

LUCIA TRIA

Il diritto alla vita, il diritto di non essere sottoposti a tortura, a trattamenti inumani o degradanti, ai lavori forzati e di non essere posti in stato di schiavitù con lo sguardo rivolto alla loro applicazione nei confronti dei migranti¹.

SOMMARIO:1.-Introduzione. 2.- Il diritto alla vita: lineamenti generali. –3.- Il diritto di non essere sottoposti a tortura, a trattamenti inumani o degradanti: lineamenti generali.4.- Articoli 2 e 3 CEDU: fattispecie e principi in sintesi.5.- Il diritto di non essere sottoposti ai lavori forzati e di non essere posti in stato di schiavitù: lineamenti generali.5.1.- La tratta di esseri umani. 5.2.- La schiavitù. 5.3.- La servitù. 5.4.- Il lavoro forzato o obbligatorio. 6.- Le nuove schiavitù. 7.- Il sistema di controllo del Consiglio d'Europa. 8.- La tutela dei diritti fondamentali di migranti e di immigrati tra Corte EDU e Corte di giustizia UE. 9.- Situazioni particolari concernenti migranti o immigrati nell'applicazione degli artt. 2, 3 e 4 CEDU: uno sguardo di sintesi. 9.1.- Estradizione e cooperazione fra Stati UE in base al sistema del MAE. 9.2.- Principio di non respingimento. 9.2.1.- Corte EDU. 9.2.2.- Corte di Giustizia UE. 10.- Conclusioni.

1.- Introduzione.

I diritti tutelati dagli artt. 2, 3 e 4 della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo (d'ora in poi: CEDU) rappresentano le “colonne portanti” della Convenzione stessa e, purtroppo, sono diritti le cui violazioni sono in aumento, anche negli Stati UE.

Pertanto, è necessario l'impegno di tutti noi per cercare di arrestare questa deriva, che costituisce una piaga in pericolosa espansione.

In questo ambito gli operatori giuridici e, in particolare, i giudici e gli avvocati sono in prima linea.

L'impegno dell'Avvocatura per la salvaguardia dei diritti umani e fondamentali costituisce attuazione di quanto prescrivono sia l'art. 4, comma secondo, della Costituzione italiana – secondo cui: “ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società” – sia il Codice deontologico degli Avvocati europei, sia il Nuovo Codice deontologico degli Avvocati italiani, che ha fra i suoi obiettivi la valorizzazione della “funzione sociale della difesa”.

Tale impegno è volto ad incrementare l'effettività dei diritti fondamentali della persona ed è altrettanto certo che oggi farlo proprio oggi risulta particolarmente difficile, specialmente con riguardo ai diritti fondamentali dei migranti.

Da anni l'Avvocatura italiana sente la necessità di affrontare in prima linea tale situazione soprattutto con riguardo al fenomeno migratorio, attraverso una svolta “culturale” ma anche “etica”.

Questa svolta culturale – supportata da quella etica – comporta, in primo luogo, una migliore conoscenza della giurisprudenza della Corte EDU e dei suoi effetti nell'ordinamento nazionale, non disgiunta dalla conoscenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia della UE e del CEAS –

¹Da una lezione tenuta nell'ambito del Corso di specializzazione sulla Convenzione europea dei diritti umani, organizzato dall'Unione forense per la tutela dei diritti umani – UFTDU, nel II MODULO del Corso dedicato a “Diritto alla vita e divieto di tortura”, venerdì 8 maggio 2020.

Common European Asylum System (Sistema Europeo Comune di Asilo) – che fa da sfondo a tutte le pronunce giurisdizionali – dei Giudici internazionali, sovranazionali e nazionali – in materia.

Per queste ragioni nel presente scritto – dopo una breve illustrazione di carattere generale sulle norme che garantiscono il diritto alla vita, il diritto di non sottoposto a tortura, a trattamenti inumani o degradanti, ai lavori forzati e di non essere posto in stato di schiavitù – mi soffermerò, in particolare, sull'applicazione di tali norme nei confronti dei migranti, quale si desume specialmente dalla giurisprudenza della Corte europea per la tutela dei diritti dell'uomo (d'ora in poi: Corte EDU) e della Corte di giustizia UE (d'ora in poi: CGUE), anche alla luce della giurisprudenza sul principio di non respingimento.

2.- Il diritto alla vita: lineamenti generali.

A partire da Tommaso d'Aquino tutti coloro che hanno studiato e difeso i diritti umani e fondamentali, pur nelle diverse impostazioni, tuttavia concordemente considerano il diritto alla vita come il primo tra i diritti fondamentali, salvo poi a dividersi sulla identificazione dei momenti in cui comincia e in cui finisce la vita.

Del resto, il diritto alla vita è solennemente proclamato in tutte le Carte internazionali e sovranazionali che rappresentano la base da cui nascono gli strumenti di tutela dei diritti umani di cui disponiamo nel mondo occidentale: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

E se, nella Costituzione italiana, non è espressamente prevista una disposizione ove è solennemente riconosciuto il diritto alla vita, ciò è dovuto alla scelta di base dei nostri Costituenti – analoga a quella fatta per la “dignità umana” – di non restringere in un testo normativo dei concetti che appartengono - per usare l'espressione della sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988 - “all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione” stessa.

Ciò comporta che la tutela del diritto alla vita, come in molte occasioni ha affermato la Corte costituzionale, si deve considerare insita nella nostra Carta fondamentale e, in particolare, garantita nell'art. 2, da cui si desume che tale diritto, inteso nella sua estensione più lata, è da iscriverne tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata (sentenze n. 35 del 1997; n. 223 del 1996; n. 54 del 1979; n. 62 del 1969 e, di recente, ordinanza n. 207 del 2018 seguita dalla sentenza n. 242 del 2019, entrambe sul noto caso Cappato).

Di questo si trova conferma nell'art. 27, quarto comma, Cost. che prevede il divieto della pena di morte per il quale, insieme con i valori ad esso sottostanti – primo fra tutti il bene essenziale della vita – si impone una garanzia assoluta, come afferma la Corte costituzionale (sentenze n. 54 del 1979; n. 223 del 1996).

La nostra Costituzione, poi, in numerose norme riconosce il diritto ad ottenere i mezzi economici necessari per avere un'esistenza libera e dignitosa (artt. 36, 38 Cost. e art. 30 Cost. che impone in prima battuta ai genitori il dovere di provvedere anche al loro mantenimento).

L'impostazione della nostra Costituzione è particolare.

Infatti, il diritto alla vita è solennemente proclamato in tutte le Carte internazionali e sovranazionali che rappresentano la base da cui nascono gli strumenti di tutela dei diritti umani di cui disponiamo nel mondo occidentale: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi: CDFUE).

Il rispettivo testo – e quindi l'ampiezza della tutela – non è del tutto coincidente.

Così per l'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948:

“Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona”.

Per l'art. 2 della CDFUE:

“1. Ogni individuo ha diritto alla vita.

2. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato”

Per l'art. 2 della CEDU:

1 Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.

2 La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario:

a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale;

b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta;

c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione”.

Va anche aggiunto che, ove possibile, il diritto ad una sepoltura è compreso nel diritto alla vita e riconosciuto come tale sia dalla nostra Corte costituzionale (sentenza n. 239 del 1984), sia dalla Corte di Strasburgo (vedi, per tutte: le due sentenze del 6 giugno 2013 sui casi *Maskhadova e altri c. Russia* e *Sabanchiyeva e altri c. Russia*).

E qui va detto che i migranti i cui corpi sono stati restituiti dal Mare Mediterraneo anche se non è stato possibile identificarli hanno ricevuto una sepoltura in più di 70 cimiteri fra Turchia, Grecia e Italia.

Mentre oggi per i numerosi morti a causa del Covid-19 – che al pari degli altri deceduti per altre patologie o eventi, possono essere inumati (seppelliti in terra), tumulati (in loculo) o avviati a cremazione – non è in discussione il diritto alla sepoltura ma quello delle famiglie all'ultimo saluto e alla cerimonia funebre.

A proposito della compatibilità del diritto alla vita con la pena di morte la stessa Corte EDU ha ricordato che la Convenzione funziona come uno “strumento vivente” e che la sentenza 12

marzo 2003, *Öcalan c. Turchia* ne è un esempio, in quanto la Corte in essa ha riconosciuto che la propria interpretazione dell'art. 2 si è evoluta per il fatto che “i territori che rientravano nella giurisdizione degli Stati membri del Consiglio d'Europa formano ora una zona esente dalla pena di morte” (§ 163) in tempo di pace (sentenza 28 febbraio 2008, Grande Camera, *Saadi c. Italia*).

La Corte EDU per gli artt. 2 e 3 della Convenzione – nonché per l'art. 4, sulla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato e per l'art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare – ha configurato dei veri e propri obblighi a carico dei singoli Stati membri che sono di due tipi:

a) negativi: che si traducono nell'astensione dal commettere atti lesivi dei beni tutelati dalle suindicate norme sovranazionali (vita, integrità psicofisica, libertà individuale);

b) positivi: che comportano l'impegno attivo per garantire protezione ai singoli individui ed impedire la violazione dei diritti sovranazionali perpetrata da terzi nonché di assicurare un'efficace repressione delle lesioni verificatesi. In quest'ultimo ambito rientra anche l'obbligo per le autorità interne di assicurare l'accertamento dei fatti di reato e procedere ad un'adeguata repressione della lesione dei diritti fondamentali una volta che tale lesione si sia verificata, cioè ex post.

Inoltre, i suddetti diritti sono presi in considerazione dalla Corte sotto un duplice profilo:

a) sostanziale che comporta che gli Stati membri siano obbligati a creare forme di legislazione dissuasive di comportamenti violenti, soprattutto per le autorità che godono del potere di uso legittimo della forza;

b) procedurale che contempla l'obbligo per le autorità interne di assicurare l'accertamento dei fatti di reato e di procedere ad un'adeguata repressione della lesione dei diritti fondamentali una volta che tale lesione si sia verificata, cioè ex post al fine di dimostrare ai cittadini la volontà e capacità di far valere la legge a favore di coloro che sono stati oggetto di violenze.

3.- Il diritto di non essere sottoposti a tortura, a trattamenti inumani o degradanti: lineamenti generali.

L'art. 3 della CEDU (Proibizione della tortura) stabilisce che:

“Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”.

Tale disposizione trova riscontro nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui art. 5 stabilisce che “Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti”.

Inoltre, l'art. 4 della CDFUE (Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti), prevede che: “Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti”, usando quindi la medesima formulazione dell'art. 3 della CEDU.

Tra le norme della CEDU l'art. 3 è una di quelle alle quali si sono riscontrate maggiori difficoltà di interpretazione e di applicazione, derivanti principalmente dal fatto che la finalità ampia, generale e perentoria dei divieti ivi previsti non è accompagnata da alcuna indicazione sul significato da dare alle proibizioni.

Pertanto, la giurisprudenza della Corte EDU ha avuto un ruolo di grande rilievo al riguardo e va sottolineato che, anche se i lavori preparatori all'articolo appaiono orientati nel senso di una sostanziale parificazione dei termini, tuttavia la giurisprudenza della Corte EDU ha manifestato la tendenza a scomporre la formulazione della previsione nelle tre componenti di "tortura", "pene o trattamenti inumani" e "pene o trattamenti degradanti", ciascuna della quali avente una propria connotazione, ma sempre nell'ambito di una previsione cui va data un'interpretazione evolutiva rispondente alle mutevoli circostanze che via via si presentano, sul presupposto secondo cui la CEDU è un corpo "vivente" di norme, che si evolve insieme con la società.

La distinzione tra i diversi comportamenti proibiti dall'art. 3 della Convenzione nasce dall'applicazione delle parole che la Commissione europea dei diritti dell'uomo² ha pronunciato nel 1969 a proposito del c.d. "Caso Greco", nato da un ricorso interstatale presentato congiuntamente dai Paesi scandinavi di Svezia e Danimarca e dai Paesi Bassi, nel quale si esaminavano le massicce violazioni dei diritti umani commesse nella Grecia del cosiddetto "regime dei Colonnelli", conclusosi per effetto della decisione del Paese ellenico di uscire spontaneamente dal Consiglio d'Europa, onde evitare le ben più gravi conseguenze – nello specifico, la sospensione – derivabili dal suddetto rapporto.

Nel rapporto la Commissione in riferimento alla descrizione delle tre tipologie di maltrattamenti previste dall'art. 3, affermò che: «ogni tortura non può non essere anche trattamento inumano e degradante e ogni trattamento inumano non può non essere anche degradante». Pertanto, per il rapporto le fattispecie costituiscono una struttura a cerchi concentrici in cui il trattamento degradante è il genus, quello inumano la species e la tortura rappresenta, a sua volta, l'anello più stretto. Elemento di differenziazione tra le tre fattispecie delineate nell'art. 3 della Convenzione sono dunque i patimenti inflitti, sia sotto il profilo della tipologia sia sotto quello dell'intensità. Se i fatti non sono connotati da un intenso grado di disvalore, utile a definirli tortura, potranno tutt'al più, qualora si ravvisino i presupposti, essere qualificati come trattamenti inumani oppure degradanti.

In sintesi, dalla lettura della norma si evince la volontà di attribuire al termine "tortura" uno stigma particolarmente disdicevole e che la tortura implica oltre alla gravità dei trattamenti, una volontà deliberata, come riconosciuto nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, entrata in vigore il 26 giugno 1987 nei confronti dell'Italia che definisce la «tortura» come qualsiasi atto con il quale vengono intenzionalmente inflitti a una persona un dolore o delle sofferenze acute allo scopo, soprattutto, di ottenere dalla stessa informazioni, di punirla o di intimidirla (sentenze İlhan, § 85; Gäfgen, § 90; El-Masri, § 197, richiamate nella sentenza 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, par. 171 e ss.).

In alcuni casi, i fatti di causa hanno portato la Corte a ritenere che i maltrattamenti in questione dovessero essere definiti «tortura» dopo aver applicato congiuntamente i due criteri sopra menzionati, ossia la gravità delle sofferenze e la volontà deliberata (si veda, ad esempio, Aksoy c. Turchia, 18 dicembre 1996, §§ 63-64).

² È noto che solo a partire da novembre 1998, la Commissione ha smesso di esercitare le proprie funzioni, in seguito alla creazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Fino a quella data, tale organo ha giudicato della ricevibilità, in base alla Convenzione, di qualsiasi ricorso, presentato da un individuo o da uno Stato, contro uno Stato membro.

In altri casi la Corte, nel suo ragionamento, ha basato la constatazione di «tortura» non tanto sul carattere intenzionale dei maltrattamenti, quanto piuttosto sul fatto che essi avevano «provocato dolori e sofferenze acuti» e che rivestivano «un carattere particolarmente grave e crudele» (si vedano, ad esempio, sentenze: Selmouni, cit., §§ 101-105; Erdal Aslan c. Turchia, 2 dicembre 2008, § 73).

Nel caso citato Cestaro la Corte, dopo aver sottolineato di non poter ignorare che, secondo la Corte di cassazione, le violenze nella scuola Diaz-Pertini di Genova, di cui è stato vittima il ricorrente, erano state esercitate con finalità «punitiva, vendicativa e diretta all'umiliazione ed alla sofferenza fisica e mentale delle vittime», ha ritenuto che le stesse potevano definirsi «tortura» ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione contro la tortura e le altre pene e trattamenti crudeli, inumani o degradanti (sentenza Cestaro cit. par. 77 e 177).

Di conseguenza, per la Corte, in linea generale, la distinzione tra tortura e trattamento inumano e degradante si pone sui seguenti due piani:

a) la tortura è una forma di maltrattamento più seria e grave che provoca un maggior grado di sofferenza;

b) la tortura in genere è praticata per uno scopo, rimanendo comunque fermo il divieto assoluto anche davanti a finalità pubbliche (sentenza 18 dicembre 1996, Aksoy c. Turchia). Tale elemento finalistico della violenza è quello che maggiormente distingue la tortura dai trattamenti inumani, nei quali invece la severità della sofferenza cagionata può non essere dissimile da quella che si riscontra nella tortura.

D'altra parte, sono qualificati “degradanti” la pena o il trattamento che si caratterizzano perché umiliano e sviliscono l'individuo in maniera tale da sminuire o palesare una mancanza di rispetto per la sua dignità o tale da suscitare sentimenti di paura, angoscia e inferiorità in grado di minarne la resistenza fisica e morale e da portare l'individuo ad agire contro la propria coscienza o volontà, senza che peraltro sia necessaria la pubblicità del comportamento dannoso (sentenza 10 ottobre 2001, Price c. Regno Unito, 10 ottobre 2001, paragrafi 24-30; sentenza 25 aprile 1978, Tyrer c. Regno Unito, par. 32).

Comunque la Corte tende ad analizzare i casi sottoposti alla sua valutazione dando specifico rilievo alle peculiarità della vicenda e in questa prospettiva, divengono oggetto di analisi una serie di parametri, oggettivi e soggettivi, quali la durata nel tempo della violazione, le conseguenze fisiche e mentali prodotte sulla vittima, lo stato di salute della persona sottoposta a trattamenti inumani o degradanti, la sistematicità dei trattamenti o la particolare vulnerabilità della vittima (vedi, per tutte: sentenze , Grande Camera, 28 luglio 1999, Selmouni c. Francia, cit., § 103-104 e 25 settembre 1997, Aydin c. Turchia, cit., § 83). I

Lo stesso approccio è utilizzato dalla Corte nell'applicazione del criterio della c.d. “soglia minima di gravità” – che, per la Corte, il maltrattamento deve raggiungere per essere compreso nel campo di applicazione dell'art. 3 – in quanto configura come relativa la valutazione del raggiungimento in concreto di tale minimo in quanto la considera dipendente da tutte le circostanze del caso, quali la durata del trattamento, i suoi effetti fisici e mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e

le condizioni di salute della vittima (vedi, per tutte, sentenze Grande Camera, Labita c. Italia, 6 aprile 2000; Montani c. Italia, 19 gennaio 2010).

Il punto di partenza per l'elaborazione della definizione di pene e trattamenti degradanti è da collocare nella sentenza 18 gennaio 1978, Irlanda c. Regno Unito (par. 168), ove è stato specificato per la prima volta che presupposto di un trattamento degradante è un'umiliazione sproporzionata della vittima (vedi successivamente: sentenze 16 dicembre 1997, Raninen c. Finlandia e 28 luglio 1999, Grande Camera, Selmouni c. Francia).

Nella importante sentenza 25 aprile 1978, Tyrer c. Regno Unito, la Corte ha esaminato il caso di una persona, quindicenne all'epoca dei fatti, che a seguito di aggressione ad un compagno di scuola era stata condannata, secondo la legislazione dell'Isola di Man, dove risiedeva, a tre colpi di frusta. Nel ricorso presentato alla Corte EDU, dopo che l'Alta Corte dell'isola aveva rigettato il suo ricorso, l'interessato deduceva che la punizione cui era stato sottoposto costituiva una violazione dell'art. 3. La Corte – dopo aver escluso che il maltrattamento in questione potesse rientrare sotto il profilo della gravità della sofferenza inflitta nella categoria della tortura e delle pene inumane – classificò la fustigazione come una forma di punizione degradante in ragione dell'umiliazione e della vergogna che aveva causato alla vittima.

