesso degli immigrati ai diritti fondamentali e sociali in Italia e nell'Unione Europea*, in *Persona y Derecho*, 2015, n. 2, p. 36.

⁸² Vedi Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), *Undocumented Migrants Have Rights! An Overview of the International Human Rights Framework*, PICUM, Brussels, 2007(a), in www.picum.org/sites/default/files/data/UndocumentedMigrantsHaveRights!.pdf.

⁸³ M. LE VOY, K. SOOVA, *Access to health care for undocumented migrants*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *op. cit.*, p. 18.

⁸⁴ *Ibidem*.

da Paese a Paese⁸⁵ anche in ragione dell'assenza di un regolamento europeo uniforme atto a garantire il diritto generale di accesso alla salute quale diritto fondamentale⁸⁶.

Al riguardo, la risoluzione del Parlamento europeo dell'8 marzo 2011 sulla riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell'UE, chiede agli Stati membri di garantire l'accesso all'assistenza sanitaria di base⁸⁷, ma gli Stati membri hanno generalmente ignorato questa richiesta che rimane nell'ambito di semplici risoluzioni parlamentari, senza accedere al grado qualificato di norme giuridiche.

Da parte sua, il Comitato europeo dei diritti sociali, le cui decisioni hanno una natura diversa dalle sentenze⁸⁸, ha riconosciuto che l'accesso a cure mediche e sanitarie sufficienti è un prerequisito per preservare la dignità umana⁸⁹. Tuttavia, la CEDU è più restrittiva in questo senso, e limita il diritto all'assistenza sanitaria, a seconda della legalità della residenza, in relazione alla possibile violazione dell'art. 3 della CEDU.

Mentre il Comitato ha ricordato che gli immigrati irregolari sono soggetti a diritti quando necessitano di servizi sociali di emergenza⁹⁰, la Corte EDU in relazione al rimpatrio o al rimpatrio di immigrati irregolari, si è mostrata sensibile agli interessi esclusivamente statali o socio-economici, con la conseguenza che se la malattia subita dall'immigrato non è abbastanza grave, prevale il diritto dello Stato a non sovraccaricare i suoi sistemi di protezione sociale.

A questo proposito, la Corte EDU ha osservato quanto segue: “La Corte ricorda inoltre che gli stranieri gravemente malati non possono, in linea di principio, rivendicare alcun diritto a rimanere nel territorio di uno Stato contraente per continuare a beneficiare dell'assistenza medica, sociale o di altro tipo e dei servizi resi dallo Stato espellente. Il fatto che l'aspettativa di vita del richiedente si ridurrebbe significativamente se dovesse essere espulso dallo Stato contraente non è di per sé sufficiente a provocare una violazione dell'articolo 3. La decisione di espellere uno straniero che soffre di un grave malattia fisica o mentale in un paese in cui i servizi per il trattamento di questa malattia sono

⁸⁵ Vedi C. FABRE, *Social Rights in European Constitutions*, in G. DE BURCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, pp. 15 ss.

⁸⁶ Come A. GRATTERI riconosce «la giurisprudenza costituzionale, pur affermando il valore della pari dignità, considera compatibili con la Costituzione alcune distinzioni nello *status* degli stranieri regolari e irregolari definendo, in sostanza, quali sono i diritti minimi essenziali di cui tutti devono poter godere». Vedi A. GRATTERI, *La titolarità dei diritti sociali nelle Costituzioni europee: cittadini e stranieri*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 485.

⁸⁷ In GUUE C199 E del 7 giugno 2012. Esso “*invita gli Stati membri a garantire che i gruppi più vulnerabili, compresi i migranti privi di documenti, abbiano il diritto alla parità di accesso e alla pratica dell'assistenza sanitaria; invita gli Stati membri ad esaminare la fattibilità del sostegno all'assistenza sanitaria per i migranti irregolari, attraverso una definizione, basata su principi comuni, degli elementi di base di tale assistenza, quali definiti nelle rispettive legislazioni nazionali*”.

⁸⁸ L. JIMENA QUESADA, *La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in M. TEROL BECERRA, L. JIMENA QUESADA (coords.), *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, Valencia, 2014, pp. 249-267.

⁸⁹ Decisione, *FIDH v. France*, ricorso n. 14/2003, settembre 2004, parr. 31-32.

⁹⁰ Il Comitato ha ricordato, nelle sue conclusioni su Malta, quanto segue: «Le Comité conclut que la situation de Malte n'est pas conforme à l'article 13§4 de la Charte au motif qu'il n'est pas établi que tous les étrangers non résidents – qu'ils soient en situation régulière ou irrégulière – aient droit à une assistance sociale et médicale d'urgence à Malte», *Conclusions 2015 – Malte – article 13-4* ([http://hudoc.esc.coe.int/eng/{"ESCDcIdentifier":\["2015/def/MLT/13/4/FR"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/{)).

inferiori a quelli disponibili nello Stato contraente può sollevare una questione ai sensi dell'articolo 3, ma solo in un caso molto particolare, quando i motivi umanitari contro la repressione sono convincenti"⁹¹.

Per quanto riguarda l'accesso alle abitazioni di immigrati irregolari⁹², va notato che il Comitato europeo dei diritti sociali, in base alla Carta sociale europea, ha ritenuto che gli immigrati irregolari non sono titolari di un diritto all'abitazione, ma ad un alloggio dignitoso⁹³. La base giuridica è l'art. 31 della Carta sociale europea, che non riconosce nemmeno questo diritto ai cittadini stessi, poiché afferma: "per garantire l'effettivo esercizio del diritto all'abitazione, le Parti s'impegnano a prendere misure destinate:

1. a favorire l'accesso ad un'abitazione di livello sufficiente;
2. a prevenire e ridurre lo *status* di "senza tetto" in vista di eliminarlo gradualmente;
3. a rendere il costo dell'abitazione accessibile alle persone che non dispongono di risorse sufficienti".

Come si può constatare, quindi, non si tratta di un diritto positivo ma di un'aspirazione.

Pertanto, il Comitato dei diritti sociali, con riferimento all'espressione "situazione dei senza tetto", diverso dall'accesso agli alloggi, ha ritenuto che l'obbligo dello Stato fosse correlato solo al diritto ad un alloggio dignitoso. Pertanto, un alloggio dignitoso può essere temporaneo, collettivo e persino inadatto alla vita familiare⁹⁴.

Per quanto riguarda un alloggio adeguato, il Comitato ha indicato che deve disporre di tutti i servizi di base, quali acqua, riscaldamento, smaltimento dei rifiuti, servizi igienico-sanitari ed elettricità e deve anche essere strutturalmente sicuro, non affollato e con condizioni legali sicure, nel rispetto della legge⁹⁵.

Inoltre, la Corte EDU ha ritenuto che ci sarebbe il rischio di violare l'art. 3 della CEDU se le condizioni abitative non consentissero l'accoglienza di tutti i membri dell'unità familiare, giacché la dispersione in questo senso sarebbe contraria alla CEDU⁹⁶: una posizione questa confermata anche dalla CGUE, in relazione all'art. 4 della CDFUE⁹⁷.

⁹¹ Corte europea, sentenza del 14 aprile 2015, *Tatar v. Svizzera*, ricorso n. 65692/12, par. 43.

⁹² Vedi, anche se con particolare riferimento alla questione dei minori, G. SCAPPUCCI, *Access to housing for undocumented migrants*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *op. cit.*, pp. 28-31.

⁹³ *Defence for Children International v. Belgio*, reclamo n. 69/2011, decisione nel merito del 23 ottobre 2012, sezione. 102.

⁹⁴ Caso *Defence for Children Internacional v. Paesi Bassi*, reclamo n. 47/2008, decisione nel merito del 20 ottobre 2009, sezione 62.

⁹⁵ Conclusione 2003, Art. 31-1°, *France & FEANTSA v. France*, ricorso n. 39/2006, decisione nel merito, 5 dicembre 2007, par. 76.