Di qui la conferma che perché una pena o un trattamento possa considerarsi “degradante” è determinante che esso rappresenti una minaccia alla dignità e all'integrità fisica o psichica dell'individuo rientrano tra gli obiettivi che l'art. 3 intende tutelare, mentre non è un elemento indispensabile della fattispecie che il trattamento umiliante causi gravi o durature sofferenze sul piano fisico o mentale, pur essendo probabile che ciò verifichi.

In sintesi, quindi, salvo restando il criterio di relatività nella valutazione delle circostanze dei singoli casi, per la Corte il concetto di pena o trattamento degradante non sembra quindi richiedere né i tre elementi stabiliti per le pene o trattamenti inumani, né quel grado estremo di violenza e una particolare finalità che caratterizzano la tortura.

Peraltro, la Corte ha più volte ribadito che perché il maltrattamento possa definirsi degradante l'umiliazione che ne deriva deve collocarsi ad un livello particolare e deve in ogni caso essere diversa dall'umiliazione normalmente connaturata ad una condanna.

In questa ottica, la Corte ha escluso che si possano considerare come degradanti le punizioni giudiziarie nella loro generalità, per il solo fatto che esse comportano un inevitabile elemento di umiliazione, sottolineando che il livello dell'umiliazione va valutato in base a tutte le circostanze del caso (vedi, per tutte sentenza 25 aprile 1978, Tyrer cit.).

Deve essere ricordato che, nell'applicazione dell'art. 3 CEDU, la Corte EDU è stata coadiuvata dal Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti Inumani o Degradanti (CPT), che è uno degli organismi deputati, nel sistema del Consiglio di Europa, al controllo (di tipo politico e preventivo) sul rispetto della CEDU, di altre Convenzioni firmate dagli Stati membri e dei relativi protocolli.

Il CPT è stato istituito nel 1987 con la Convenzione Europea per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti Inumani o Degradanti (ECPT), per le ragioni indicate nel Rapporto

Esplacativo che chiude il testo della stessa Convenzione: «Nel quadro del Consiglio d'Europa, il sistema di controllo predisposto dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, ha ottenuto risultati rilevanti. Si è ritenuto che tale sistema, basato su ricorsi presentati da singoli individui o da Stati che ritengano di essere stati vittime di violazioni dei diritti enunciati nella Convenzione, potrebbe essere utilmente affiancato da un sistema non giudiziario di natura preventiva, il cui compito sarebbe quello di esaminare il trattamento riservato alle persone private di libertà, allo scopo di rafforzare, ove si riveli necessario, la protezione di tali persone contro la tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti ».

L'istituzione del CPT ha inoltre funzionato come stimolo a livello internazionale per incrementare la protezione dei diritti umani, come è dimostrato dall'adozione, nel 2002, del Protocollo Opzionale alla Convenzione ONU contro la Tortura, ove si prevede un meccanismo di visite periodiche nei luoghi di detenzione e si prescrive la creazione di un Sottocomitato per la prevenzione dei maltrattamenti in contesti di privazione della libertà.

L'Italia ha ratificato il Protocollo con legge 9 novembre 2012 n. 195 "Ratifica ed esecuzione del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, fatto a New York il 18 dicembre 2002".

Per quanto riguarda il nostro Paese l'introduzione dello specifico reato di tortura – avvenuta con legge 14 luglio 2017, n. 110 – benché molto tardiva è dovuta anche ai reiterati rapporti del CPT in cui si evidenziava la necessità di introdurre il suddetto reato nel nostro ordinamento, in particolare per tutelare le condizioni dei detenuti nelle carceri nonché dei migranti anche nei Centri loro dedicati e, in particolare, a la protezione dalla tortura e da maltrattamenti. Analogamente hanno avuto peso le conformi osservazioni preliminari e alla "relazione confidenziale" trasmessa al Governo dal Sottocomitato delle Nazioni Unite per la prevenzione della tortura a conclusione della sua prima visita in Italia il 22 settembre 2015, che ha riguardato diverse strutture per i migranti a Roma, Trapani, Pozzallo, Torino e Bari.

Infatti, queste iniziative hanno rafforzato l'efficacia delle condanne pronunciate dalla Corte di Strasburgo nei confronti del nostro Paese per violazione dell'art. 3 della CEDU (sul divieto di trattamenti inumani e degradanti) nelle sentenze:

a) *HirsiJamaa e altri c. Italia*, Grande Camera, 23 febbraio 2012 (caso nel quale i ricorrenti erano difesi dagli avvocati Anton Giulio Lana e Andrea Saccucci) e altre successive conformi, in materia di respingimenti collettivi dei migranti;

b) *Cestaro c. Italia* del 7 aprile 2015 e le altre successive conformi riguardanti i fatti avvenuti al termine del summit del G8 svoltosi a Genova nel luglio del 2001 all'interno della scuola Diaz-Pertini, messa a disposizione dal Comune di Genova per offrire ai manifestanti una sistemazione per la notte, fatti per i quali i ricorrenti hanno dedotto che i responsabili non sono stati sanzionati adeguatamente, in ragione sia della prescrizione della maggior parte dei delitti loro ascritti intervenuta nel corso del procedimento penale sia dell'indulto di cui avrebbero beneficiato alcuni condannati sia dell'assenza di sanzioni disciplinari nei confronti di queste stesse persone;

c) *Alberti c. Italia* 24 giugno 2014 e *Saba c. Italia* 1 luglio 2014 ed altre conformi relative a maltrattamenti subiti da arrestati o detenuti da parte di esponenti delle forze dell'ordine anche in questi casi non adeguatamente puniti;

d) *Sulejmanovic c. Italia* del 16 luglio 2009 e la famosa sentenza-pilota³ *Torreggiani e altri c. Italia*, del 8 gennaio 2013, sul sovraffollamento carcerario nel nostro Paese.

In queste sentenze è stato dato ampio spazio alle osservazioni del CPT sulla situazione del nostro Paese in particolare con riguardo:

a) alla necessità di assicurare la piena informazione di tutti gli agenti delle forze dell'ordine, guardie di frontiera e personale che lavora nei Centri per immigrati - Centri di permanenza temporanea e assistenza (CPTA), poi definiti Centri di permanenza temporanea (CPT), successivamente Centri di identificazione ed espulsione (CIE) che con il decreto-legge 13 del 2017 convertito dalla legge 13 aprile 2017, n. 46, hanno assunto la denominazione di Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) - siano pienamente informati delle disposizioni della Convenzione e sul fatto che non saranno tollerate infrazioni, le quali saranno anzi investigate, e che coloro che avranno commesso violazioni saranno perseguiti;

b) alla necessità di fornire adeguate attrezzature e formazione di tutti gli agenti delle forze dell'ordine ad impiegare mezzi non violenti e a fare ricorso all'uso della forza e delle armi solo quando strettamente necessario ed in modo proporzionato, provvedendo a tal fine, le autorità italiane, ad una revisione approfondita delle pratiche di polizia, compreso l'addestramento e l'impiego delle forze dell'ordine nel controllo della folla e regolamenti sull'uso della forza e delle armi da parte degli agenti;

c) alla necessità di impartire a tutto il personale competente un addestramento specifico su come identificare i segni di tortura e di maltrattamento e che il Protocollo di Istanbul del 1999

³Le sentenze "pilota" della Corte EDU sono state introdotte per via giurisprudenziale con la nota sentenza *Broniowski c. Polonia* del 22 giugno 2004. In tale occasione la Corte rileva violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 derivante dalla mancata previsione di una forma di risarcimento per le circa 80.000 persone che, tra il 1944 e il 1953, erano state obbligate ad abbandonare le loro terre poste nelle province orientali della Polonia ante-guerra e la pendenza di molti ricorsi al riguardo. Pertanto, considerata la violazione come derivante da una situazione di carattere strutturale e come tale riguardante un gran numero di persone, invitò la Polonia ad adottare delle misure generali a livello nazionale per porvi rimedio. Nel luglio 2005 la Polonia ha emanato una nuova legge con la quale ha previsto un sistema di risarcimento "per equivalente", che la Corte ha considerato concreto ed accessibile atutt, procedendo così alla cancellazione dal ruolo delle centinaia di ricorsi pendenti relativamente al mancato risarcimento degli ex proprietari di beni fondiari situati al di là del fiume Bug.

Questo approccio giuridico adottato dalla Corte per trattare i problemi sistematici o strutturali che emergono nell'ordinamento giuridico nazionale, è indicato con l'espressione «procedura di sentenza pilota». Quest'ultima si propone anzitutto di aiutare gli Stati contraenti ad adempiere al ruolo che appartiene agli stessi nel sistema della Convenzione risolvendo questo tipo di problemi a livello nazionale, in modo che essi riconoscano anche in questo modo alle persone interessate i diritti e le libertà definiti nella Convenzione, in linea con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 1 CEDU, offrendo loro una riparazione più rapida, e alleggerendo nello stesso tempo il carico della Corte che, altrimenti, dovrebbe esaminare moltissimi ricorsi simili nella sostanza.

La suddetta procedura è stata normata dall'art. 61 del Regolamento della Corte di aprile 2011 poi riprodotto nell'ultima versione del Regolamento della Corte del 14 novembre 2016.

a Corte Strasburgo "quasi pilota" – che hanno una incidenza di sistema e non solo su un singolo caso – la Corte di Strasburgo si è anche posta il problema delle ricadute della crisi economica sulla capacità degli Stati sia di corrispondere il risarcimento in caso di violazioni riconosciute, sia di assumere i necessari rimedi in caso di violazioni strutturali o sistematiche, ricordando che è allo studio della Corte di giustizia UE la compatibilità con la attuale crisi economica del sistema di pagamento di quanto dovuto in un'unica soluzione da parte di uno Stato membro colpito da una procedura di infrazione (vedi: caso Commissione Europea c. Irlanda del 19 dicembre 2012).

(Manuale sulla investigazione e documentazione efficaci di tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti), stabilendosi che esso diventi parte integrante della formazione dei medici;

d) alla opportunità da parte dello Stato di sviluppare e mettere in atto una metodologia diretta a valutare l'efficacia e l'impatto dei propri programmi di formazione e di educazione sulla riduzione dei casi di tortura e di maltrattamenti;

e) alla persistente mancata previsione del reato di tortura – la cui commissione è favorita dal sovraffollamento carcerario – che per lunghi anni si è tradotta, di fatto, nella mancata sanzione di fatti di tortura commessi da agenti dello Stato a causa dell'inadeguatezza della legislazione penale italiana che ha comportato, nella maggior parte dei casi, l'applicazione della prescrizione dei reati, la quali rientra senza dubbio nella categoria di «misure» inammissibili in uno Stato di diritto, secondo la giurisprudenza della Corte riguardante il profilo procedurale degli artt. 2 o 3 della Convenzione, in quanto ha avuto come effetto quello di impedire una condanna;

f) alla conseguente mancanza di effetti dissuasivi per prevenire efficacemente la reiterazione di maltrattamenti e atti di tortura.

4.- Articoli 2 e 3 CEDU: fattispecie e principi in sintesi.

Come si desume anche dalle sentenze citate, la grande maggioranza dei ricorsi esaminati dalla Corte EDU per violazione dei diritti - assoluti - sanciti dagli artt. 2 e 3 della CEDU riguarda violenze, maltrattamenti o abusi posti in essere da parte “agenti dello Stato” in contesti detentivi (carceri o centri per immigrati).

Peraltro, nell'ambito applicativo dei suddetti articoli rientra anche l'obbligo di cura ed assistenza per la protezione della vita e della salute dei reclusi. Così, ad esempio, nella sentenza *Karpylenko c. Ucraina* del 11 febbraio 2016, la Corte ha riaffermato il dovere delle autorità statali di utilizzare ogni misura ragionevolmente possibile per curare adeguatamente chi è sottoposto al regime carcerario, in un caso relativo ad un detenuto morto per una serie di patologie legate all'HIV non adeguatamente curato e per il quale dopo il decesso, non era stata svolta un'appropriata indagine. Lo stesso caso è stato analizzato anche sotto il profilo concernente l'art. 3 per i maltrattamenti subiti in carcere.

Analogamente nella sentenza *Mozer c. Moldavia e Russia* del 23 febbraio 2016, è stata accertata la violazione dell'art. 3 in relazione al rifiuto di sottoporre a cure adeguate il ricorrente - tanto all'interno del carcere ove era ristretto, quanto in una struttura ospedaliera - nonché al suo trasferimento in una struttura detentiva dalle condizioni igienico-sanitarie ancora peggiori della precedente, situazione che aveva determinato l'aggravarsi delle patologie.

Così nella sentenza *Jeanty c. Belgio* del 31 marzo 2020 la Corte, pur avendo considerato le misure adottate dalle autorità belghe effettivamente idonee ad impedire il suicidio di un detenuto che ripetutamente lo aveva tentato, tuttavia ha accertato che l'uomo aveva patito un sentimento di angoscia e, comunque, si era trovato in una situazione di difficoltà di intensità superiore a quel livello di sofferenza evitabile proprio delle condizioni di detenzione, in particolare a causa della mancanza di cure mediche, di vigilanza e trattamento sanitario durante i suoi due periodi di

detenzione. Inoltre, l'inchiesta successiva riguardante i ripetuti tentativi di suicidio del detenuto in carcere era stata inefficace, in quanto si era conclusa con l'archiviazione dei procedimenti senza alcun approfondimento delle ragioni del disagio dell'uomo.

Nella coeva sentenza *Fabris e Parziale c. Italia* del 19 marzo 2020 la Corte ha, invece, escluso la violazione dell'art.2 della CEDU, sotto il profilo sostanziale e procedurale, da parte dell'Italia per il suicidio di un detenuto tossicodipendente affetto da turbe psichiche, fatto per il quale era stata disposta l'archiviazione per intervenuta prescrizione del procedimento penale per omicidio colposo a carico del direttore del carcere, del medico responsabile dello stabilimento ed del responsabile dei servizi penitenziari. La Corte ha sottolineato che il suicidio effettuato usando la bomboletta di gas fornita per cucinare, non era prevedibile e le autorità non sapevano né avrebbero potuto sapere dell'esistenza di un rischio reale ed immediato per la vita del detenuto suicida. Infine, la Corte EDU ha escluso la configurabilità di una qualche responsabilità per l'Italia relativamente ai propri doveri di investigare sull'accaduto (sul tema: *Nicolae VirgiliuTănase c. Romania* [GC] del 25 giugno 9; *Renolde c. Francia* del 2008 e *Mastromatteo c. Italia* [GC] del 2002).

Va rilevato che, in conseguenza della pandemia di COVID 19 che ci sta affliggendo, autorevole dottrina sottolinea che tra le persone colpite in maniera particolare dal virus ci sono i detenuti, in quanto il sovraffollamento che tuttora si riscontra nelle nostre carceri è un fattore di estremo pericolo che mette a repentaglio la dignità umana, come ha più volte rilevato la Corte di Strasburgo. Ciò accadrebbe nell'indifferenza generale mentre i casi di contagio fra detenuti e fra operatori continuano a crescere ed i morti cominciano purtroppo a doversi contare anche in carcere, un ambiente chiuso ma anche “poroso nei suoi contatti con l'esterno”⁴.

Peraltro, in linea generale – anche sulla scorta dei rapporti del PCT nonché della Raccomandazione no R (98) 7 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'8 aprile 1998 relativa agli aspetti etici ed organizzativi delle cure sanitarie in ambiente carcerario – la Corte ha reiteratamente affermato la necessità di garantire alle persone malate condizioni di detenzione idonee a tutelarne la salute, tenuto conto delle contingenze ordinarie e ragionevoli della carcerazione.

Di conseguenza, la Corte ha, fra l'altro, ritenuto che:

a) il mantenimento in carcere per un periodo prolungato di una persona in età avanzata, e per di più malata, può rientrare nell'ambito di tutela dell'art. 3 CEDU (*Papon c. Francia* (no 1), dec., 2001; *Sawoniuk c. Regno Unito*, dec., 2001; *Priebke c. Italia*, dec., 5 aprile 2001);

b) mantenere in carcere una persona tetraplegica o in ogni caso gravemente handicappata, in condizioni inadeguate al suo stato di salute, costituisce un trattamento degradante (sentenze: *Vincent c. Francia*, 24 ottobre 2006, § 103 *HüseyinYıldırım c. Turchia*, 3 maggio 2007§ 83).

4G.M. FLICK, *La pandemia e la pari dignità sociale nella città* in www.giustiziainsieme.it 24 aprile 2020

Nella sentenza *Cara-Damiani c. Italia* del 7 febbraio 2012, in applicazione di tali principi, la Corte ha considerato trattamento degradante proibito dall'art. 3 il mantenimento in detenzione per un lungo periodo una persona disabile in un istituto dove questa non poteva spostarsi con i propri mezzi e il suo collocamento in una sezione per detenuti comuni e il mantenimento in detenzione nonostante le raccomandazioni contrarie dei medici del carcere. La Corte ha sottolineato che solo con la decisione del tribunale di sorveglianza competente era stata disposta l'applicazione della detenzione domiciliare in ambiente ospedaliero, che aveva consentito un trattamento riabilitativo e l'effettuazione di un intervento chirurgico. Di qui la conferma dell'incompatibilità del carcere con la condizione di salute del ricorrente e dell'obbligo delle autorità competenti di trasferire il ricorrente in un istituto di cure adatto (che l'interessato si era attivato per trovare) o di sospendere l'esecuzione della pena, con violazione dell'art. 3 CEDU.

Nella sentenza la Corte ha precisato che il CPT aveva rilevato nell'istituto penitenziario in oggetto carenze allarmanti nel campo della sanità penitenziaria le quali erano, in larga misura, la diretta conseguenza dei severi tagli di bilancio, essendo stato il budget dei servizi sanitari nelle carceri ridotto di oltre il 30% mentre la popolazione carceraria aveva continuato a crescere.

Ma questo elemento finanziario è stato considerato del tutto ininfluenza per la decisione della Corte, dati gli interessi in gioco.

E qui vale la pena di ricordare che anche per la **Corte di Giustizia UE (vedi, per tutte: sentenza 14 ottobre 2004, Omega e a., C-36/02)** le norme nazionali che fissano limiti di spesa, pur se rientranti nell'ambito dei principi fondamentali di contenimento della finanza pubblica, non possono comprimere i diritti fondamentali delle persone – a partire dal rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto – che, secondo una costante giurisprudenza, fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte di giustizia UE garantisce l'osservanza, ispirandosi, a tal fine, alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. E, in primo luogo, alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che riveste, a questo proposito, un particolare significato (vedi, fra le tante: CGUE sentenze C-260/89, ERT, 18 giugno 1991, punto 41; C-274/99, P. Connolly c. Commissione, 6 marzo 2001, punto 37; C-94/00, RoquetteFrères, 22 ottobre 2002, punto 25; C-112/00, Schmidberger, 12 giugno 2003, punto 71; C-36/02, cit., p. 33).

Va anche aggiunto che però le cose cambiano quando non si riscontra, in maniera assolutamente inequivocabile, l'effettiva necessità o l'urgenza di tutelare diritti realmente essenziali.

Così, ad esempio, la Corte di Strasburgo, nella sentenza sul caso da *Conceição Mateus e altro c. Portogallo*, 8 ottobre 2013, nell'esaminare le misure di austerità con le quali il Portogallo aveva previsto per il 2012 una riduzione dei sussidi feriali e natalizi per i soli pensionati pubblici, ha concluso che era stato rispettato un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico al risanamento del bilancio e quello alla protezione dei diritti fondamentali. La Corte ha, infatti, osservato che, in tema di violazione di diritti pensionistici, lo Stato dispone di un ampio margine di apprezzamento per valutare la sussistenza di un interesse pubblico alla loro rideterminazione; questa, tuttavia, deve avere un fondamento ragionevole e salvaguardare un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse

generale della comunità e la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. L'essenza del diritto comunque non deve essere pregiudicata e va tenuta in conto anche la specifica natura della prestazione, apparendo inammissibile una privazione totale dei diritti che comporti la perdita dei mezzi di sussistenza. Nel caso in esame emergeva che tali misure erano state adottate in una situazione economica estrema, erano limitate nel tempo e comunque i tagli non incidevano sulla pensione-base.

Alla stessa conclusione la Corte EDU è pervenuta con riguardo ai provvedimenti di austerità emanati dalla Grecia (sentenza Koufaki e Adedy c. Grecia del 7 maggio 2013). Nella decisione di irricevibilità Mihaies e Sentes c. Romania del 6 dicembre 2011, la Corte ha ritenuto che una riduzione del 25% degli stipendi del settore pubblico come parte del programma di austerità del governo rumeno rientrava nel legittimo margine di apprezzamento tendenzialmente riconosciuto agli Stati con riguardo alle misure economiche e sociali, a meno che le scelte del legislatore nazionale siano manifestamente prive di fondamento ragionevole.

Analogamente la Grande Sezione della Corte di giustizia UE, nella sentenza C-258/14, Fiorescu e a., 13 giugno 2017, ha ritenuto che l'art. 6 TUE e l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede il divieto di cumulare la pensione netta nel settore pubblico con i redditi provenienti da attività svolte presso istituzioni pubbliche qualora il livello di tale pensione superi una determinata soglia. In tale giudizio i ricorrenti nel procedimento principale erano magistrati rumeni che svolgevano, parallelamente, l'attività di insegnanti universitari. Dopo oltre trent'anni di servizio in qualità di magistrati, essi avevano fatto valere i loro diritti alla pensione che, conformemente alla legge nazionale all'epoca vigente, erano cumulabili con i redditi derivanti dalla loro attività di insegnamento. Tuttavia, in un contesto di crisi economica, era stata adottata successivamente una nuova legge che vietava un tale cumulo; tale legge era stata dichiarata conforme alla Costituzione dalla Curtea Constituțională (Corte costituzionale rumena). I ricorrenti avevano quindi presentato ricorso sostenendo che tale nuova legge fosse contraria al diritto dell'Unione, segnatamente alle disposizioni del Trattato sull'Unione europea e della Carta.

Di grande rilievo sono le pronunce della Corte EDU in materia di pena perpetua – cioè di ergastolo – e qui mi limito a menzionare la recente sentenza della Grande Camera nel caso Viola c. Italia del 13 giugno 2019, con la quale la Corte ha sancito la non conformità all'art. 3 CEDU della misura dell'ergastolo c.d. “ostativo”, proseguendo sulla strada tracciata dalle precedenti sentenze in materia di ergastolo – su tutte: Vinter c. Regno Unito 9 luglio 2013, Öcalan c. Turchia, 18 marzo 2014 – volte a richiamare, in modo sempre più incisivo i legislatori degli Stati nazionali a rendere compatibili le previsioni della pena perpetua con meccanismi tali da garantire una possibilità effettiva di liberazione anticipata e un serio riesame della personalità del condannato.

L'ergastolo “ostativo” – previsto dall'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 (così come modificato dal decreto-legge n. 306 del 1992, convertito con modificazioni dalla legge n. 356 del 1992) – comporta per coloro che siano stati condannati all'ergastolo per certi delitti e si rifiutino di

collaborare l'impossibilità di godere di permessi premio e di misure alternative alla detenzione nonché di essere assegnati al lavoro esterno.

Rientrano in tale fattispecie: i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; una serie di delitti contro la pubblica amministrazione; quelli di associazione mafiosa, scambio elettorale politico-mafioso e commessi avvalendosi del metodo mafioso ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose; delitti contro la libertà individuale (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, prostituzione e pornografia minorile, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi); il delitto di violenza sessuale di gruppo; quello di sequestro di persona a scopo di estorsione; alcuni delitti attinenti all'immigrazione clandestina; quelli di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri e associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Dopo pochi mesi dalla suddetta sentenza, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 253 del 2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale del suddetto art. 4-bis, comma 1, dell'Ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevede che il giudice possa concedere permessi premio al detenuto anche in assenza di collaborazione con la giustizia, se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata.

La Corte costituzionale ha sottolineato che il detenuto per un reato di associazione mafiosa e/ o di contesto mafioso può essere "premiato" se collabora con la giustizia ma non può essere "punito" ulteriormente – negandogli benefici riconosciuti a tutti – se non collabora. In questo caso, la presunzione di pericolosità resta ma non in modo assoluto perché può essere superata se il magistrato di sorveglianza ha acquisito elementi tali da escludere che il detenuto abbia ancora collegamenti con l'associazione criminale o che vi sia il pericolo del ripristino di questi rapporti. Pertanto, non basta un regolare comportamento carcerario (la cosiddetta "buona condotta") o la mera partecipazione al percorso rieducativo. E tantomeno una semplice dichiarazione di dissociazione. La presunzione di pericolosità – non più assoluta ma relativa – può essere vinta soltanto qualora vi siano elementi idonei a dimostrare il venir meno del vincolo imposto dal sodalizio criminale.

Con specifico riferimento agli artt. 2 e 3 CEDU non mancano pronunce riferite a situazioni relative a violenze o maltrattamenti, posti in essere sempre da parte di autorità pubbliche, nei confronti di persone che non erano private della libertà, come nell'ambito del trattamento degli immigrati o con riferimento a trattamenti sanitari in cui le vittime siano sottoposte a gravi sofferenze deliberatamente causate (ad esempio: trattamento sanitario obbligatorio – TSO vedi *Patience Azenabor c. Italia*, decisione 8 ottobre 2013) o anche in ambiti ulteriori.

Così, ad esempio, nelle sentenze *Selçuk and Asker c. Turchia* 24 aprile 1998, §§ 33-45; *Gündem c. Turchia* 25 maggio 1998, §§ 32-45; *Bilgin c. Turchia* 16 novembre 2000 sono stati esaminati dei casi in cui le abitazioni dei ricorrenti erano state rase al suolo nel corso di operazioni militari condotte dalle forze di sicurezza nazionali contro un commando armato del Kurdistan. Sia la Commissione dei diritti umani sia la Corte concordemente hanno qualificato la distruzione come

trattamento inumano ai sensi dell'art. 3 CEDU nella misura in cui essa aveva violentemente compromesso la stabilità e il benessere dei ricorrenti.

Non mancano, inoltre, casi in cui la violenza o il maltrattamento sono commessi da privati, come nella fattispecie esaminata dalla recente sentenza Soares Campos c. Portogallo del 14 gennaio 2020, relativa ad un caso nel quale il figlio del ricorrente era affogato in una cerimonia d'iniziazione durante un incontro annuale di studenti universitari, secondo una tradizione di questi studenti che prevede atti di nonnismo. Il ragazzo insieme ad altri sei compagni era stato portato in spiaggia per il rituale, ma travolto da un'onda lunga non era riuscito a salvarsi a nuoto raggiungendo la riva e era morto annegato. La Corte ha rilevato la violazione dell'art. 2 CEDU sotto il suo profilo procedurale, in quanto pur esistendo in Portogallo, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, tutta una serie di leggi e di misure atte a prevenire, punire e reprimere il in sede civile, penale e disciplinare nonnismo universitario, tuttavia lo Stato era venuto meno ai propri doveri di protezione in quanto non aveva adottato misure urgenti immediatamente dopo il decesso. La Corte ha affermato che l'inchiesta penale effettuata non ha quindi rispettato i canoni dell'art. 2, anche se ha escluso la violazione della norma sotto il profilo sostanziale, non essendo stata dimostrata una responsabilità dello Stato nella tragica morte del figlio del ricorrente (si richiamano: Giuliani e Gaggio c. Italia [GC] del 2011; Tunç c. Turchia [GC] del 2015; Armani da Silva c. Regno Unito [GC], 30 marzo 2016).

I principali orientamenti espressi dalla Corte nell'interpretazione degli artt. 2 e 3 CEDU possono, in estrema sintesi, ricostruirsi come segue:

a) da parte delle autorità dello Stato il ricorso alla forza non può essere ritenuto "assolutamente necessario" quando è noto che la persona che deve essere arrestata non rappresenta una minaccia per la vita o per l'integrità fisica altrui e non è sospettata di aver commesso un reato violento;

b) pertanto, costituisce violazione del diritto alla vita (art. 2), sotto l'aspetto sostanziale, l'aver cagionato la morte di un individuo in fuga, colpito da un agente di polizia durante l'inseguimento così come costituisce violazione dell'art. 3 infliggere da parte delle forze di polizia dei maltrattamenti a persone inermi in maniera del tutto gratuita e ingiustificata, maltrattamenti che sono da configurare come "tortura" se effettuati intenzionalmente e con premeditazione (come accaduto negli eventi verificatisi al termine del summit del G8 di Genova nel luglio del 2001 all'interno della scuola Diaz, messa a disposizione dal Comune di Genova per offrire ai manifestanti una sistemazione per la notte);

c) costituisce violazione del diritto alla vita (art. 2), sotto l'aspetto procedurale, il fatto che l'inchiesta conseguente alla violazione venga svolta – quanto meno in relazione ai primissimi accertamenti – dalla stessa autorità pubblica cui appartiene l'agente di polizia indagato oppure non sia svolta tempestivamente ed in modo adeguato;

d) per le medesime ragioni l'art. 3 è violato sotto il profilo procedurale;

e) entrambi gli articoli risultano altresì violati allorché il processo penale a carico dei colpevoli si concluda con una pronuncia di non luogo a procedere per l'intervenuta prescrizione del reato, in quanto tale esito non offre un'adeguata riparazione dell'offesa arrecata ai diritti assoluti sanciti dagli artt. 2 e 3 della CEDU Convenzione;

f) in Italia quest'ultima situazione si è verificata per tutti i lunghi anni in cui lo Stato non ha provveduto ad inserire nel proprio ordinamento il delitto di tortura, ancorché invitato reiteratamente a farlo anche dal CPT.

5.- Il diritto di non essere sottoposti ai lavori forzati e di non essere posti in stato di schiavitù: lineamenti generali.

Per l'art. 4 della CEDU (Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato):

“1 Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù.

2 Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio.

3 Non è considerato «lavoro forzato od obbligatorio» ai sensi del presente articolo:

a) il lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta alle condizioni previste dall'articolo 5 della presente Convenzione o durante il periodo di libertà condizionale;

b) il servizio militare o, nel caso degli obiettori di coscienza nei paesi dove l'obiezione di coscienza è considerata legittima, qualunque altro servizio sostitutivo di quello militare obbligatorio;

c) qualunque servizio richiesto in caso di crisi o di calamità che minacciano la vita o il benessere della comunità;

d) qualunque lavoro o servizio facente parte dei normali doveri civici”.

Tale disposizione trova riscontro nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui art. 4 stabilisce che: “Nessun individuo potrà essere tenuto in stato di schiavitù o di servitù; la schiavitù e la tratta degli schiavi saranno proibite sotto qualsiasi forma”.

Inoltre, l'art. 5 della CDFUE (Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato) prevede che:

“1. Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù.

2. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio.

3. È proibita la tratta degli esseri umani”.

E, in nota, viene richiamato il paragrafo 3 dell'art. 4 della CEDU con riguardo alle attività che non sono considerate «lavoro forzato od obbligatorio».

Al fine della interpretazione dell'art. 4 la Corte si basa su strumenti internazionali quali la Convenzione sulla schiavitù del 1926 (Siliadin c. Francia, 26 luglio 2005, § 122), la Convenzione

supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi e delle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù (C.N. e V. c. Francia, 11 ottobre 2013, § 90), la Convenzione n. 29 dell'Organizzazione internazionale del lavoro - Convenzione sul lavoro forzato (Van derMussele c. Belgio, 23 novembre 1983, § 32) e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, nonché il Protocollo per la prevenzione, la repressione e la punizione della tratta di persone, in particolare di donne e bambini del 2000, che integra la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (Rantsev c. Cipro e Russia, 7 gennaio 2010, § 282)⁵.

La Convenzione è uno strumento “vivente”, che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali e, d'altra parte, il sempre più elevato livello richiesto nel campo della tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali impone inevitabilmente una corrispondente maggiore fermezza nel valutare le violazioni dei valori fondamentali delle società democratiche (Siliadin c. Francia, cit. § 121).

5.1.- La tratta di esseri umani.

Pertanto, anche se l'art. 4 nel proibire la “schiavitù”, la “servitù” e il “lavoro forzato e obbligatorio” non menziona la tratta (Rantsev c. Cipro e Russia, 7 gennaio 2010, § 272), tuttavia la Corte ritiene che essa rientri nel campo di applicazione della disposizione (S.M. c. Croazia, 19 luglio 2018, § 54, caso rimesso alla Grande Camera; Rantsev c. Cipro e Russia, cit., § 282; M. e altri c. Italia e Bulgaria, 31 luglio 2012, § 151), sulla base dell'articolo 3, lettera a) del Protocollo per la prevenzione, la repressione e la punizione della tratta di persone, in particolare di donne e bambini, che integra la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, e dell'articolo 4, lettera a) della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani.

Del resto, la tratta di esseri umani, finalizzata per sua stessa natura allo sfruttamento, si basa sull'esercizio di poteri inerenti al diritto di proprietà nei confronti delle persone nell'industria del sesso, ma anche in altri settori. Essa è descritta nel rapporto esplicativo allegato alla Convenzione sulla lotta contro la tratta come la moderna forma dell'antico commercio mondiale degli schiavi (M. e altri c. Italia e Bulgaria, cit., § 151). Non può esservi dubbio sul fatto che la tratta rappresenti una minaccia per la dignità umana e le libertà fondamentali di coloro che ne sono vittime e non possa essere considerata compatibile con una società democratica e con i valori enunciati nella Convenzione (Rantsev c. Cipro e Russia, cit., § 282).

5.2.- La schiavitù.

La Corte – per quanto riguarda la “schiavitù” – rinvia alla classica definizione di schiavitù contenuta nella Convenzione sulla schiavitù del 1926, secondo cui la schiavitù è “lo stato o la condizione di una persona sulla quale vengono esercitati alcuni o tutti i poteri inerenti al diritto di proprietà”.

Di conseguenza nel caso Siliadin c. Francia, cit. (§ 122) la Corte, nell'esaminare il caso di una cittadina togolese di diciotto anni, che era stata costretta a lavorare in qualità di domestica per diversi anni per quindici ore al giorno, senza un giorno di riposo né un salario, la Corte ha ritenuto

⁵Corte EDU, Guida all'articolo 4 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, aggiornata al 31 agosto 2018.

che il trattamento subito dalla ricorrente equivallesse a servitù e a lavoro forzato e obbligatorio. Ha invece escluso fosse stata tenuta in condizione di schiavitù perché, anche se era stata chiaramente privata dell'autonomia personale, tuttavia non era stata oggetto di alcun autentico diritto di proprietà giuridica.

Analogamente nella causa *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, cit. (§ 161), concernente l'asserita tratta di una minore la Corte ha escluso la sussistenza di prove sufficienti per dimostrare condizione di schiavitù ed ha affermato che, anche se il padre della ricorrente aveva ricevuto una somma di denaro in relazione all'asserito matrimonio obbligato, date le circostanze del caso di specie non si poteva ritenere che tale contributo economico costituisse il prezzo del trasferimento della proprietà, circostanza che avrebbe fatto entrare in gioco la nozione di schiavitù. A tale proposito la Corte ha ribadito che il matrimonio possiede connotazioni sociali e culturali profondamente radicate, che possono differire molto da una società all'altra e che pertanto si può ragionevolmente accettare che tale pagamento rappresentasse un dono che una famiglia faceva a un'altra, tradizione comune a molte diverse culture nella società odierna.

5.3.- La servitù.

Per la Corte il concetto di "servitù" si riferisce ad una forma specifica di lavoro forzato od obbligatorio cioè ad un lavoro forzato od obbligatorio "aggravato".

Si tratta, infatti, di una "forma particolarmente grave di negazione della libertà", che comprende "oltre all'obbligo di prestare alcuni servizi a favore di altri" anche l'obbligo per il "servo" di "abitare nella proprietà di un'altra persona e l'impossibilità di modificare la propria condizione" (*Siliadin c. Francia*, cit., § 123)

La fondamentale caratteristica che distingue la servitù dal lavoro forzato od obbligatorio di cui all'art. 4 della CEDU è rappresentata dalla sensazione delle vittime in merito al fatto che la loro condizione sia permanente e che sia improbabile che la situazione possa cambiare.

Ai fini della violazione la Corte reputa sufficiente che venga dimostrata la sussistenza di tale sensazione che risulti basata sui summenzionati criteri oggettivi o causata o mantenuta viva dalle persone responsabili della situazione (*C.N. e V. c. Francia*, cit., § 91).

La servitù domestica viene considerata una specifica fattispecie, distinta dalla tratta e dallo sfruttamento, che comporta un complessivo insieme di dinamiche comprendenti forme di coercizione sia palesi che più sottili, per costringere all'obbedienza (*C.N. c. Regno Unito*, 13 febbraio 2013, § 80).

Nella causa *Siliadin c. Francia* la Corte ha ritenuto che la ricorrente fosse stata tenuta in condizione di servitù perché oltre a dover svolgere un lavoro forzato, ella era minorenni e priva di risorse, vulnerabile e isolata, senza mezzi per vivere in un luogo diverso dall'abitazione in cui lavorava alla mercé di quelle persone, dalle quali dipendeva completamente senza alcuna libertà di movimento né tempo libero (§§ 126-127). Di conseguenza, la ricorrente, ad avviso della Corte, si trovava in una situazione equivalente a una minaccia in termini di gravità percepita, in quanto si trattava di un'adolescente che si trovava in un paese straniero, la cui presenza nel territorio francese era illegale sicché ella temeva di essere arrestata dalla polizia. Il suo timore era stato alimentato

dalle persone conviventi che l'avevano indotta a credere che la sua condizione sarebbe stata regolarizzata (§ 118).

5.4.- Il lavoro forzato o obbligatorio.