⁹⁶ Corte europea, sentenza del 4 novembre 2014, *Tarakhel v. Svizzera*, ricorso n. 29217/12, par. 100-122. Vedi, anche, Corte europea, sentenza del 24 aprile 2012, *Yordanova v. Bulgaria*, ricorso n. 25446/06, par. 130, ove la Corte è giunta alla conclusione che lo Stato bulgaro ha l'obbligo di offrire un alloggio a quelle persone che richiedono attenzione da parte dello Stato a causa della loro vulnerabilità, il che può andare bene in caso di immigrati irregolari; tuttavia, in questi casi il bene giuridicamente protetto sarebbe la vulnerabilità e non la permanenza irregolare.

⁹⁷ Corte di giustizia, *N.S.*, cause riunite C-411/10 e C-493/10.

Infine, un cenno meritano i diritti degli immigrati irregolari trattenuti nei centri di detenzione. Nel 2008 l'UE ha voluto disciplinare le procedure comuni e stabilire norme per il ritorno degli immigrati irregolari nei loro luoghi di origine. In tale direzione è stata adottata la già menzionata direttiva 2008/115/CE relativa a norme e procedure comuni negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi in una situazione irregolare⁹⁸, preceduta, tra l'altro, dalla direttiva 2001/40 sul reciproco riconoscimento delle decisioni di espulsione⁹⁹ e dal cosiddetto *acquis* di Schengen sull'ingresso, la permanenza e l'espulsione del territorio dell'UE¹⁰⁰.

La critica di Fajardo a molte di queste norme è che “la maggior parte degli Stati membri adotta importanti misure di recepimento. Tuttavia, la direttiva 2001/40 è servita a chiarire le principali questioni che la direttiva rimpatri ha dovuto affrontare, tra cui evidenziare l'applicazione insoddisfacente della sanzione che ha comportato la misura di espulsione in tale direttiva, la quale consiste in un divieto di ingresso nel territorio degli Stati membri, per una durata determinata”¹⁰¹.

L'idea di base, come concordato al Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004, è stata l'istituzione di un'efficace politica di espulsione e rimpatrio, basata su standard comuni, per riportare gli immigrati irregolari nei loro luoghi di origine, nel pieno rispetto della loro dignità e dei diritti umani¹⁰². Ma, forse, chi ha contribuito maggiormente alla definizione di tale politica è stata la CGUE, che ha sviluppato una giurisprudenza progressiva, migliorando gli standard di protezione¹⁰³.

Ad ogni modo, scopo della direttiva rimpatri è quello di “stabilire norme e procedure comuni da applicare negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi in una situazione irregolare, conformemente ai diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario, nonché del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e dei diritti umani”¹⁰⁴.

⁹⁸ In GUUE L 348, del 24 dicembre 2008. La Spagna ha recepito la presente direttiva nell'ordinamento spagnolo attraverso la riforma della legge sull'immigrazione 4/2000, dell'11 gennaio, la nuova legge organica 2/2009, dell'11 dicembre del 2009 e il suo nuovo regolamento, adottato dal regio decreto legge 557/2011, del 20 aprile 2011. Per un'analisi generale, vedi A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, pp. 1-17.

⁹⁹ Direttiva 2001/40/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001, *relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di espulsione di cittadini di paesi terzi*, in GUUE L 149 del 2 giugno 2001.

¹⁰⁰ T. FAJARDO CASTILLO, *La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2009, n. 33, p. 460.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² In un altro quadro istituzionale, nel 2005, il Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa avrebbe adottato venti linee guida sul rimpatrio forzato: Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 4 maggio 2005.

¹⁰³ F. IPPOLITO, *Conceptualising a Migrant's Rights-Based EuroMed Cooperation – Political, Legal and Judicial Rationale*, in F. IPPOLITO, S. TREVISANUT (eds.), *Migration in the Mediterranean – Mechanisms of International Cooperation*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁴ V. sul punto le critiche al *nomen* della direttiva evidenziate da P. CERIANI CERNADAS, *La Directiva de retorno de la Unión Europea; apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2009, pp. 86-87.

Come si può rilevare, la prima limitazione stabilita è legata al rispetto dei diritti umani riconducibile ai “principi generali del diritto comunitario” e al “diritto internazionale”. È logico che sia così, dato che la CDFUE avrebbe acquisito successivamente uno *status* giuridico vincolante per effetto dell’entrata in vigore del trattato di Lisbona, nel dicembre 2009.