L'articolo 4 § 2 della Convenzione proibisce il lavoro forzato od obbligatorio (Stummer c. Austria [GC], 7 luglio 2011, § 117), senza tuttavia fornirne una definizione che neppure è reperibile nei vari documenti del Consiglio d'Europa relativi ai lavori preparatori della Convenzione europea. Nella causa Van derMussele c. Belgio, 23 novembre 1983, (§ 32) la Corte ha fatto ricorso alla Convenzione n. 29 dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) concernente il lavoro forzato od obbligatorio, secondo cui per "lavoro forzato od obbligatorio" si intende "ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una punizione e per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente". La Corte ha fatto riferimento a tale definizione come punto di partenza per la propria interpretazione dell'articolo 4 § 2 della CEDU in molti altri casi (Graziani-Weiss c. Austria, 18 gennaio 2012; Stummer c. Austria [GC], cit., § 118 e Adigüzel c. Turchia (dec.), 2018, §§ 26-27 con i riferimenti giurisprudenziali ivi citati).

Nell'ambito del "lavoro" non rientra solo quello manuale e, peraltro, non tutto il lavoro estorto a una persona sotto minaccia di una "punizione" costituisce necessariamente un "lavoro forzato od obbligatorio" proibito da tale disposizione.

Il tipo e la quantità di lavoro sono elementi che aiutano a distinguere tra il "lavoro forzato" dall'aiuto che ci si può ragionevolmente attendere da altri familiari o da persone che condividono un'abitazione.

L'aggettivo, "forzato", evoca l'idea di costrizione fisica o mentale, mentre il secondo aggettivo, "obbligatorio", non può riferirsi soltanto a forme di costrizione o ad obblighi giuridici.

Pertanto, non si può ritenere che il lavoro da compiere per adempiere un contratto liberamente negoziato rientri nel campo di applicazione dell'art. 4 soltanto perché una delle parti si è impegnata con l'altra a svolgere tale lavoro ed è soggetta a sanzioni se non onora la promessa (Van derMussele c. Belgio, cit., § 34).

Occorre, infatti, che vi sia lavoro estorto "sotto minaccia di una punizione" e svolto contro la volontà dell'interessato ovvero di lavoro per il quale egli "non si sia offerto spontaneamente".

Nella Conferenza internazionale del lavoro nel 1999, la nozione di "punizione" è utilizzata in senso ampio e tale da poter comprendere non solo la violenza o la contenzione fisiche, ma anche forme più sottili, di carattere psicologico, come la minaccia di denunciare le vittime, in caso di lavoro illegale, alla polizia o alle autorità competenti in materia di immigrazione (C.N. e V. c. Francia, cit., § 77).

La Corte ha ritenuto che ricorresse "la minaccia di una punizione", nella causa Van derMussele c. Belgio in cui il ricorrente, un praticante avvocato, aveva corso il rischio di essere cancellato dall'albo dei praticanti o di vedere respinta la propria domanda di iscrizione all'albo degli avvocati in conseguenza dell'obbligatorio svolgimento di attività difensiva pro bono (§ 35);

nella causa *Graziani-Weiss c. Austria* cit. in cui il rifiuto del ricorrente, che era avvocato, di svolgere l'ufficio di tutore aveva dato luogo a sanzioni disciplinari (§ 39); e nella causa *C.N. e V. c. Francia*, cit., in cui la ricorrente era stata minacciata di essere rinviaata nel suo Paese di origine (§ 78).

Diversamente da quanto ritenuto nella causa *Siliadin c. Francia*, cit., nella causa *Tibet Mentès e altri c. Turchia*, 24 gennaio 2018, (§ 68), la Corte ha rigettato il ricorso in quanto incompatibile con l'art. 4 della CEDU *rationemateriae*. A tale conclusione si è pervenuti sul principale rilievo secondo cui i ricorrenti, che lavoravano in negozi dell'aeroporto e avevano lamentato la mancata retribuzione del lavoro straordinario, avevano accettato volontariamente le loro condizioni di lavoro, che prevedevano turni ininterrotti di ventiquattro ore. Neppure era stato denunciato alcun tipo di coercizione fisica o mentale finalizzata a costringere i ricorrenti a svolgere lavoro straordinario. Pertanto, la mera eventualità che avrebbero potuto essere licenziati in caso di rifiuto non corrispondeva, secondo la Corte, alla "minaccia di una punizione" ai fini dell'art. 4.

Alla stessa conclusione la Corte è pervenuta nella causa *Adigüzel c. Turchia* (dec.), febbraio 2018, nella quale il ricorrente, che era un medico legale dipendente di un Comune, denunciava che gli era stato richiesto di lavorare oltre l'orario lavorativo prescritto senza un indennizzo economico, sul principale rilievo secondo cui il ricorrente, avendo scelto di lavorare per il Comune in qualità di dipendente pubblico, avrebbe dovuto sapere che avrebbe potuto essere soggetto a prestare servizio oltre l'orario ordinario senza retribuzione aggiuntiva. I servizi aggiuntivi che erano stati richiesti al ricorrente non costituivano un "lavoro forzato od obbligatorio", non potendosi affermare che l'interessato fosse stato assoggettato ad un onere sproporzionato.

Ai fini della obbligatorietà del lavoro, per valutare ciò che può essere considerato normale in relazione ai doveri spettanti a chi svolge una determinata professione la Corte si basa sui seguenti criteri: a) se i servizi resi esulino dall'ambito delle normali attività professionali dell'interessato; b) se i servizi siano retribuiti o meno, c) se il servizio comprenda un altro tipo di indennizzo; d) se l'obbligo si basi su un concetto di solidarietà sociale; e) se l'onere imposto sia sproporzionato (*Graziani-Weiss c. Austria*, cit., § 38; *Mihal c. Slovacchia* (dec.), 28 giugno 2011, §64).

In applicazione di tali criteri è stata esclusa l'applicabilità dell'art. 4, fra l'altro, nelle seguenti cause:

1) *Sokur c. Ucraina* (dec.), 26 novembre 2002, riguardante un dipendente che non era stato retribuito per il lavoro svolto, ma il lavoro era stato svolto volontariamente e non era in discussione il diritto alla retribuzione;

2) *Antonov c. Russia* (dec.), 3 novembre 2005, ove il ricorrente era stato trasferito a un impiego meno redditizio;

3) *Schuitemaker c. Paesi Bassi* (dec.), 4 maggio 2010, ove la legge nazionale in materia di assistenza sociale imponeva alla ricorrente di ottenere e accettare qualsiasi tipo di lavoro, indipendentemente dalla questione della sua adeguatezza, riducendo le prestazioni assistenziali in caso di suo rifiuto;

4) X. c. Germania, decisione della Commissione, 13 dicembre 1979 ove al ricorrente, che era un notaio, era stato imposto di percepire un onorario ridotto quando agiva per conto di organizzazioni senza fini di lucro;

5) Radi e Gherghina c. Romania (dec.), 5 gennaio 2016, ove il ricorrente aveva denunciato l'iniquità delle condizioni imposte dallo Stato ai congiunti di persone disabili i quali fornivano alle stesse un'assistenza personale.

Per contro, nella causa Chowdury e altri c. Grecia, 30 giugno 2017, la Corte ha ritenuto che la situazione dei ricorrenti – immigrati irregolari che lavoravano in difficili condizioni fisiche senza essere retribuiti, sotto il controllo di guardie armate, nell'industria della raccolta delle fragole in una particolare regione della Grecia – costituisse tratta di esseri umani e lavoro forzato.

Per motivi di spazio, non illustro le interessanti pronunce relative alle eccezioni - indicate nel paragrafo 3 dell'art. 4 - rispetto ai divieti previsti nei primi due paragrafi, limitandomi, sul punto, a richiamare la sola sentenza Meier c. Svizzera, 9 febbraio 2016, nella quale la Corte è stata chiamata, per la prima volta nella sua storia, a stabilire se ad un detenuto possa essere imposto l'obbligo del lavoro anche oltre l'età pensionabile, alla luce dei caratteri del tutto peculiari che l'attività lavorativa assume in carcere. La Corte, in mancanza di un generale consenso tra gli Stati membri ed anche alla luce del quadro di diritto internazionale, ha escluso la violazione dell'art. 4, paragrafo, CEDU, affermando che il lavoro carcerario svolto dopo il raggiungimento dell'età pensionabile, poteva pertanto essere considerato un "lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta" ai sensi dell'articolo 4, § 3, lettera a) della CEDU.⁷⁹).

Per concludere, mi sembra importante sottolineare la Corte, a partire dalla causa Siliadin c. Francia, cit., (§ 77), ha rilevato che – così come per gli articoli 2, 3 e 8 della Convenzione, non è sufficiente gli Stati membri si astengano dal violare i diritti ivi garantiti per affermare che essi abbiano ottemperato ai loro obblighi di cui all'art. 1 della Convenzione ⁶ – anche per l'art. 4 limitare l'adempimento alla sola azione diretta delle autorità dello Stato sarebbe incompatibile con gli strumenti internazionali specificamente concernenti tale questione ed equivarrebbe a rendere la disposizione inefficace (Siliadin cit. § 89).

Pertanto, la Corte ha ritenuto che anche l'art. 4 della Convenzione imponga agli Stati degli obblighi positivi, così identificati:

1) obbligo positivo di predisporre un quadro legislativo e amministrativo adeguato a penalizzare e perseguire efficacemente qualunque atto finalizzato a tenere una persona in condizioni di schiavitù, servitù o lavoro forzato od obbligatorio (C.N. c. Regno Unito, cit., § 66; Siliadin c. Francia, cit., § 112; C.N. e V. c. Francia, cit., § 105; S.M. c. Croazia, cit., § 58; Rantsev c. Cipro e Russia, cit., § 285). Nel particolare contesto della tratta di esseri umani, la Corte ha sottolineato che il Protocollo di Palermo sulla tratta ⁷e la Convenzione sulla lotta contro la tratta rinviano alla

⁶ Articolo 1 (Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo) Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione.

⁷Alla Convenzione ONU di Palermo di dicembre 2000 aderirono 189 su 193 Paesi. Al testo iniziale si sono aggiunti i Protocolli sulla lotta alla tratta di esseri umani, sul traffico illegale di migranti, sulla fabbricazione e sul traffico illeciti di armi da fuoco. Successivamente è stato adottato un meccanismo di revisione della Convenzione, al fine di superare gli ostacoli che hanno impedito una piena attuazione di quello che è il primo strumento comune agli Stati nel contrasto a fenomeni criminali sempre più globali attraverso un controllo sulle legislazioni degli Stati, sull'organizzazione

necessità di un approccio globale alla lotta contro la tratta, che comprenda misure finalizzate a prevenire il fenomeno e a proteggere le vittime, nonché misure per punire i trafficanti;

Peraltro, tenendo conto dell'opinione di quasi tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, la Corte ha sottolineato che l'obbligo di penalizzare e perseguire la tratta è soltanto un aspetto dell'impegno generale degli Stati membri di contrastare la tratta e che al riguardo la portata degli obblighi positivi derivanti dall'art. 4 deve essere considerata in tale più ampio contesto;

2) obbligo positivo di adottare misure operative che, in determinate circostanze, possono essere necessarie per proteggere le vittime reali o potenziali di trattamenti contrari all'art. 4 (Rantsev c. Cipro e Russia, cit., § 286; C.N. c. Regno Unito, cit., § 67). Perché sorga l'obbligo positivo di adottare misure operative nelle circostanze di una particolare causa, deve essere dimostrato che le autorità statali erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza di circostanze che davano luogo a un credibile sospetto che una persona identificata avesse corso o potesse correre un rischio reale e immediato di subire un trattamento contrario all'art. 4 della Convenzione. In caso di risposta affermativa, tale articolo si considera violato qualora le autorità non abbiano adottato, nell'ambito delle loro facoltà, misure idonee a evitare alla persona tale situazione o tale rischio. Tuttavia, tenendo presenti le difficoltà di controllare le società moderne e le scelte operative che debbono essere compiute in termini di priorità e di risorse, la Corte ha precisato che l'obbligo di adottare misure operative deve essere interpretato in modo da non imporre alle autorità un onere impossibile o sproporzionato (Rantsev c. Cipro e Russia, cit., § 287);

3) obbligo procedurale di svolgere indagini efficaci e tempestive qualora sussista un sospetto credibile della violazione dei diritti di una persona previsti dall'art. 4 (C.N. c. Regno Unito, cit., § 69; Rantsev c. Cipro e Russia, cit., § 288).

6.- Le nuove schiavitù.

Le pronunce riferite all'art. 4 CEDU finora non sono molto numerose, anche se sono particolarmente interessati.

Deve essere sottolineato che presumibilmente sono destinate ad aumentare visto che uno dei fenomeni maggiormente preoccupanti dal punto di vista della tutela dei diritti umani è rappresentato dalle c.d. "schiavitù del terzo millennio", fenomeno che ha cominciato a manifestarsi ormai ad un ventennio circa, ma che è in continuo aumento (per molteplici cause) e si registra in tutto il mondo, anche in tutta Europa e quindi nel nostro Paese.

In Italia si riscontra in molti settori dell'economia, anche se ha il suo picco nell'agricoltura e nell'edilizia, prevalentemente nel Mezzogiorno ma non solo (basta pensare che anche nei lavori di allestimento dell'EXPO di Milano 2015 si è registrato il decesso di un lavoratore albanese non regolare!).

giudiziaria, sulle attività di repressione e prevenzione e sulle tecniche investigative.

L'Italia, pur essendo tra i primi Paesi firmatari nel 2000, ha ratificato il Protocollo sulla tratta solo il 2 agosto 2006.

Al fine di implementare la collaborazione fra gli Stati in materia, nel 2018, sempre in ambito ONU, è stato firmato il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini.

Ed è un fenomeno che non si è fermato con la pandemia che ci sta flagellando, basta pensare alla situazione di tante donne chiuse nella stessa dimora dei loro “padroni” o al recente arresto di due imprenditori agricoli dell’Agro pontino, alle cui dipendenze lavoravano braccianti indiani e italiani obbligati a stare nei campi per più di dieci ore al giorno per un salario – in nero – di quattro euro l’ora, ai quali si è arrivati grazie alle coraggiose dichiarazioni all’Ufficio immigrazione della Questura di Latina da un lavoratore, di nazionalità indiana, il quale pur essendo senza permesso di soggiorno e contratto di lavoro, tuttavia ha raccontato alla Polizia di subire “in maniera fuori dal normale e inumana turni di lavoro massacranti e faticosi, anche notturni, senza alcun giorno di riposo e con una paga al di sotto di quella dovuta”.

Da recenti dati pubblicati dall’Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e dalla Walk free foundation – che dal 2013 elabora annualmente il Global Slavery Index (in italiano: Indice della schiavitù globale), indice che rappresenta il livello di condizioni di schiavitù negli Stati del mondo (più di 160 presi in considerazione) – insieme con l’Organizzazione Internazionale delle migrazioni (OIM) risulta che nel 2018 si stimavano addirittura più di 40 milioni di nuovi schiavi nel mondo – e quindi anche in Europa, di cui circa 150.000 in Italia – in tutti i campi, ricomprendendo molteplici situazioni quali prostituzione forzata, pedofilia, servitù domestica, sfruttamento di manodopera spesso clandestina, il prestito ad usura, il lavoro forzato, fino ad arrivare alla tratta di donne e bambini da sfruttare come strumenti del sesso oppure di forme di servitù matrimoniale.

Si tratta di un fenomeno che è estremamente arduo conoscere bene e sradicare – visto che spesso è nascosto – ma è comunque importante avere presente che ci troviamo di fronte ad una epidemia che rischia di espandersi sempre di più.

Dalle stesse fonti risulta che le vittime più colpite sono donne e ragazze, con il 99% circa di tutte le vittime nel settore dello sfruttamento sessuale e il 58% in altri ambiti e che i bambini rappresentano il 25% di tutti gli schiavi nel mondo, essendo circa 10 milioni.

Questo accade perché si tratta di persone che meno di altre sono dotate di autonomia economica e/o psicologica.

I suddetti dati vanno coordinati con quelli del nuovo Atlante dell’Infanzia (a rischio) presentato il 14 ottobre 2019 da Save The Children, come bilancio sulla condizione dei minori in Italia nel periodo 2008-2018.

Da questa pubblicazione risulta che l’Italia ha il record negativo, tra i Paesi UE, per la percentuale di minori che vivono in povertà assoluta – cioè privi dei beni indispensabili per condurre una vita accettabile – essendo tale percentuale più che triplicata in un decennio, passando dal 3,7% del 2008 al 12,5% del 2018.

Ora, poiché, come si è detto, le vittime dello schiavismo – nell’ampia accezione indicata – sono prevalentemente persone dotate di una ridotta autonomia economica e/o psicologica, è evidente che i minori che vivono in povertà assoluta, oltre ad avere conseguenze di tipo fisico derivanti dalla malnutrizione, sono anche più facilmente schiavizzabili, come viene confermato dal IX Rapporto “Piccoli schiavi invisibili 2019” pubblicato sempre da Save the children, il 30 luglio 2019, in occasione della Giornata internazionale contro la tratta di esseri umani, al fine di offrire

una fotografia aggiornata della tratta e dello sfruttamento dei minori in Italia, ed in particolare del sistema dello sfruttamento sessuale.

Le difficoltà di arginare e possibilmente ridurre l'incidenza di questa piaga nel nostro Paese non sono di tipo normativo perché, per contrastare il suddetto fenomeno, in Italia, a partire dalla legge 11 agosto 2003, n. 228, sono stati profondamente modificati gli articoli del codice penale sui reati di riduzione in schiavitù (articoli 600, 601, 602) includendo in tale nozione anche la costrizione a prestazioni lavorative e sessuali, l'accattonaggio e altre forme di sfruttamento. Inoltre, è stata approvata l'importante legge 29 ottobre 2016, n. 199 sul contrasto al caporalato, che era attesa da decenni.

Ma si registrano molti problemi nell'utilizzazione degli strumenti a disposizione.

Basta pensare che in un'intervista di qualche tempo fa Fabio Vitale, allora Capo della Direzione centrale Vigilanza, Prevenzione e Contrasto all'economia sommersa dell'INPS, ha detto che il caporalato è "un vero e proprio schiavismo del terzo millennio" e che nell'ambito del lavoro agricolo nei campi muoiono molti braccianti che sono del tutto "trasparenti" perché clandestini e privi di familiari che possano denunciarne la scomparsa. La loro situazione è quindi ancora peggiore di quella dei lavoratori italiani che fanno la stessa fine, come Paola Clemente la bracciante agricola stroncata da un infarto mentre lavorava all'acinellatura dell'uva nei campi di Andria nel 2015. Inoltre, Vitale ha sottolineato che, nelle campagne, "il caporalato è talmente forte nei territori dove opera, che gli ispettori devono andare insieme ai carabinieri a fare gli accertamenti e spesso sono esposti a denunce, anche perché i caporali sono forti da un punto di vista economico e, il più delle volte, sono collegati all'Ndrangheta, a Cosa Nostra e alla Camorra";

D'altra parte, si deve considerare che spesso il fenomeno della schiavitù si collega alla tratta di esseri umani, per il cui contrasto sarebbe necessario concordare un'azione comune e omogenea a livello UE e internazionale, visto che è un fenomeno che va ben oltre i confini dei singoli Stati e anche dei singoli continenti.