Oggi, invece, la direttiva deve essere interpretata conformemente alla CDFUE e non già ai “principi generali del diritto comunitario”, che sono più vaghi ed imprecisi.

Circa la situazione di irregolarità, come ho ripetuto in alcune occasioni, essa può essere determinata dall’ingresso in uno stesso Stato dell’UE senza rispettare i requisiti di cui all’art. 5 del Codice frontiere Schengen o perché si è cessato di rispettare le condizioni di uscita e si rimane irregolarmente nel territorio dell’UE.

Sul punto è stato fortemente criticato il fatto che la decisione di rimpatrio potesse essere una decisione “amministrativa”, la cui natura è espressamente determinata dall’art. 3, par. 4, quando stabilisce la definizione di “decisione di rimpatrio”, nel senso di una decisione o di un atto di natura amministrativa o giudiziaria che dichiara la situazione di un cittadino di un paese terzo irregolare e impone o dichiara l’obbligo di tornare.

Pertanto, l’art. 8 al par. 3 afferma che “gli Stati membri possono adottare separatamente una decisione o un atto di natura amministrativa o giudiziaria che ordina l’espulsione”.

Questa anomalia nell’accettare le procedure amministrative è comunque supportata da un’efficace protezione giudiziaria¹⁰⁵: l’art. 13 della direttiva, infatti, nel sottolineare le vie di ricorso, insiste sull’idea di concedere “al cittadino di paese terzo in questione l’effettivo diritto di presentare ricorso contro le decisioni in materia di rimpatrio o di richiederne la revisione in conformità con le disposizioni dell’articolo 12, paragrafo 1, dinanzi ad un organo giurisdizionale, un’autorità amministrativa o altro organo competente composto da membri imparziali e con garanzie di indipendenza”. Al riguardo, la Corte di Strasburgo che si è mossa nella direzione di costruire un regime di immigrazione più solido¹⁰⁶, ha previsto che un rimedio può essere efficace se è idoneo a prevenire l’esecuzione di una espulsione quando un diritto può essere violato in modo irreversibile¹⁰⁷.

Un’altra questione da chiarire è che l’espulsione, in linea di principio, non è una sanzione penale o amministrativa ma la conseguenza di un soggiorno irregolare senza documenti¹⁰⁸, tranne, ovviamente, che non sia “accessoria” ad una condanna emessa dalla Corte di giustizia.

Ad esempio la Spagna imponeva, in alternativa, una sanzione o l’espulsione. Ciò ha portato la Corte di giustizia dei Paesi Baschi a sottoporre un rinvio pregiudiziale alla

¹⁰⁵ Per un’analisi di questo problema cfr. I. REIG FABADO, *La Directiva de Retorno y la Tutela Judicial Efectiva*, in *Barataria – Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2015, n. 19, pp. 115-126.

¹⁰⁶ H. LAMBERT, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l’Homme*, Servizio pubblicazioni del Consiglio d’Europa, Strasburgo, 2007.

¹⁰⁷ Corte europea, sentenza del 5 febbraio 2002, *Conka v. Belgio*, par. 79.

¹⁰⁸ Vedi a riguardo F. VELASCO CABALLERO, *Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras salidas obligatorias*, in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2003, n. 6, pp. 301-340.

CGUE, in relazione ad un caso in cui il governo aveva decretato l'espulsione e, dopo un ricorso giudiziario, l'immigrato irregolare aveva visto disposta dall'organo giudiziario la sostituzione dell'ordine di espulsione con una multa.

Nell'appello della *Subdelegación del Gobierno Central en la Provincia de Gipúzcoa* il *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, ha deciso di sottoporre un rinvio pregiudiziale alla CGUE, la quale, nella sentenza del 23 aprile 2015, ha dichiarato che “la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, relativa a norme e procedure comuni negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi in una situazione irregolare, in particolare i suoi articoli 6, paragrafo 1 e 8, paragrafo 1, in relazione al loro articolo 4, punti 2 e 3, devono essere interpretati nel senso che sono contrari alle norme di uno Stato membro, che in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, in caso di situazione irregolare di cittadini di paesi terzi nel territorio di tale Stato, impone, a seconda delle circostanze, una multa o l'espulsione; entrambe le misure si escludono a vicenda”¹⁰⁹.