Per quel che concerne le ricadute del fenomeno sulla protezione internazionale e/o complementare va rilevato che per i giudici italiani chiamati ad esaminare le domande di protezione internazionale o umanitaria quella che conta è la situazione del richiedente nel Paese di origine – perché questa è l'impostazione della Convenzione di Ginevra – e quindi, secondo consolidati orientamenti della Corte di cassazione:

a) l'allegazione da parte del richiedente la protezione internazionale che in un Paese di transito (nella specie la Libia) si consumi un'ampia violazione dei diritti umani non integra di per sé un fattore di vulnerabilità, se non viene evidenziata dall'interessato quale connessione vi sia tra il transito attraverso quel Paese ed il contenuto della domanda, salvo il caso in cui i maltrattamenti subiti nel Paese di transito abbiano inciso profondamente sulla persona del richiedente, sì da comportare un trauma psichico o fisico bisognoso di cure mediche adeguate (vedi, per tutte: Cass. 12 settembre 2019, n. 25879; Cass. 20 novembre 2018, n. 29875; Cass. 6 dicembre 2018, n. 31676; Cass. 6 febbraio 2018, n. 2861);

b) comunque, l'anzidetta allegazione da parte del richiedente – anche se priva della evidenziazione del tipo di connessione tra il trattamento subito nel Paese di transito e il contenuto

della domanda di protezione – può costituire circostanza rilevante ai fini della ricostruzione della vicenda individuale e, di conseguenza, della credibilità del dichiarante e della sua condizione di fragilità (vedi, per tutte: Cass. 6 febbraio 2018, n. 2861; Cass. 14 novembre 2019, n. 29603);

c) in simili casi l'accertamento della situazione di disagio psico-fisico del richiedente e di vulnerabilità potrà essere presa in considerazione quanto meno ai fini della protezione umanitaria, che nella configurazione di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 –ove applicabile rationetemporis – è una misura atipica e residuale destinata a coprire situazioni, da individuare caso per caso, in cui, pur non sussistendo i presupposti per il riconoscimento della tutela tipica (“status” di rifugiato o protezione sussidiaria), tuttavia non possa disporsi il rimpatrio e debba provvedersi all'accoglienza del richiedente che si trovi in situazione di vulnerabilità (vedi, per tutte: Cass. 9 ottobre 2017, n. 23604; Cass. 15 maggio 2019, n. 13079; Cass. 4 febbraio 2020, n. 2558).

Pertanto, l'eventuale condizione di schiavitù subita in un Paese di transito (come la Libia) non è, di per sé, elemento sufficiente per la protezione internazionale. Eventualmente può valere per la protezione umanitaria, ma solo per quella disciplinata dall'art. 5, comma 6, del TUI e, quindi, per le fattispecie che rationetemporis sono tuttora assoggettate a questa normativa.

7.- Il sistema di controllo del Consiglio d'Europa.

A proposito della tortura abbiamo già detto che nel sistema del Consiglio d'Europa il controllo sul rispetto dei diritti tutelati dalla CEDU da parte degli Stati membri non è soltanto di tipo giurisdizionale – e, come tale, esercitato dalla Corte – ma è anche di tipo politico e preventivo.

Quest'ultimo tipo di controllo è svolto da organismi che affiancano la Corte.

I più importanti tra questi organismi sono:

1) il **Comitato Europeo per i Diritti Sociali (CEDS)**, che con diverse modalità si preoccupa di assicurare il rispetto della Carta Sociale Europea Riveduta (CSER) da parti degli Stati che l'hanno firmata, fra i quali rientra l'Italia. Particolarmente efficace è l'attività del Comitato in sede di esame di reclami collettivi. Per comprendere quanto possa essere incisivo questo tipo di controllo del CEDS basta ricordare:

a) le decisioni rispettivamente del 7 dicembre 2005 e del 25 luglio 2010 (seguite da corrispondenti risoluzioni del Comitato dei Ministri)⁸ entrambe relative ai diritti sociali degli appartenenti alle comunità Rom e Sinti in Italia, nelle quali è stata rilevata la violazione della CSER e quindi è stato affermato l'obbligo del nostro Stato di favorire l'accesso dei nomadi alle abitazioni pubbliche, sul principale assunto secondo cui, il diritto all'abitazione, di cui all'art. 31 CSER, deve essere comunque garantito a tutti i soggetti, anche stranieri, e che pure quando lo Stato intenda adottare politiche sociali diversificate rispettivamente per i propri cittadini e per gli stranieri, in ogni caso deve rispettare la dignità umana di tutti i soggetti residenti sul loro territorio;

⁸ Alla prima di tali decisioni ha fatto espresso riferimento il Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6866, del 4 novembre 2009, affermando la legittimità della delibera del Comune di Venezia relativa al progetto volto ad assegnare ai Sinti un'area residenziale dotata di unità immobiliari stabili corrisponde ai requisiti fissati dal Comitato europeo per i diritti sociali per favorire l'accesso delle popolazioni Rom e Sinti all'abitazione.

b) le due decisioni del 10 novembre 2014, nelle quali – partendo dalla premessa gli Stati sono tenuti ad assicurare anche ai migranti irregolari il diritto all’integrità fisica e quello alla dignità umana, essendo obbligati di interpretare la Carta Sociale Europea in armonia con gli altri atti internazionali – il Comitato ha sancito la violazione, da parte dei Paesi Bassi, dell’articolo 13 della Carta, sia per il mancato rispetto di una serie di diritti ivi previsti in favore di coloro che non hanno risorse sufficienti – incluso il diritto all’assistenza sociale e medica –sia per aver favorito l’esclusione sociale soprattutto con riguardo alle persone rientranti nelle categorie vulnerabili, inclusi i bambini;

2) la **Commissione europea per l’efficacia della giustizia** (CEPEJ) che ogni due anni pubblica un rapporto e una banca dati interattiva accessibile al pubblico sullo stato della giustizia in tutti gli Stati membri del Consiglio d’Europa, prendendo come base della rilevazione:

- il budget dei sistemi giudiziari
- la situazione dei giudici e quella dei procuratori
- la parità tra i generi in seno al sistema giudiziario
- l’organizzazione degli uffici giudiziari
- la performance dei sistemi giudiziari

La Commissione fa anche altri importanti approfondimenti. Così, ad esempio, a dicembre 2018 ha adottato il primo testo europeo che fissa i principi etici relativi all’uso dell’intelligenza artificiale (IA) nei sistemi giudiziari;

3) la **Commissione europea contro il razzismo e l’intolleranza** (ECRI – European Commission against Racism and Intolerance), creata nel 1993, per la lotta contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia, l’antisemitismo e l’intolleranza in Europa, alla luce della CEDU, dei suoi Protocolli Addizionali e della relativa giurisprudenza. La Commissione pubblica rapporti riguardanti gli Stati membri nel loro complesso e rapporti relativi ai singoli Stati, questi ultimi con cadenza quinquennale. Così nel rapporto generale pubblicato a febbraio 2020 l’ECRI, fra l’altro, ha sottolineato che l’Europa si trova di fronte a una terribile realtà: i reati generati dall’odio antisemita e anti-musulmano, nonché altre forme di odio razziale si moltiplicano a un ritmo allarmante, come dimostra per esempio la sparatoria di Hanau nei pressi di Francoforte del 19 febbraio 2020.

“I discorsi di odio online, che sarebbero stati inaccettabili in passato, sono ormai un fatto quotidiano e il dibattito democratico viene minato da opinioni polarizzate”. Discorsi d’odio di cui fanno le spese le donne, le comunità religiose, cristiani compresi, le minoranze (rom), con sottolineatura particolare per la comunità LGBTI⁹. Si è aggiunto che questi fenomeni non sono riferibili: “solo i partiti ultra-nazionalisti e xenofobi, che si sono aggiudicati seggi alle elezioni europee in diversi Paesi” perché anche i partiti tradizionali hanno adottato politiche restrittive. Quindi, “il razzismo e l’intolleranza favoriscono l’odio e la violenza e rappresentano un rischio per tutti noi”.

9 L’acronimo LGBTI corrisponde a Lesbiche, gay, bisessuali, transessuali (o trans), intersessuati (o intersessuali), sul modello dell’inglese LESBIAN, gay, bisexual, transgender, intersex.

Nel quinto rapporto ECRI sull'Italia, pubblicato nel 2016, è stato accolto positivamente la creazione dell'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD) – che facilita le segnalazioni di crimini d'odio e la comunicazione tra le forze di polizia e le vittime – nonché il nuovo Piano nazionale d'azione contro il razzismo, la xenofobia e l'intolleranza. Ma sono state rilevate delle lacune nella legge nazionale anti-discriminazione la quale non criminalizza la discriminazione fondata sul colore della pelle o sulla lingua e non sempre prevede pene efficaci e proporzionate. Inoltre, è stato rilevato che l'Ufficio nazionale anti-discriminazioni razziali (UNAR) non è realmente una istituzione indipendente ed è privo dei poteri necessari per esplicitare il proprio mandato in concreto e che, in linea generale, si riscontrano consistenti problemi nella raccolta dei dati sui discorsi d'odio o su altri episodi o reati motivati dalla discriminazione. Infine, sono state espresse preoccupazioni a proposito degli sgomberi forzati degli insediamenti dei Rom e Sinti e della situazione di grande marginalizzazione, di discriminazione e di segregazione delle persone Rom e Sinti che vivono in Italia.

4) Gruppo di esperti sulla lotta alla tratta degli esseri umani (GRETA), incaricato di vigilare sull'attuazione da parte degli Stati membri della Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta di esseri umani da parte degli Stati membri (aperta alla firma il 16 maggio 2005, entrata in vigore il primo febbraio 2008 e ratificata dall'Italia il 29 novembre 2010), strumento giuridico vincolante, basato sul principio per cui la tratta degli esseri umani costituisce una violazione dei diritti della persona ed un attentato alla dignità ed all'integrità dell'essere umano. La Convenzione persegue tre obiettivi: prevenire la tratta, proteggere i diritti umani delle vittime della stessa e perseguire i trafficanti. Nell'ultimo rapporto definitivo sulla situazione dell'Italia pubblicato dal GRETA a gennaio 2019 si afferma che le autorità nazionali hanno compiuto passi positivi con emendamenti al codice penale e l'adozione di una legge che rafforza la protezione dei minori non accompagnati, compresi i minori vittime della tratta. Tuttavia, si teme che la legislazione in materia di immigrazione adottata nel 2018, escludendo i richiedenti asilo dall'accesso ai centri di accoglienza, possa lasciare le vittime della tratta senza assistenza. Anche nel precedente rapporto sull'Italia il GRETA aveva posto l'accento sulla necessità, nel nostro Paese, di dare la massima attenzione al fenomeno della tratta di esseri umani, specialmente con riguardo alle forme di tratta diverse da quella per sfruttamento sessuale, come lo sfruttamento lavorativo – in particolar modo quello agricolo – e ad altre tipologie di tratta come l'accattonaggio. Si era sottolineato, infatti, che il fenomeno della tratta oggi “multidimensionale” e i percorsi di sfruttamento – che spesso si incrociano fra di loro – vanno identificati e contrastati sulla base di strategie integrate, tramite un maggiore coordinamento tra autorità e operatori. Inoltre, era stata evidenziata l'adozione di un piano di azione nazionale sulla tratta di esseri umani accompagnata da un'efficace azione del sistema giudiziario, che invece si caratterizza per le frequenti pronunce di estinzione dei reati per prescrizione. Al riguardo, è bene ricordare la UE, parallelamente aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti del nostro Stato per la mancata attuazione alla direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. Con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 (“Prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime”) si è provveduto al riguardo e questo ha comportato un rafforzamento della risposta punitiva, con ampliamento dell'ambito di applicazione – soggettivo e oggettivo – delle norme incriminatrici in materia;

5) **Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO)** che è stato istituito – con un accordo siglato da diciassette Stati membri del Consiglio d’Europa – nel 1999 al fine di migliorare la capacità degli Stati membri del Consiglio d’Europa di combattere la corruzione all’interno ei singoli Stati.

L’attività di monitoraggio del GRECO prevede una «procedura di valutazione», che si basa sulle risposte date dai vari Paesi a un questionario e su visite in loco, seguite da una valutazione di impatto («procedura di conformità»), in cui si esaminano le misure adottate per attuare le raccomandazioni formulate in sede di valutazione del Paese considerato. Il Gruppo si avvale di un processo dinamico di valutazione reciproca e di pressione tra i Pari, che associa la competenza dei professionisti che fungono da valutatori e la presenza di rappresentanti degli Stati che siedono in plenaria.

L’azione svolta dal GRECO ha portato all’adozione di un numero considerevole di relazioni ricche di informazioni concrete sulle politiche e le pratiche di lotta contro la corruzione in Europa. Tali relazioni identificano i successi e le carenze della legislazione, delle normative, delle politiche e degli assetti istituzionali nazionali e formulano raccomandazioni intese a rafforzare la capacità degli Stati di combattere la corruzione e promuovere l’integrità.

Il GRECO fornisce anche una piattaforma per la condivisione delle migliori pratiche nella prevenzione e nell’individuazione della corruzione.

Il GRECO è aperto anche a Stati non europei e conta attualmente quarantanove membri, compresi gli Stati Uniti e la Bielorussia. Dal mese di agosto 2010 tutti i membri del Consiglio d’Europa sono anche Stati membri di GRECO. E dal luglio 2019 l’Unione Europea è diventata osservatore per il GRECO;

6) il **Gruppo di esperti del Consiglio d’Europa sull’azione contro la violenza sulle donne e la violenza domestica (GREVIO)** che monitora l’attuazione della “Convenzione di Istanbul” sulla prevenzione e la lotta contro la violenza sulle donne e domestica, in genere, da parte degli Stati membri. Nel gennaio 2020 il Gruppo ha redatto il suo primo rapporto sull’Italia ed ha rilevato la persistenza di molteplici resistenze a garantire la piena uguaglianza tra donne e uomini. Inoltre, è stata espressa viva preoccupazione per «l’emergere di una tendenza a reinterpretare le politiche d’uguaglianza tra i sessi come politiche della famiglia e della maternità», mettendo così in secondo piano tutta un’altra sfera della parità, quella nel lavoro, o nella vita sociale.

È stato anche rilevato che la scuola italiana non fa abbastanza per colmare il gender gap: «Molte scuole subiscono crescenti pressioni perché rinuncino a condurre attività educative sul tema, ma anche a livello di ricerca universitaria esiste una delegittimazione degli studi sulle questioni di genere, mentre a livello locale alcune città hanno “censurato” eventi che si dovevano tenere in biblioteche pubbliche e miravano ad accrescere la consapevolezza sulle questioni di genere». Il rapporto ha altresì messo in evidenza provvedimenti e misure che ha considerato esempi a cui altri Paesi potrebbero addirittura ispirarsi: la legge n. 80 del 2015, che ha dato alle donne vittime di violenza la possibilità di fruire di speciali congedi dal lavoro; la legge n. 4 del 2018, per gli orfani delle vittime di femminicidio. Ma, nel complesso, la strada della parità è ancora lunga e impervia;

7) il **Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti** (CPT), già sopra menzionato, che istituzionalmente effettua visite periodiche nelle carceri, nei centri di detenzione per minorenni e per immigrati, nei commissariati di polizia, negli ospedali psichiatrici, nelle case di cura, nelle strutture e istituzioni di ricovero a carattere sociale, ecc. e che ha, in più occasioni, sottolineato la necessità per il nostro Paese della previsione dello specifico reato di tortura, anche per sanzionare, in modo appropriato, le violenze che i migranti possono subire da parte delle forze dell'ordine all'arrivo o nei Centri di trattenimento e che, allo stato, restano, spesso, impunte. Del resto, il divieto di tortura e di altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, rappresenta l'altra "faccia della medaglia" del fondamentale divieto di respingimento che, secondo l'UNHCR e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo nonché della CGUE, è applicabile a ogni forma di trasferimento forzato, compresi deportazione, espulsione, estradizione, trasferimento informale e non ammissione alla frontiera. Il suddetto divieto è formalmente contenuto in specifiche disposizioni della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali UE oltre ad essere contemplato sia della Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, sia della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti adottata a Strasburgo (nell'ambito del Consiglio d'Europa) il 4 novembre 1993 e dei relativi Protocolli n. 1 e n. 2.

Il nostro Paese ha ratificato tali Convenzioni, ma non ha provveduto alla configurazione di uno specifico reato di tortura, come auspicato e richiesto da moltissimi anni, sostenendo che ciò non sarebbe stato necessario perché l'ordinamento nazionale già sanziona penalmente tutte le condotte che possono farsi rientrare nel concetto di tortura, pur essendo a tutti noto che l'esperienza che le cose non stavano proprio così e che tante violenze che i migranti e/o i detenuti subivano da parte delle forze dell'ordine all'arrivo o nei Centri di trattenimento ovvero in carcere restavano di fatto impunte (perché anche se si iniziavano i procedimenti penali spesso essi si concludevano con la dichiarazione di prescrizione del reato) principalmente per l'assenza di uno specifico reato di tortura. Ora tuttavia le cose sono cambiate perché, dopo un lungo e tormentato iter parlamentare, finalmente con la legge n. 110 del 2017 è stato introdotto anche nel nostro ordinamento il reato di tortura, recependo - finalmente le indicazioni prevenienti dal Consiglio d'Europa.

Come si è detto, questo è dovuto anche alle plurime condanne – ulteriori rispetto al caso Hirsi in materia di respingimenti collettivi di migranti – subite dal nostro Paese per violazione dell'art. 3 della CEDU (sul divieto di trattamenti inumani e degradanti) ad opera della Corte di Strasburgo – fra l'altro, con le sentenze del 24 giugno 2014 sul caso *Alberti c. Italia* e dell'1 luglio 2014 sul caso *Saba c. Italia* (entrambe relative a violenze subite da detenuti da parte di poliziotti) nonché con quelle sulle violenze alla caserma Diaz al termine del G8 di Genova e con le sentenze in materia di sovraffollamento carcerario – nelle quali sono state richiamate le osservazioni del CPT sulle inadeguate condizioni di vita dei detenuti nelle carceri sovraffollate e degli immigrati nei Centri loro destinati, sottolineandosi la situazione particolarmente critica dei minori non accompagnati.

8.- La tutela dei diritti fondamentali di migranti e di immigrati tra Corte EDU e Corte di giustizia UE.

Il diritto dell'immigrazione comporta il necessario riferimento ad un sistema di fonti complesso — internazionali, sovranazionali e nazionali — che sono in continua evoluzione.

Ciò si traduce in conseguenti mutamenti delle regole di interpretazione e dei rapporti tra le Corti supreme (europee e nazionali) tra loro e con i Giudici chiamati a dare applicazione alle differenti norme.

Nel nostro Paese – ancorché fin dagli albori dello Stato repubblicano e in particolare negli artt. 10, 2 e 3 Cost. sia stata dimostrata una grande sensibilità al tema – comunque la vera e propria spinta propulsiva per la strutturazione della suddetta materia con la creazione di un sistema di misure di protezione internazionale si è avuta solo per effetto della normativa assunta nell’ambito dell’Unione europea al fine di rendere più efficiente il CEAS (Sistema europeo comune di asilo) nato negli anni novanta, e il cui varo è stato, grosso modo, coevo all’istituzione del Consiglio italiano per i rifugiati (comunemente conosciuto come CIR) che risale, appunto, al 1990.

Va anche detto che, dalla complessiva lettura della normativa e della giurisprudenza sulla condizione degli immigrati, emerge che solo una più capillare diffusione della cultura del riconoscimento del diritto di tutti gli individui alla pari dignità può contribuire ad assicurare l’effettività della tutela dei diritti fondamentali che «è da sempre il presupposto della legittimità democratica» del «progetto europeo» e il «suo tratto specifico in ogni settore»¹⁰.

Tale diritto, del resto, rappresenta la base di tutti i diritti fondamentali, tanto che, non a caso, esso — oltre ad essere considerato il principio fondante della nostra Costituzione e a ricevere analogo riconoscimento nella maggior parte delle Costituzioni europee — è, in ambito europeo, solennemente contemplato nella CEDU, nell’art. 2 del Trattato di Lisbona e nell’art. 1 della Carta dei diritti fondamentali UE e riceve analogo riconoscimento in tutte le più importanti Convenzioni internazionali, a partire da quelle ONU.

Va sempre ricordato che alla base del “progetto europeo”, secondo gli auspici di Winston Churchill, vi era l’idea di fare in modo che a tutti i componenti della «famiglia europea» venisse data la «possibilità di godere di quelle semplici gioie e di quelle speranze che fanno sì che la vita valga la pena di essere vissuta»¹¹.

Peraltro, la disciplina della condizione giuridica dei migranti si caratterizza per la coesistenza di ragioni di ordine pubblico e sicurezza con ragioni di tutela di diritti fondamentali.

Infatti, come risulta anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nel nostro ordinamento agli immigrati vanno riconosciuti tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona, nel rispetto del principio di eguaglianza, che, in linea generale, informa il godimento di tutte le posizioni soggettive (si vedano, per tutte, le sentenze n. 203 del 1997, n. 252 del 2001, n. 432 del 2005 e n. 324 del 2006).

10 G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, 1 dicembre 2009.

11 Sono le parole pronunciate da Churchill nel famoso “Discorso alla gioventù accademica”, tenuto all’Università di Zurigo il 19 settembre 1946. Questo discorso è considerato come la prima tappa del percorso che portò alla firma del trattato di Londra (oggi conosciuto come Statuto del Consiglio d’Europa) che, il 5 maggio 1949, istituì il Consiglio d’Europa.

Poco dopo, il Ministro degli Esteri francese Robert Schuman, in collaborazione con Jean Monnet, redasse il famoso “piano Schuman”, pubblicato il 9 maggio 1950, giorno che oggi è considerato la data di nascita dell’Unione europea. Per ulteriori informazioni al riguardo v. L. TRIA, *Ordinamento interno e ordinamento europeo nella più recente giurisprudenza costituzionale* in www.europeanrights.eu nonché L. TRIA, *Stranieri extracomunitari e apolidi*, Milano, Giuffrè, 2013.

Ma al contempo come affermato più volte dalla stessa Corte costituzionale «la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli» (si vedano, per tutte, le sentenze n. 206 del 2006 e n. 148 del 2008 nonché l'ordinanza n. 361 del 2007).

Ma va anche sottolineato che con lo svilupparsi del fenomeno migratorio si è registrato un sempre più diffuso atteggiamento degli Stati europei di chiusura verso i cittadini di Paesi terzi.

Questo si è verificato mentre la competenza della UE in materia diventava più incisiva.

Invero, la competenza in materia di immigrazione è stata inizialmente attribuita all'Unione dal trattato di Maastricht, nell'ambito del terzo pilastro, e successivamente è poi tale competenza è divenuta “comune” con il trattato di Amsterdam, nel titolo IV CE (articolo 63, paragrafo 3, CE). Il successivo trattato di Lisbona ha fornito un chiarimento in ordine alla ripartizione delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati membri, stabilendo che l'Unione dispone di una competenza concorrente volta allo sviluppo di una politica comune in materia di immigrazione che viene delineata, in termini di obiettivi e modalità di esercizio, nel titolo V della terza parte del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Si tratta di una competenza autonoma, che si distingue, per i suoi obiettivi, dalla competenza relativa ai controlli alle frontiere e dalla competenza in materia di asilo, anche se la gestione dei flussi migratori, obiettivo dell'Unione in termini di immigrazione, è influenzata dalla politica dei controlli alle frontiere. Comunque, tale gestione riguarda una fase preliminare, che non rientra nell'ambito della politica migratoria UE in senso vero e proprio ma è di competenza degli Stati membri i quali però hanno il dovere di esercitare tale competenza con lealtà, nel rispetto degli atti e degli obiettivi della politica migratoria dell'UE.

L'insieme di questi fenomeni ha determinato l'aumento dei ricorsi volti a bilanciare le prerogative statali con l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali e inderogabili dei soggetti migranti sempre più vulnerabili.

Ed ha anche portato – pure per effetto della Carta dei diritti fondamentali UE – ad un aumento delle pronunce della CGUE nella materia, della quale prima la Corte di giustizia si occupava molto di rado e con un'ottica diversa.

E l'insieme di questi interventi ha portato progressivamente all'attribuzione in ambito UE di un nucleo di diritti intangibili in favore dei migranti, con inevitabili ripercussioni sulle modalità di esercizio delle politiche migratorie dei singoli Stati.

Tutto questo mentre anche dinanzi alla Corte EDU si registrava un notevole incremento dei ricorsi, dovuto all'aumento delle violazioni.

Le due Corti europee centrali lavorano in modo molto diverso ed emettono decisioni che hanno portata differente e anche le relative modalità di accesso divergono profondamente.

Spesso però, per quanto riguarda l'immigrazione, le materie trattate sono analoghe quindi è opportuno individuare un criterio generale di distinzione delle modalità di trattazione delle questioni rispettivamente adottate dalle due Corti europee centrali desumendolo dai testi normativi di base ai quali esse fanno riferimento:

a) nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il migrante non è tutelato in quanto tale, ma in quanto persona cui sono attribuiti diritti assoluti e fondamentali come il diritto alla vita, quello inerente al divieto di trattamenti disumani o degradanti, quello a non subire lavoro forzato o schiavitù oppure il diritto alla vita privata e familiare (da intendere in senso ampio).

Peraltro, nell'ottica della Corte EDU le cui decisioni – assunte secondo il sistema proprio dei Paesi di common law – sono sempre calibrate a quelle che sono le caratteristiche proprie della singola fattispecie esaminata, il fatto che il migrante sia tutelato come persona non esclude che possano essere esaminati dei casi riguardanti specificamente la situazione dei migranti o degli immigrati (come, ad esempio, quando viene in discussione il principio di non respingimento);

b) in ambito UE, la materia dell'immigrazione originariamente e tradizionalmente è stata trattata in via solo riflessa e, per lo più, strumentale rispetto agli obiettivi di realizzazione del mercato interno e della libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali, nella costante oscillazione tra l'avvertita esigenza di una "comunitarizzazione" della disciplina e le continue istanze statali volte al rafforzamento della sicurezza delle proprie frontiere.

Tuttavia, nel tempo, come si è detto, a livello normativo si è giunti ad una comunitarizzazione della materia e questo processo ha avuto un incisivo sviluppo con il Trattato di Lisbona e con la Carta dei diritti fondamentali UE fatta a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Infatti, l'art 6 del TUE ha stabilito che l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali ed ha attribuito alla Carta stessa il medesimo "valore giuridico dei trattati", aggiungendo che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Di conseguenza il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta (diritto alla vita, divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, rispetto della vita privata e familiare, diritto di asilo etc.) oggi è garantito a tutti i soggetti presenti sul territorio dell'Unione europea, in quanto persone e quindi a prescindere dallo status migratorio.

L'attribuzione alla CDFUE dello stesso valore giuridico del Trattati istitutivi della UE a decorrere dal 1° dicembre 2009 comporta che la tutela dei diritti in essa sanciti ha carattere giuridicamente vincolante e non più solo ornamentale, anche in tema di politiche migratorie. Dunque, le istituzioni dell'Unione, in tutte le loro azioni o iniziative legislative, devono tener conto di tali diritti fondamentali il cui rispetto, da parte degli Stati membri, è sottoposto al giudizio della Corte di giustizia.

Questa incisiva riforma ha portato ad un considerevole aumento delle pronunce della CGUE in materia di immigrazione, parallelamente ad un aumento anche delle pronunce della Corte EDU, derivante dalla maggiore incidenza delle violazioni, come si è detto.

9.- Situazioni particolari concernenti migranti o immigrati nell'applicazione degli artt. 2, 3 e 4 CEDU: uno sguardo di sintesi.

Abbiamo già fatto cenno ad alcune decisioni nelle quali la Corte EDU si è pronunciata in ordine a fattispecie – rientranti nell'ambito di applicazione U – riguardanti, a vario titolo, immigrati per maltrattamenti o violenze subite nel soggiorno nei Centri loro destinati ovvero per situazioni di lavoro forzato o schiavitù¹².

Esistono però degli ambiti materiali che sono specifici degli immigrati come quello della garanzia del principio di non respingimento e quello delle espulsioni o estradizioni.

Al riguardo va detto, in linea generale, che sulle condizioni di detenzione anche degli immigrati la protezione in sede europea è ormai consolidata, essendo state superate le iniziali ritrosie ad interferire con le politiche penitenziarie nazionali, come emblematicamente dimostra la sentenza Torreggiani sul sovraffollamento carcerario in Italia.

Invece ci sono due ambiti nei quali l'intervento della Corte EDU, sull'impulso della maggiore flessibilità interpretativa, suscita le maggiori resistenze in seno agli Stati membri.

Ciò si verifica, in primo luogo, con riferimento alla tendenza secondo cui si può invocare l'art. 3 CEDU nei casi in cui i governi nazionali decidano per l'extradizione o l'espulsione di un individuo in un Paese straniero dove è concreto il rischio che questo sia sottoposto a trattamenti inumani o degradanti (anche nella forma di insufficiente assistenza medica), in quanto tale orientamento si traduce in una restrizione della sovranità degli Stati in un campo in cui essa è preminente, nonostante la transnazionalità del fenomeno e le molteplici iniziative in sede europea nella direzione di un'intesa solidaristica, a partire dal Trattato di Lisbona e dal Programma di Stoccolma del 2009¹³.

In secondo luogo, alcuni Stati membri, a partire da Svizzera e Regno Unito, hanno manifestato preoccupazione in merito all'orientamento della Corte EDU volto a configurare

¹²Tra quelle precedentemente citate vedi: sentenze C.N. c. Regno Unito; Siliadin c. Francia; C.N. e V. c. Francia; Rantsev c. Cipro e Russia.

¹³Tra le molte sentenze della Corte EDU in materia vedi:

La sentenza Soering c. Gran Bretagna del 1989, nella quale la Corte ha statuito che l'extradizione di un uomo accusato di omicidio verso gli Stati Uniti, dove era esposto al rischio di una condanna a morte, avrebbe costituito una violazione del divieto di tortura, visto il lungo periodo di tempo che solitamente i condannati in tale paese trascorrono nel corridoio della morte, subendo le condizioni di angoscia e di crescente tensione, nell'attesa dell'esecuzione. A seguito di tale sentenza, le autorità americane hanno confermato al Regno Unito che l'interessato non sarebbe stato perseguito per omicidio aggravato.

La sentenza del 2000 Jabari c. Turchia, nella quale la Corte ha concluso che l'espulsione di una donna che rischiava la morte per lapidazione in Iran costituiva una violazione del divieto di tortura. A seguito di tale sentenza, la Turchia ha rilasciato alla ricorrente un permesso di soggiorno.

La sentenza del 2005 Bader e Kanbor c. Svezia, nella quale la Corte ha stabilito che l'espulsione di un condannato a morte dopo un processo iniquo in Siria avrebbe costituito una violazione del diritto alla vita e del divieto di tortura. I ricorrenti hanno successivamente ottenuto un permesso di soggiorno permanente in Svezia.

La sentenza del 2005 Öcalan c. Turchia, ove la Corte ha dichiarato che la condanna a morte pronunciata in seguito a un processo iniquo nel 1999 costituiva, anche se non applicata, un trattamento inumano. La Turchia ha sospeso l'esecuzione su richiesta della Corte. Ha abolito la pena di morte in tempo di pace nel 2002 e la condanna del ricorrente è stata commutata in ergastolo.

La sentenza del 2015 A.L. (X.W.) c. Russia, ove la Corte ha statuito che l'espulsione di un uomo verso la Cina, dove rischiava la condanna a morte, avrebbe costituito una violazione del diritto alla vita e del divieto della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti. A seguito della sentenza, il ricorrente ha ottenuto asilo provvisorio in Russia.

obblighi positivi degli Stati di impedire che i privati pongano in essere maltrattamenti nel territorio nazionale, con la conseguente responsabilità degli stessi davanti alla Corte nel caso in cui disattendano tali obblighi.

Va anche considerato che, nella medesima ottica, anche la CGUE ha espresso analogo orientamento – vedi, per tutte: sentenza della Grande Sezione, C-561/14, Genc, 12 aprile 2016 e sentenza C-558/14, Khachab, 21 aprile 2016 – stabilendo, in due casi di diniego di ricongiungimento familiare, che la discrezionalità concessa allo Stato in materia di immigrazione, a tutela dei propri interessi pubblici fondamentali, deve essere esercitata in senso conforme al rispetto dei diritti fondamentali delle persone¹⁴.

9.1.- Estradizione e cooperazione fra Stati UE in base al sistema del MAE.

Uno dei settori in cui può venire in considerazione la situazione di immigrati è quello dell'extradizione che, in linea generale, è l'istituto giuridico in base al quale uno Stato consegna ad un altro Stato una persona che si trova nel suo territorio perché venga dallo Stato destinatario sottoposto a procedimento penale ovvero perché ivi scontata una condanna già emessa.

Con il Protocollo n. 6 della CEDU, entrato in vigore nel 1985, è stata abolita la pena di morte in tempo di pace. Il Protocollo è stato firmato e ratificato da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, ad eccezione della Russia.

Per quel che concerne il nostro ordinamento, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 1996, con la legge 21 luglio 2016, n.149 è stato riformulato il secondo comma dell'art. 698 cod. proc. pen. stabilendosi che per potersi concedere l'extradizione quando il fatto è punibile con la pena di morte secondo la legge dello Stato estero, è necessario che "l'autorità giudiziaria accerti che è stata adottata una decisione irrevocabile che irroga una pena diversa dalla pena di morte o, se questa è stata inflitta, è stata commutata in una pena diversa", fermo restando il rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Detto questo non mi soffermo sulle pronunce in materia, limitandomi a ricordare l'interessante sentenza *Romeo Castaño c. Belgio* del 9 luglio 2019, relativa ad una vicenda nella quale i ricorrenti sostenevano che il Belgio avesse violato l'art. 2 della Convenzione a causa della dedotta mancata cooperazione con le autorità spagnole da parte delle autorità belghe, che non avevano adottato le misure necessarie per permettere che l'autrice presunta dell'omicidio del padre dei ricorrenti, rifugiatisi in Belgio, fosse sottoposta a procedimento penale in Spagna.

La Corte ha, in primo luogo, sottolineato che – a differenza delle cause *Güzelyurtlu* e altri c. *Cipro e Turchia* [GC], § 178, 29 gennaio 2019 nonché *Rantsev* – la doglianza relativa all'art. 2 non si basava sull'affermazione di un inadempimento del Belgio a un eventuale obbligo procedurale di indagare sull'omicidio, quanto piuttosto di non avere rispettato gli impegni di cooperazione internazionale in materia penale che legano i due Stati interessati, nell'ambito del sistema del MAE (Mandato di Arresto Europeo) istituito nella UE, pur essendo state informate dell'intenzione delle

¹⁴Per un commento a queste sentenze: C. Ragni, *Ricongiungimento familiare, tutela dei diritti e interessi dello Stato nella giurisprudenza della Corte di giustizia: considerazioni a margine dei casi Genc e Khachab*, www.osservatorioaic.it, 21 ottobre 2016.

autorità spagnole di perseguire la presunta autrice dell'omicidio ed avendo avuto la richiesta di procedere al suo arresto e alla sua consegna.

Secondo l'opinione concordante del giudice Spano, alla quale ha aderito il giudice Pavli:

1) la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 2 nel suo profilo procedurale, applicando per la prima volta con riguardo al regime del MAE l'indirizzo affermato dalla Grande Camera nella sentenza *Güzelyurtlu e altri c. Turchia e Cipro* cit. secondo cui l'obbligo di cooperare derivante dall'elemento procedurale dell'art. 2 della CEDU è stato arricchito sicché quando gli Stati membri della UE fanno valere i loro obblighi reciproci derivanti dalla decisione quadro 2002/584/GAI del 2002 relativa al MAE, come recepita nei loro rispettivi ordinamenti giuridici, può entrare in gioco l'«obbligo di cooperare» fondato sull'art. 2 e, di conseguenza, spetta alla Corte EDU operare un controllo in ultima analisi al riguardo. Peraltro, la Corte deve esaminare se l'obbligo di cooperare sia stato soddisfatto nel quadro di un MAE articolando accuratamente la propria valutazione in un modo che, da una parte, applica i principi già stabiliti nella sua giurisprudenza relativa agli articoli 2 e 3 della Convenzione, pur mantenendo per quanto possibile, dall'altra parte, la «simmetria» richiesta tra il diritto della Convenzione e il diritto dell'UE, in modo tale da non nuocere al delicato equilibrio esistente tra i doveri e gli obblighi derivanti dal regime di cooperazione relativo al MAE;

2) inoltre, secondo il paragrafo 236 della sentenza della causa *Güzelyurtlu*, uno Stato di cui venga richiesta la cooperazione nell'ambito di un'indagine in corso condotta contro una persona sospettata di un omicidio commesso nel territorio dello Stato richiedente può rifiutarsi di cooperare solo per un «motivo legittimo». Ciò significa che, da una parte, il rifiuto deve essere conforme in sostanza alle norme applicabili nel quadro della cooperazione transnazionale e, dall'altra, che deve trovare sufficiente sostegno nei fatti che le autorità dello Stato richiesto adducono per giustificare la loro decisione, tenuto conto anche dei diritti dei terzi derivanti dalla Convenzione;

3) la mancanza di questo secondo elemento è centrale per la affermata violazione da parte della Corte. Tuttavia, questa affermazione non implica in alcun modo per il governo belga l'obbligo di eseguire il MAE emesso dalle autorità spagnole, ma significa soltanto che il governo belga non è riuscito a convincere la Corte che le giurisdizioni interne disponevano di una base fattuale sufficientemente solida per concludere che l'esecuzione del MAE avrebbe comportato per l'imputato un rischio concreto e individuale di maltrattamento in Spagna, come richiesto dalla giurisprudenza relativa all'art. 3, e prendendo in considerazione anche il contesto della causa (si veda, come l'esempio recente, *A.M. c. Francia*, §§ 117 e 119, 29 aprile 2019);

4) infine, come si sottolinea nel paragrafo 234 della sentenza *Güzelyurtlu*, l'obbligo di cooperare che incombe agli Stati membri del Consiglio d'Europa «va nel senso della tutela effettiva del diritto alla vita sancito dall'art. 2, sicché concludere diversamente sarebbe contrario all'obbligo di proteggere il diritto alla vita imposto dall'art. 2 medesimo agli Stati, combinato con il dovere generale che incombe agli Stati in virtù dell'art. 1 di «riconosce[re] a ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà enunciati [nel]la (...) Convenzione», con il risultato di ostacolare le indagini sugli omicidi illegali, i cui autori rimarrebbero in tal caso necessariamente impuniti. Un simile risultato potrebbe compromettere lo scopo stesso della tutela assicurata dall'art. 2 e rendere illusorie le garanzie inerenti al diritto alla vita.