Tuttavia, ci sono Stati membri dell'UE che hanno stabilito sanzioni penali in caso di inosservanza degli ordini di espulsione. È stato il caso dell'Italia, ove la violazione di un ordine di espulsione, portava ad una possibile pena detentiva.

A tal riguardo nel noto caso *Hassen El Dridi*¹¹⁰, la CGUE ha ritenuto che una misura coercitiva per eseguire l'espulsione non possa essere di natura penale, come la privazione della libertà¹¹¹, in quanto contraria all'obiettivo della direttiva¹¹².

Sorprende, però, come tale direttiva sia cauta nel garantire solo cure sanitarie urgenti e trattamenti di base. Quale atteggiamento, dunque, dovrebbero adottare gli Stati se un immigrato irregolare dovesse avere una malattia cronica o di lunga durata o il suo trattamento non fosse di base?

La direttiva autorizza la detenzione di immigrati irregolari, in particolare (e, quindi, non solo), quando vi è il rischio di fuga o quando la preparazione del rimpatrio o il processo di espulsione sono evitati o ostacolati. Curiosamente, in questo ordine di cose, il trattenimento può essere ordinato dall'autorità amministrativa, sebbene, ai sensi dell'art. 15, co. 2° “quando il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative, gli

¹⁰⁹http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163877&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=295622#Footnote*

¹¹⁰ Corte di giustizia, sentenza del 28 aprile 2011, *El Dridi v. Italia*, causa C-61/11 PPU. Tra gli altri, per un commento v. A. ROMANO, *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi ([Osservazione a] Corte Giustizia dell'UE, sent.28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, n. 2, pp. 1485-1490.

¹¹¹ Esistono sistemi giuridici degli Stati membri dell'UE che prevedono ancora sanzioni penali per coloro che non ottemperano agli ordini di espulsione, come il Regno Unito, la Germania o la Francia, sebbene i loro giudici stiano procedendo a chiedere l'intervento della CGUE mediante una pronuncia pregiudiziale. Vedi P. GONZÁLEZ SAQUEIRO, *La Directiva “retorno” y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros (Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11)*, Working Paper IDEIR, 2011 n. 6, p. 11. (<https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20directiva%20retorno.pdf>). Il caso della Spagna può essere approfondito in J.V. LORENZO JIMÉNEZ, *La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2009, n. 20, pp. 201-230.

¹¹² Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., par. 59.

Stati membri: a) prevedono un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso, b) oppure accordano al cittadino di un paese terzo interessato il diritto di presentare ricorso per sottoporre ad un pronto riesame giudiziario la legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'avvio del relativo procedimento. In tal caso gli Stati membri informano immediatamente il cittadino del paese terzo in merito alla possibilità di presentare tale ricorso”.

Per quanto riguarda poi le condizioni di detenzione, esse sono previste all'art. 16¹¹³.

Invero la direttiva non dispone di una regolamentazione esaustiva sulla detenzione, il che ha sollevato molte critiche. Ad esempio, come affermato da Reig Fabado, “nella direttiva rimpatri manca il riferimento sia alle decisioni di rimpatrio che hanno carattere collettivo”, sia “riguardo alla tutela dei diritti come il diritto al risarcimento in caso di detenzione illegale”¹¹⁴.

Quando, in circostanze eccezionali, il numero di immigrati irregolari va al di là della capacità dello Stato e delle strutture autorizzate a tale scopo, potrebbero le autorità governative prolungare le scadenze per il controllo giudiziario e adottare misure relative alle condizioni di detenzione, ad esempio stabilendo campi espressamente autorizzati o utilizzando altri edifici, anche se non erano nelle condizioni inizialmente previste?

L'art. 18 della direttiva, così prevede, a condizione che lo Stato non interpreti in modo tale da poter “derogare al loro obbligo generale di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi incombenti ai sensi della presente direttiva”.