9.2.- Principio di non respingimento.

Il principio fondamentale del diritto dell'immigrazione – e quindi anche del CEAS – è quello del non respingimento (non-refoulement), in base al quale nessuno Stato può espellere o respingere nessuna persona che rischia di essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali ovvero che possa rischiare di essere rinvitata verso un altro Stato nel quale non sia protetta da tali situazioni sicché la sua vita o la sua libertà potrebbero essere seriamente minacciate.

Deve essere precisato che negli anni l'originario ambito applicativo del principio – quale delineato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo Statuto dei rifugiati – ha avuto una progressiva espansione per effetto di diversi fattori:

a) l'interpretazione da parte della Corte EDU del citato art. 33 in combinazione con l'art. 3 CEDU e l'affermazione da parte della Corte dell'applicabilità del principio non solo ai rifugiati ma anche ai richiedenti asilo, con conseguente ampliamento della relativa operatività a qualsiasi contesto di minaccia alla vita e alla libertà e non solo al rischio persecutorio o al rischio di tortura o di trattamenti inumani e degradanti e con estensione anche a contesti extraterritoriali¹⁵. Ciò significa che, fermo restando che per gli interessati è necessario trovarsi al di fuori del Paese di temuta persecuzione, tuttavia gli obblighi di non respingimento devono considerarsi operanti anche a beneficio di coloro che, pur avendo già abbandonato il proprio Paese di origine, non abbiano ancora fatto tecnicamente ingresso nel territorio dello Stato di accoglienza o nelle sue acque territoriali. Con la importante precisazione che secondo la giurisprudenza della Corte EDU, le azioni eseguite in alto mare da una nave di Stato costituiscono un caso di competenza extraterritoriale e possono chiamare in causa la responsabilità dello Stato interessato (Hirsi cit., spec. p. 178);

b) la stessa Corte di Strasburgo ha precisato più volte che né la Convenzione né i Protocolli prevedono, in materia di immigrazione, un divieto generale di espulsione nei confronti di stranieri o apolidi e che l'unica disposizione contenente una protezione espressa contro un allontanamento forzato dal territorio nazionale è l'art. 3 del Protocollo n. 4, che al § 1 secondo cui “nessuno può essere espulso a seguito di una misura individuale o collettiva, dal territorio dello Stato di cui è cittadino”. Ma ciò non ha impedito alla Corte europea di affermare che le decisioni degli Stati in materia di immigrazione possano, in certi casi, costituire una ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 § 1 CEDU, ovvero di rilevare violazioni anche dell'art. 13 della stessa Convenzione (Diritto a un ricorso effettivo) o anche di fare riferimento all'art. 4 del Protocollo n. 4 che sancisce il divieto delle espulsioni collettive di stranieri, quali quelle che hanno portato alle condanne dell'Italia per i respingimenti collettivi in mare verso la Libia, a partire dal caso Hirsi;

c) l'affermazione della possibile configurazione di violazioni del principio di non respingimento anche nel caso di non ammissione alla frontiera così come per ogni altra condotta – materiale e giuridica – che rischi di rinviare l'interessato verso luoghi non sicuri. Questo con riferimento non solo al Paese di origine ma anche a qualsiasi altro Stato in cui possa avere motivo di

15 Vedi per tutte: sentenze Corte EDU [GC] HirsiJamaa e altri c. Italia, del 23 febbraio 2012; Cruz Varas c. Svezia, del 20 marzo 1991; Vilvarajah e altri c. Regno Unito, del 3 ottobre 1991; TI c. Regno Unito, del 7 marzo 2000; Abdelhedi c. Italia, del 24 marzo 2008; Ben Salah c. Italia, del 24 marzo 2008. Vedi anche: Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967 - UNHCR Ginevra, 26 gennaio 2007 nonché ASGI, *La tutela della protezione internazionale e altre forme di protezione, manuale giuridico per l'operatore*, 2019, www.asgi.it

temere minacce per la propria vita o libertà per uno dei motivi contemplati dalla normativa o dal quale rischi di essere ulteriormente rinviato verso simili situazioni di pericolo;

d) la conseguente applicabilità, secondo la Corte EDU, del principio di non respingimento non soltanto ai c.d. migranti forzati o ai richiedenti asilo, ma anche a coloro che non hanno avuto ancora la possibilità di fare domanda per ottenere uno status, ovvero non hanno espresso l'intenzione di presentarla¹⁶;

e) la creazione da parte del diritto UE – e quindi nell'ambito del CEAS – con la direttiva 2004/83/CE (recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta)¹⁷ di una forma di protezione internazionale rappresentata dallo status di beneficiario di protezione sussidiaria, ulteriore rispetto allo status di rifugiato, attribuibile ai cittadini stranieri che non possiedono i requisiti per essere riconosciuti come rifugiati ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornassero nel Paese di origine – o, nel caso degli apolidi, se ritornassero nel Paese nel quale avevano precedentemente la dimora abituale – correrebbero un rischio effettivo di subire un grave danno in una delle specifiche ipotesi indicate nella direttiva stessa e, che quindi, a causa di tale rischio, non possono o non vogliono avvalersi della protezione di detto Paese;

f) l'emanazione anche da parte della CGUE di importanti sentenze in materia, tra le quali alcune recenti pronunce di grande apertura;

g) in ambito nazionale l'emanazione della legge 7 aprile 2017, n. 47 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati) che, fra l'altro, ha introdotto esplicitamente il divieto assoluto di respingimento alla frontiera dei minori stranieri non accompagnati, respingimento che non può essere disposto in alcun caso (art. 19, co. 1-bis, d.lgs. n. 286 del 998, recante TU immigrazione). E ha modificato la disciplina relativa al divieto di espulsione dei minori stranieri stabilendo che esso può essere derogato esclusivamente per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato, aggiungendo che, in ogni caso, il provvedimento di espulsione può essere adottato a condizione che non comporti “un rischio di danni gravi per il minore” e che la relativa la decisione del tribunale per i minorenni, che ha la competenza in materia, deve essere assunta tempestivamente e comunque nel termine di 30 giorni.

9.2.1.- Corte EDU.

Tale le numerose e importanti sentenze della Corte EDU nelle quali sono stati affermati i suindicati principi in materia di diritto dei migranti a non subire il respingimento o l'espulsione, a titolo di esempio, si può ricordare in questa sede la “storica” sentenza della Grande Camera 23 febbraio 2012, nel caso Hirsi e altri c. Italia (caso nel quale, come si è detto, i ricorrenti erano difesi dagli avvocati Anton Giulio Lana e Andrea Saccucci) – che vi invito a leggere – nella quale la

16 Per un interessante approfondimento sulle conseguenze dei respingimenti illeciti: R. RUSSO, *Respingimenti illeciti e diritto d'asilo: è sufficiente il risarcimento in denaro? Nota a Trib. Roma 28.11.2019 n. 22917* in www.giustiziainsieme.it

17 Tale direttiva (c.d. qualifiche) è stata recepita nell'ordinamento nazionale con il d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251. Quindi con d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18 è stata data attuazione alla successiva direttiva 2011/95/UE del 13 dicembre 2011 costituente rifusione della precedente direttiva, apportandosi al precedente d.lgs. le conseguenti modifiche.

Grande Camera della Corte EDU ha condannato all'unanimità lo Stato italiano per aver violato i citati artt. 3 CEDU e 4 del Protocollo n. 4, nonché l'art. 13 (in collegamento con i due articoli precedenti) della CEDU.

Il caso esaminato riguardava circa 200 persone il 6 maggio 2009, che si trovavano su tre barche dirette in Italia e che vennero intercettate da motovedette italiane, in acque internazionali, approssimativamente a trentacinque miglia marine a sud di Lampedusa (Agrigento), ossia all'interno della zona marittima SAR¹⁸ di competenza di Malta.

Gli occupanti vennero trasferiti a bordo di navi italiane e ricondotti a Tripoli, in applicazione degli accordi per la gestione dell'immigrazione che l'Italia aveva stipulato con la Libia.

I testimoni affermarono che, durante il viaggio, le autorità italiane li informarono della loro vera destinazione, senza iniziare alcuna procedura di identificazione. E che tutti gli effetti personali dei migranti, ivi compresi alcuni documenti attestanti la loro identità, furono confiscati dai militari italiani. Una volta arrivati al porto di Tripoli, dopo dieci ore di navigazione, i migranti furono consegnati alle autorità libiche, in alcuni casi anche con la forza.

Le successive condizioni di vita in Libia dei migranti sono state drammatiche, in quanto la maggior parte di loro è stata reclusa per molti mesi nei centri di detenzione libici, dove ha subito violenze e abusi di ogni genere. Due migranti sono deceduti nel tentativo di raggiungere nuovamente l'Italia a bordo di un'imbarcazione di fortuna, altri sono riusciti a ottenere protezione in Europa, uno proprio in Italia. Delle 200 persone consegnate alle autorità libiche, solo 24 persone decisero di richiedere la protezione internazionale. Non potendolo fare in Italia, vennero rintracciate e assistite in Libia dal Consiglio Italiano per i Rifugiati e furono incaricati gli avvocati Antonio Giulio Lana e Andrea Saccucci dell'Unione forense per la tutela dei diritti umani di presentare ricorso dinanzi alla Corte EDU.

In questa sede è opportuno precisare che – oltre alle violazioni dell'art. 4 del Protocollo n. 4 e dell'art. 13 CEDU – la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU perché i ricorrenti sono stati esposti al duplice rischio di subire maltrattamenti in Libia e di essere rimpatriati in Somalia e in Eritrea (da cui provenivano).

Le questioni anche procedurali affrontate dalla Corte sono molto interessanti, qui mi limito a sottolineare come, grazie a questa sentenza e alle altre conformi che sono seguite, la pratica dei respingimenti collettivi in mare verso la Libia è stata definitivamente abbandonata dal nostro Paese¹⁹.

¹⁸La zona "SAR" (Search and Rescue - ricerca e salvataggio) per ogni Paese corrisponde all'area che lo stesso Paese individua come di propria competenza per lo svolgimento delle operazioni di salvataggio condotte da personale addestrato a tale scopo e con l'impiego di specifici mezzi navali, aerei o terrestri volti alla salvaguardia della vita umana in particolari situazioni di pericolo e in ambienti ostili quali montagna, gole o mare. Come accade, ad esempio, dopo la segnalazione di un naufragio o di una barca in avaria.

¹⁹ Questa sentenza è stata seguita da altre analoghe pronunce come quella della Grande Camera 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, nella quale la Corte essendo stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la CEDU delle condizioni di vita dei migranti presenti, nel 2011, nel centro di primo soccorso e di accoglienza di Lampedusa, ha ribadito il giudizio negativo della CEDU sulle espulsioni collettive, pur sottolineando la differenza del presente caso rispetto a quello deciso con la sentenza *Hirsi*.

Da ricordare è anche la sentenza 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri contro Italia e Grecia*, riguardante la pratica delle c.d. "riammissioni" dall'Italia in Grecia, che aveva la sua fonte in un accordo bilaterale — contrario e antecedente alla normativa fondamentale adottata dalla UE in materia — tra Italia e Grecia e che si traduceva in respingimenti collettivi

Peraltro, la pratica dei respingimenti o delle espulsioni collettivi è ancora diffusa in Europa, come dimostra la recente sentenza della Corte EDU *Asady e altri c. Slovacchia*, 24 marzo 2020 ove è stato affermato che ricorre un'espulsione è “collettiva” ai sensi dell'art. 4, Prot. 4, CEDU anche nell'ipotesi in cui, nell'ambito dell'allontanamento di un gruppo di stranieri dal territorio statale, ciascuno non è stato messo in condizione di contestare il proprio allontanamento, né l'autorità nazionale ha preso in considerazione, in maniera effettiva e caso per caso, la situazione personale di ogni componente del gruppo.

9.2.2.- Corte di Giustizia UE.

Come si è detto anche sul fronte della Corte di giustizia UE nell'ambito del diritto dell'immigrazione, vanno ricordate le pronunce, seppur non molto numerose ma significative, in materia di principio di non respingimento.

Tale principio –il cui originario riconoscimento nell'ambito del diritto internazionale si rinviene nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 – nell'art. 78 TFUE (che richiama il suddetto art. 33) è configurato come il fondamento della “politica comune” della UE in materia di asilo.

Esso è, poi, specificamente disciplinato dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali della UE (CDFUE), che dopo aver sancito il divieto delle espulsioni collettive, stabilisce che “nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”. Così vietando, attraverso una definizione ampia, qualunque forma di respingimento alla frontiera o di allontanamento forzato dal territorio che non consenta un esame individuale della posizione della persona e rivelandosi quindi un utile strumento normativo per sanzionare prassi amministrative spesso volte a eludere tale precetto.

Il principio di non respingimento si considera, inoltre, implicitamente richiamato dall'art. 4 della CDFUE, il quale con formulazione identica a quella dell'art. 3 della CEDU (e con identica portata applicativa in ambito UE), prescrive che: «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti», con una portata precettiva diversa e più ampia rispetto a quella dell'art. 19 cit., tanto che spesso nella giurisprudenza della CGUE se viene riscontrata la violazione dell'art. 4 quella dell'art. 19, paragrafo 2, viene considerata assorbita²⁰.

Né va ommesso di considerare che la cornice nella quale il suddetto principio si inserisce in ambito UE è composta anche dall'art. 1 della CDFUE, sul rispetto della dignità umana e dal successivo art. 7 sul rispetto della vita privata e familiare, sicché l'insieme delle norme indicate dovrebbe imporre alle autorità nazionali fin dall'arrivo nel territorio nazionale degli interessati e nell'ambito dell'esame delle domande di asilo di garantire i diritti fondamentali sanciti dalla Carta nell'esercizio di quelle attività tese a stabilire le reali esigenze di protezione internazionale dei richiedenti.

verso la Grecia e spesso, attraverso la Grecia, verso i Paesi di provenienza (in stato di guerra e comunque di violazione dei diritti umani).

²⁰ Per una interessante analisi in materia, vedi: M. FERRI, *Il principio di non respingimento e lo statuto giuridico del rifugiato non espellibile all'esame della Corte di Giustizia: osservazioni sul rapporto tra Convenzione di Ginevra e Carta dei diritti fondamentali UE*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019 nonché in: <http://www.osservatoriosullefonti.it> al quale si fa ampio riferimento in questa sede.

Così, ad esempio, la CGUE nella sentenza nella causa C-473/16 del 25 gennaio 2018 ha ritenuto che sottoporre un richiedente asilo a test psicologici ai fini dell'accertamento del proprio orientamento sessuale costituisca un'ingerenza particolarmente grave nel diritto della persona al rispetto della sua vita privata e, come tale, non conforme al diritto dell'Unione letto alla luce della Carta²¹.

Per comprendere l'importanza del rispetto del suddetto precetto basta considerare che un altro elemento di base del sistema della protezione internazionale è quello della distinzione tra migranti c.d. "forzati" – cioè obbligati a lasciare il proprio Paese per una delle situazioni rispettivamente previste per il riconoscimento dello status di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria – e migranti c.d. "economici" che sono persone che emigrano per riuscire a migliorare le condizioni di vita proprie e della propria famiglia.

Se a tutti può essere riconosciuto l'asilo, tuttavia solo ai primi è attribuibile la protezione internazionale mentre gli altri migranti devono rispettare il regime "ordinario" in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato.

Va anche considerato che la situazione di rischio, in base all'impostazione della Convenzione di Ginevra (art. 1) adottata anche dal CEAS, deve essere riferita al Paese di origine del migrante, cioè al Stato – o agli Stati in caso di plurima cittadinanza - di cui possiede la cittadinanza, mentre solo per gli apolidi si fa riferimento allo Stato di domicilio.

Questo comporta che, in linea generale, non possono avere rilievo eventuali violazioni dei diritti umani fondamentali o addirittura condizioni di schiavitù subite dal richiedente in un Paese di transito (come la Libia), se la persona ha deciso di emigrare per ragioni considerate meramente economiche.

A ciò va aggiunto che l'impostazione della protezione internazionale e UE non comprende coloro che fuggono dal loro Paese perché sono vittime di carestie, di malnutrizione, di disastri climatici, tanto che tutte queste persone vengono impropriamente definite "migranti economici".

Inoltre, anche la protezione umanitaria è influenzata dalla suddetta distinzione, visto che è una forma di protezione nazionale che pur non essendo disciplinata dalla normativa UE sulle qualifiche tuttavia è autorizzata dalla UE sulla base del generale principio secondo cui a tutti gli Stati membri è riconosciuta la possibilità di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli rispetto al contenuto delle direttive, purché non incompatibili con esse (vedi: Considerando 14, direttiva n. 95/2011/UE), principio che l'art. 6, par. 4, della direttiva rimpatri n. 115/2008/CE ha specificato autorizzando gli Stati membri a rilasciare in qualsiasi momento, «per motivi umanitari, caritatevoli o di altra natura», un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno è irregolare.

E va anche detto che sono molti gli Stati UE a prevedere analoghe forme di protezione complementare rispetto a quella internazionale²².

21S. CENTONZE S. ANASTASIO, *Protezione dei migranti: Corte EDU e Corte di giustizia a confronto* www.questionegiustizia.it n. 1 del 2019.

22 Vedi per tutti: E. COLOMBO, *Il ruolo della protezione umanitaria nel panorama normativo europeo e le possibili implicazioni della sua abolizione* www.eurojus.it n. 1 del 2019

Ne risulta che il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla CDFUE nell'esercizio delle attività della P.A. dirette a stabilire le reali esigenze di protezione internazionale del richiedente ha carattere fondamentale, a volte anche per determinarne il destino.

Per la nostra Costituzione il diritto al non respingimento si collega a quello di asilo sancito dall'art. 10, terzo comma, Cost.

E qui deve essere fatta una precisazione ricordando che la giurisprudenza della Corte di cassazione, a partire da Cass. 26 giugno 2012, n. 10686 ha affermato (con orientamento costante: vedi, per tutte: Cass. 4 agosto 2016, n. 16362; Cass. 19 aprile 2019, n. 11110) che il diritto di asilo poteva considerarsi interamente attuato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo "status" di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario.

Il suindicato indirizzo però faceva riferimento da un lato all'esaustiva disciplina di cui al d.lgs. n. 251 del 2007 e dall'altro, per la protezione umanitaria, all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998.

Ma tale situazione normativa, per la protezione umanitaria, è profondamente cambiata con il d.l. n. 113 del 2018, che ha eliminato la misura della protezione umanitaria atipica e di chiusura di sistema. Pertanto, per le situazioni che, rationetemporis, non sono più regolate dal citato art. 5, comma 6, quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità non appare più valido e si prefigura un "grande ritorno" del diritto di asilo costituzionale nelle aule giudiziarie²³.