Tuttavia, la Corte di giustizia non è permissiva rispetto alla presenza di stranieri irregolari nelle carceri, anche se separati dai prigionieri comuni¹¹⁵, pure se l'immigrato irregolare ha volontariamente prestato il suo consenso¹¹⁶.

La Corte di giustizia ha compiuto però dei progressi riconoscendo ad un immigrato

¹¹³ Art. 16: “Uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari. 2. I cittadini di paesi terzi trattenuti hanno la possibilità – su richiesta – di entrare in contatto, a tempo debito, con rappresentanti legali, familiari e autorità consolari competenti. 3. Particolare attenzione è prestata alla situazione delle persone vulnerabili. Sono assicurate le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie. 4. I pertinenti e competenti organismi ed organizzazioni nazionali, internazionali e non governative hanno la possibilità di accedere ai centri di permanenza temporanea di cui al paragrafo 1, nella misura in cui essi sono utilizzati per trattenere cittadini di paesi terzi in conformità del presente capo. Tali visite possono essere soggette ad autorizzazione. 5. I cittadini di paesi terzi trattenuti sono sistematicamente informati delle norme vigenti nel centro e dei loro diritti e obblighi. Tali informazioni riguardano anche il loro diritto, ai sensi della legislazione nazionale, di mettersi in contatto con gli organismi e le organizzazioni di cui al paragrafo 4”.

¹¹⁴ I. REIG FABADO, *La Directiva de Retorno y la Tutela Judicial Efectiva*, in *Barataria – Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2015, n. 19, p. 121.

¹¹⁵ N. PÉREZ SOLA, *La Directiva de Retorno y la Involución en la Europa de los Derechos*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 2008, n. 8, p. 9.

¹¹⁶ È vero che le differenze di detenzione tra gli Stati membri erano abissali. Potrebbero passare da 30 giorni in Francia a 18 mesi a Malta, anche in assenza di un periodo massimo per Danimarca, Estonia, Finlandia, Lituania, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia. Vedi Corte di giustizia, sentenza del 17 giugno 2014, *Thi Ly Pham y StadtSchewinfurt*, causa C-474/13.

irregolare affetto da una grave malattia il diritto di sospensione della misura di espulsione nazionale se la persona è esposta ad un grave rischio di deterioramento dello stato di salute¹¹⁷.

5. Conclusioni

A conclusione di questa disamina emerge che gli standard “minimi” dei diritti degli stranieri non sono ben definiti ma, in ogni caso, coincidono con il nucleo irriducibile dei diritti umani che, tra gli altri obblighi di legge, sono riconosciuti dall’art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Siffatto nucleo di diritti può considerarsi coincidente con ciò che la CIG riconduceva a “considerazioni elementari d’umanità”.

Di fatto, agli immigrati irregolari devono essere riconosciuti, in particolare, ad esempio, il diritto alla vita, il diritto a non essere torturati, a non essere sottoposti a schiavitù o servitù o alla non retroattività della legge in materia penale.

Nel quadro europeo, questi diritti “minimi” godono di standard di protezione più elevati. Ad esempio, le garanzie giudiziarie includono non solo l’*habeas corpus* o il diritto alla difesa, ma anche il diritto a ricevere informazioni in una lingua comprensibile, il diritto a non essere giudicato due volte per lo stesso reato (*ne bis in idem*), il diritto ad una decisione giudiziaria con garanzie adeguate, ecc.

In tale contesto, gli stranieri, anche quelli irregolari, possono essere talora equiparati ai cittadini; ad esempio, i lavoratori migranti, indipendentemente dal loro *status* giuridico godono degli stessi diritti dei cittadini stessi. Infatti, le norme sul lavoro sono indipendenti dallo *status* giuridico del lavoratore compresi il diritto di associazione, la non discriminazione, la parità retributiva, ecc.

I diritti umani e le libertà pubbliche riconosciute dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo spettano ad ogni persona sottoposta alla giurisdizione di uno Stato laddove gli immigrati irregolari rientrano pienamente in questo quadro protettivo. Nel caso di clausole restrittive, perfettamente compatibili con la Convenzione (ordine pubblico, sicurezza pubblica, sicurezza nazionale, sanità pubblica, protezione di altri interessi legittimi) queste operano sotto la supervisione della stessa Corte europea dei diritti dell’uomo, di modo che il controllo europeo limita il margine nazionale di apprezzamento degli Stati.

Nell’ambito dei diritti inalienabili, è poi necessario prestare particolare attenzione al diritto alla dignità, che deve essere applicato anche nelle procedure di espulsione e alle condizioni di rimpatrio. In particolare il diritto di non respingimento è un diritto essenziale di ogni immigrato, anche se irregolare, come emerge dalla Carta dei diritti fondamentali e da altre norme di diritto derivato, nonché dalla giurisprudenza europea. Allo stesso modo, questo diritto deve essere rispettato nelle operazioni di salvataggio marittimo. In linea con la garanzia di quest’ultimo si collocano altresì il divieto di

¹¹⁷ Corte di giustizia, sentenza del 18 dicembre 2014, *Abdida*, causa C-562/13.

espulsione collettiva di immigrati irregolari e il diritto di ogni immigrato irregolare di essere ascoltato in tutte le procedure di espulsione individuali.

Per quanto riguarda i diritti sociali ed economici, pur non godendo gli immigrati irregolari di diritti parificati a quelli riconosciuti ai cittadini europei o agli immigrati regolari, vi sono alcuni diritti – come il diritto alla salute e, quindi, l’accesso ai sistemi di sanità pubblica - che devono essere riconosciuti a tutti gli esseri umani, indipendentemente dal loro *status* (regolare o irregolare).

È pur vero, però, che l’assenza di una regolamentazione uniforme a livello UE in materia di cure primarie, cure di emergenza, cure immediate, cure mediche essenziali, cure necessarie, cure mediche urgenti, ecc. ostacola l’accesso degli immigrati irregolari alla salute¹¹⁸, e ancor più alla tutela della salute mentale. La stessa Corte EDU è stata poco sensibile a questi problemi e ha consentito l’espulsione di stranieri irregolari, considerando che la loro malattia non fosse abbastanza grave.

Quanto al diritto all’abitazione gli immigrati irregolari non ne sono titolari atteso che essi possono godere di un mero diritto ad un alloggio dignitoso, per tutti i membri dell’unità familiare, dotato dei servizi di base essenziali.

Infine con riferimento alle condizioni di detenzione, si deve tener conto del fatto che la violazione di un ordine di espulsione non può in ogni caso comportare una pena detentiva.

ABSTRACT: Gli Stati hanno il diritto di regolare la presenza degli stranieri nel loro territorio nel rispetto degli obblighi internazionali cui sono vincolati con particolare riferimento al quadro di riferimento europeo. La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia dell’Unione europea, nelle rispettive giurisprudenze, hanno stabilito alcuni limiti rispetto alla concessione di diritti *generici* e diritti *specifici*. L’obiettivo di questo articolo è la determinazione di questi diritti (sia generici che specifici) sulla base della giurisprudenza di entrambe le corti europee con riferimento agli stranieri irregolari.

KEYWORDS: immigrati irregolari – diritti “*generici*” degli stranieri – diritti *specifici* degli stranieri – Corte europea e stranieri – Corte di giustizia e stranieri.

IRREGULAR MIGRATION AND HUMAN RIGHTS: THE PERSPECTIVE OF THE ECHR COURT AND OF THE EU COURT

¹¹⁸ Vedi nel quadro italiano F. SCUTO, *Immigrazione “irregolare” e diritti fondamentali*, in S. GAMBINO, G. D’IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e Diritti Fondamentali fra Costituzione Nazionali, Unione Europea e Diritto Internazionale*, Milano, 2010, p. 589 ss.; ID., *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, Milano, 2012.

ABSTRACT: States have the right to regulate the presence of foreigners in their territory, provided that such regulation is not contrary to their international obligations, especially within the European framework. The European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union have established in their jurisprudence some limits with regard to the granting of *generic* and *specific* rights. The objective of this article is to determine these rights (both *generic* and *specific*) on the basis of the jurisprudence of both European courts with regard to irregular foreigners.

ABSTRACT: irregular migrants – *generic* rights of migrants – *specific* rights of migrants – ECHR and migrants – CJEU and migrants.