Va anche detto che il principio di non respingimento oltre ad essere contemplato in molti atti di diritto derivato UE (a partire dalla direttiva qualifiche) è pure preso in considerazione dalle normative nazionali degli Stati UE, come accade, per l'Italia, con l'art. 19 del TUI che già nella versione originaria attribuiva carattere assoluto a tale principio e poi, nel corso del tempo, è stato più volte modificato, per avvicinarne di più il contenuto a indirizzi delle UE e, in particolare, delle Corti europee centrali²⁴.

In sintesi, è importante sottolineare che tutte le citate fonti concordemente configurano il diritto di non respingimento – che si collega a quello di asilo, come stabilito anche dalla Convenzione di Ginevra – come diritto fondamentale della persona.

23 Secondo le parole di M. BENVENUTI, "Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini" in Dir. imm. citt. n. 1/2019 nonché in www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it

24 Tali modifiche riguardano: a) l'inserimento dei rischi di sottoposizione a tortura e la espressa rilevanza attribuita all'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani (comma 1.1., inserito con decorrenza 18 luglio 2017 dall'art. 3, comma 1, della legge 14 luglio 2017, n. 110 - Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano); b) il divieto espresso di respingimento dei minori non accompagnati (comma 1.2., inserito dall'art. 3, comma 1, lett. a), della legge 7 aprile 2017, n. 47 - Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati); c) la previsione del comma 2-bis, secondo cui "Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate" (comma aggiunto dall'art. 3, comma 1, lett. g), n. 2), d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito dalla legge 2 agosto 2011, n. 129 - Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari).

Tra le pronunce della CGUE molto interessante è la sentenza della Grande Sezione 21 dicembre 2011, N.S., M.E. e altri, cause riunite C-411/10 e C-493/10, nella quale la Corte ha affermato che gli Stati membri non possono procedere al trasferimento di un richiedente nell'ambito del sistema Dublino qualora, nello Stato di destinazione (nella specie: Grecia), sussistano carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza tali da determinare il rischio di subire un trattamento inumano o degradante. In questo modo assumendo una decisione “coordinata” con quella della Corte di Strasburgo 21 gennaio 2011, MSS c. Belgio e Grecia 2011²⁵, richiamata dalla CGUE, con la specificazione che “i report di organizzazioni non governative internazionali e UNHCR, oltre che le relazioni della Commissione europea costituiscono informazioni idonee a permettere agli Stati di valutare il funzionamento del sistema di asilo nello Stato membro competente”²⁶.

In molte delle pronunce in materia la CGUE ha richiamato il principio di non respingimento congiuntamente all'articolo 47 della CDFUE sul diritto a un ricorso effettivo, ponendo l'accento sul riconoscimento delle tutele procedurali da offrire a fronte di un provvedimento di allontanamento.

Questo non deve stupire in quanto, diversamente da ciò che accade di solito, nel diritto dell'immigrazione la disciplina procedurale e processuale con le relative pronunce interpretative hanno un ruolo prioritario — e anche “condizionante” (in termini definitivi delle situazioni giuridiche protette) — rispetto alla disciplina sostanziale.

Del resto, è del tutto comprensibile che nei confronti degli stranieri migranti — che sono per definizione soggetti deboli, anche quando non appartengono a specifiche categorie protette (es. minori, invalidi etc.) — il diritto di difesa, inteso in senso ampio, abbia un ruolo prioritario.

È, infatti, proprio questo diritto che rischia di essere violato fin dalla fase di arrivo nel nostro territorio, nella quale il migrante si trova ad essere destinatario di una serie di norme di segno diverso dettate, rispettivamente, a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica (e contenute principalmente nel TUI) e dei diritti fondamentali dell'immigrato (contenute principalmente nella

25Con questa importante sentenza della Grande Camera la Corte di Strasburgo, per la prima volta, con riguardo alla violazione del principio di non respingimento, ha collegato alla violazione dell'art. 3 CEDU la violazione dell'art. 13 della stessa CEDU e quindi, in una vicenda relativa ad un richiedente asilo di un Paese terzo, ha condannato entrambi gli Stati europei coinvolti nella vicenda, cioè sia il primo Stato di arrivo del migrante in Europa (la Grecia, che per l'inadeguatezza del trattamento offerto agli stranieri ha subito molte condanne da parte della Corte EDU) sia lo Stato prescelto dal migrante per inoltrare la richiesta di asilo (il Belgio, per non aver gestito la situazione in modo appropriato, avendo rimandato lo straniero in Grecia, pur essendo questo un Paese notoriamente sprovvisto di una legislazione garantista in materia di asilo). I principi affermati nella suddetta sentenza sono stati condivisi e sviluppati nella successiva giurisprudenza in molte pronunce. Tra queste si può ricordare la sentenza 2 febbraio 2012, I.M. c. Francia, nella quale la Corte EDU, muovendo dalla premessa che ad una persona che presenta la domanda di asilo non deve essere impedito di esercitare il diritto di accesso a un tribunale, proseguendo sulla linea tracciata dalla citata sentenza M.S.S. c. Belgio e Grecia, ha condannato la Francia — ravvisando la violazione degli artt. 13 e 3 della Convenzione — per mancanza di effettivi rimedi utilizzabili per opporsi ad una decisione di rigetto di una domanda di asilo, in un caso riguardante un cittadino sudanese, entrato in Europa attraverso la Spagna, munito di un falso permesso, al fine di giungere in Francia, che era stato arrestato alla frontiera ispano-francese a causa del possesso del suddetto documento falso.

26 Per eventuali approfondimenti sul principio di non respingimento come inteso dalla giurisprudenza delle Corti europee centrali, della Corte costituzionale e della Corte di cassazione mi permetto di rinviare a L. TRIA, *Stranieri extracomunitari e apolidi- La tutela dei diritti civili e politici*, Milano, Giuffrè, 2013 nonché L. TRIA, *Un modello UE di principio di non respingimento nel rapporto tra Convenzione di Ginevra e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla luce della giurisprudenza della CGUE* www.europeanrights.eu 2020

disciplina di origine UE), il cui coordinamento — che è tutt'altro che agevole anche per gli “addetti ai lavori” — risulta spesso incomprensibile (pure per ragioni linguistiche) agli interessati e contribuisce ad indebolirne la già precaria condizione.

Di qui la necessità, avvertita da più parti, di riconoscere al migrante un livello di tutela adeguato fin dal primo momento in cui accede o tenta di accedere al territorio nazionale e si trova a contatto con la Polizia di frontiera e di tutela il diritto di accesso effettivo al giudice dell'interessato con riguardo ai provvedimenti ivi adottati²⁷.

Abbiamo detto la Corte EDU nel corso degli anni è pervenuta ad affermare il carattere assoluto della tutela offerta dall'art. 3 CEDU, escludendo che essa consenta di effettuare alcun bilanciamento tra il rischio di maltrattamenti e la pericolosità della persona, offrendo così una protezione maggiore rispetto a quella derivante dalla Convenzione di Ginevra (tra le tante: sentenze *Chahal c Regno Unito*, 15 novembre 1996 e *Saadi c Italia*, 28 febbraio 2008 [GC]).

La CGUE ha avuto delle incertezze sul punto, ma si è espressa in senso conforme alla Corte EDU nell'importante sentenza della Grande Sezione della CGUE 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, con la quale la Corte ha esaminato le istanze di rinvio pregiudiziale interpretativo del giudice ceco (nella prima causa) e del giudice belga (nelle altre due cause), riguardanti, in riferimento a vicende parzialmente simili, la situazione di cittadini extra-UE (nella prima causa un ceceno, nelle altre un ivoriano ed un congolese) che avevano richiesto (e nel primo e terzo caso anche ottenuto) la protezione internazionale prevista per rifugiati e asilanti, protezione che era stata negata (e negli altri casi suddetti revocata) in ragione della commissione di reati nel territorio dello Stato di accoglienza.

Nell'ampia motivazione – che vale la pena di leggere – basata su una raffinata interpretazione della direttiva 2011/95/UE, della Convenzione di Ginevra e della CDFUE colpiscono, in particolare, le seguenti statuizioni:

1) l'art. 33 della Convenzione di Ginevra al secondo paragrafo stabilisce che il divieto di respingimento non può essere fatto valere “da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese”;

2) il carattere assoluto da riconoscere nel diritto dell'Unione, alla luce delle disposizioni della Carta UE, al principio di non respingimento comporta che esso non può andare incontro ad eccezioni neppure nelle ipotesi in cui il soggetto sia considerato un pericolo per la comunità dello Stato in cui si trova;

4) va riaffermato il valore meramente ricognitivo del riconoscimento dello status di rifugiato (statuizione che trova riscontro nella giurisprudenza della Corte di cassazione con riguardo a tutte le

²⁷L. TRIA, *Stranieri extracomunitari e apolidi* .. cit.

forme di protezione, ivi compresa, la protezione umanitaria ex art. 5, comma 6, del TUI: vedi, per tutte Cass. SU 13 novembre 2019, n. 29459²⁸; Cass. SU 17 dicembre 1999, n. 907²⁹);

5) la protezione internazionale prevista dal diritto UE in favore dei rifugiati è “più ampia di quella garantita da detta Convenzione di Ginevra”, pur da considerare come l’architrave della protezione internazionale.

A tale ultimo riguardo la CGUE ha precisato che l’obbligo di conformità alla Convenzione di Ginevra, posto dall’art. 78, par. 1, TFUE deve essere interpretato alla luce della Carta UE e questo impone di individuare nella Convenzione di Ginevra il “livello minimo di tutela da garantire ai rifugiati, ponendo tale Convenzione in una posizione analoga a quella in cui l’articolo 52, par. 3, della Carta colloca la CEDU nel sistema di tutela dei diritti fondamentali dell’Unione”.

Ciò significa che se, da un lato, la protezione offerta dalla Convenzione di Ginevra si configura come un obbligo imprescindibile, d’altra parte, il diritto dell’Unione è suscettibile di offrire un livello di tutela maggiore e tale soluzione appare possibile in forza del vincolo derivante dalle disposizioni della Carta.

A questo proposito, è peraltro particolarmente significativo, come evidenziato in dottrina, che la Corte sia giunta a tale soluzione valorizzando direttamente le disposizioni della Carta UE, senza citare la propria giurisprudenza³⁰

Nella stessa ottica si è pronunciata la Grande Sezione nella causa C 897/19 PPU con sentenza 2 aprile 2020, esaminando una procedura di urgenza relativa ad un cittadino russo, riconosciuto rifugiato in Islanda e divenuto poi cittadino islandese, che, colpito da mandato di cattura internazionale emesso dalla Russia, si era recato in Croazia in vacanza, dove era stato raggiunto da

28 Nella quale è stato affermato il seguente principio:

“Il diritto alla protezione umanitaria, espressione di quello costituzionale di asilo, sorge al momento dell’ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità per rischio di compromissione dei diritti umani fondamentali e la domanda volta ad ottenere il relativo permesso attrae il regime normativo applicabile. Ne consegue che la normativa introdotta con il d.l. n. 113 del 2018, convertito in l. n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina di cui all’art. 5, comma 6 del d.lgs. n. 286 del 1998 e disposizioni consequenziali, non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell’entrata in vigore (5 ottobre 2018) della nuova legge; tali domande saranno, pertanto, scrutinate sulla base delle norme in vigore al momento della loro presentazione, ma in tale ipotesi l’accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari, valutata in base alle norme esistenti prima dell’entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, convertito dalla legge n. 132 del 2018, comporterà il rilascio del permesso di soggiorno “per casi speciali” previsto dall’art. 1, comma 9, del suddetto decreto legge”.

29 Nella quale è stato affermato il seguente principio:

“La qualifica di rifugiato politico ai sensi della Convenzione di Ginevra del 29 luglio 1951 costituisce, come quella di avente diritto all’asilo (dalla quale si distingue perché richiede quale fattore determinante un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito non richiesto dall’art. 10, terzo comma, Cost.), una figura giuridica riconducibile alla categoria degli status e dei diritti soggettivi, con la conseguenza che tutti i provvedimenti assunti dai competenti organi in materia hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva, e le controversie riguardanti il riconoscimento della posizione di rifugiato (così come quelle sul riconoscimento del diritto di asilo) rientrano nella giurisdizione dell’autorità giudiziaria ordinaria, una volta espressamente abrogato dall’art. 46, legge n. 40 del 1998, l’art. 5, d.l. n. 416 del 1989, convertito con modificazioni dalla legge n. 39 del 1990 (abrogazione confermata dall’art. 47 del testo unico d.lgs. n. 286 del 1998), che attribuiva al giudice amministrativo la competenza per l’impugnazione del provvedimento di diniego dello status di rifugiato”.

30 Si fa rinvio sempre ad M. FERRI, *Il principio di non respingimento ...* “ cit., anche per ampie citazioni di dottrina.

richiesta di estradizione da parte della Federazione russa e quindi era stato arrestato dalle autorità croate in vista dell'extradizione.

Il giudice del rinvio, rilevato che secondo le autorità croate erano soddisfatti tutti i requisiti per disporre l'extradizione del cittadino islandese – essendo l'Islanda incluso sia nell'accordo SEE (spazio economico europeo) sia nell'accordo relativo alla procedura di consegna AELS – aveva sollevato rinvio pregiudiziale urgente per chiedere alla Corte di chiarire se vi fossero e quali fossero eventuali obblighi informativi (e di consegna) verso l'Islanda, preliminari rispetto alla eventuale esecuzione dell'extradizione.

La Corte, riprendendo in molti punti la sentenza della Grande Sezione) C-182/15, Petruhhin, 6 settembre 2016, ha spiegato le ragioni per le quali il cittadino di uno Stato firmatario degli accordi SEE e AELS con la UE è in sostanza parificato, quanto al diritto alla circolazione e alla protezione contro il respingimento al cittadino UE.

Si è aggiunto che se la legge nazionale (come quella croata) tratta diversamente i cittadini del proprio Stato rispetto a quelli degli Stati facenti parte di tali accordi, potrebbe violare i loro diritti, principalmente quello alla libera circolazione e che qualsiasi decisione in punto estradizione deve essere quindi preceduta dalla valutazione di eventuali rischi rilevanti ex art. 19, paragrafo 2, CDFUE (punto 65).

Inoltre, la Corte ha sottolineato che nella situazione sub judice ai fini dell'extradizione erano rilevanti non solo la cittadinanza dell'interessato ma anche la sua pregressa condizione di rifugiato, che nel caso specifico dipendeva dal fatto di essere perseguito in Russia per la vicenda oggetto del mandato di cattura internazionale emesso a suo carico (punto 66). Di conseguenza, la Corte ha evidenziato che l'acquisizione nelle more della cittadinanza dello Stato ospitante non escludeva che si dovesse dare rilievo al precedente status di rifugiato e alle ragioni che lo avevano determinato.

La Corte ha precisato inoltre (punto 68) che, in applicazione dell'art. 19, paragrafo 2, cit., l'extradizione deve essere rifiutata se non ricorrono i mutamenti sostanziali – indicati in sentenza – che consentono di affermare che il rischio di trattamenti inumani e degradanti è venuto meno.

In ogni caso, lo Stato membro non può ritenere che non vi siano ostacoli all'extradizione se non abbia osservato l'obbligo preliminare a proprio carico di valutare se esiste un rapporto di proporzionalità tra la richiesta di estradizione (la cui finalità è la lotta all'impunità di chi ha commesso un reato) e la possibilità di raggiungere tale obiettivo con l'esercizio, da parte dello Stato membro dei suoi poteri di perseguire reati commessi fuori dal suo territorio.

Peraltro, la Corte ha precisato che in simile ipotesi all'extradizione dovrebbe essere preferita l'applicazione del mandato di cattura europeo, sicché nella specie si dovrebbe consentire, mediante idonea informativa dalla Croazia all'Islanda di rimandare il cittadino islandese nel proprio Paese ed eventualmente di emettere a suo carico un mandato di arresto europeo.

Tale soluzione è stata considerata praticabile in quanto l'Islanda, pur non essendo soggetta alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo, è parte dell'accordo sulla procedura di consegna.

Si tratta quindi di una sentenza che pone in relazione il diritto dei rifugiati e l'extradizione, in modo innovativo.

10.- Conclusioni.

Sappiamo che le decisioni delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo da sempre hanno avuto un importante ruolo propulsivo sulle scelte decisionali dei giudici nazionali.

E questo oggi ha particolare rilievo in quanto le decisioni giurisdizionali hanno assunto negli ultimi anni, un peso sempre più incisivo, tanto da portare alcuni autorevoli studiosi ad auspicare che i giudici europei possano, attraverso l'unione delle tutele, determinare un'effettiva unione dei popoli.³¹

Questo è un portato anche dell'integrazione UE nonché dell'appartenenza al Consiglio d'Europa.

Infatti, nei suddetti due sistemi la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea hanno, rispettivamente, un ruolo centrale ed è pacifico che la loro giurisprudenza in materia di diritti fondamentali non solo è stata determinante per consentire il progresso dei diritti umani in ambito europeo – grazie ad interpretazioni evolutive dei due testi normativi fondamentali in materia, cioè la Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo e la Carta dei diritti fondamentali della UE, “incorporata” nel diritto dell'Unione Europea da parte del Trattato di Lisbona – ma ha anche avuto notevole influenza sulle giurisprudenze dei giudici nazionali, spesso consentendo loro di “superare” in via di ermeneutica i testi normativi nazionali.

La centralità in tal modo assunta dalla “giustizia materiale” se accompagnata da appropriati strumenti volti a ridurre l'incidenza di decisioni “creative” e a perseguire l'obiettivo della prevedibilità dei verdetti, può sicuramente avere un ruolo importante nell'affermazione di comportamenti delle Amministrazioni e dei singoli rispettose dei diritti fondamentali.

Anche se deve essere considerato che l'intervento dei giudici, per sua natura, riguarda le condotte patologiche dei consociati di volta in volta esaminate, mentre per ottenere comportamenti dell'intero contesto sociale fisiologicamente corretti, almeno in maggioranza, sono necessari altri tipi di intervento.

In ogni caso l'evoluzione in senso garantista della giurisprudenza della Corte EDU e anche di quella della CGUE – sia in linea generale, sia con riguardo agli immigrati – se correttamente intesa potrebbe portare a risolvere alcuni dei problemi più difficili del nostro sistema.

Così, ad esempio, l'affermazione contenuta nella sentenza della Grande Sezione della CGUE del 14 maggio 2019 cit. secondo cui il diritto dell'Unione prevede una protezione internazionale dei rifugiati più ampia di quella garantita dalla Convenzione di Ginevra (pur considerata come l'architrave della protezione internazionale) potrebbe essere utile per tentare di allargare l'applicazione della protezione internazionale in ambito UE ad eventuali trattamenti inumani o degradanti e/o a torture subite in un Paese di transito (e non in quello di origine) ovvero per includervi i c.d. migranti climatici.

31A. GIDDENS, “L'Europa nell'età globale”, 2007, citato dal Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi, nella Relazione con la quale ha inaugurato il corrente anno giudiziario del Consiglio di Stato.

Del resto, le violazioni sono in aumento e per i migranti la situazione è sensibilmente peggiorata in tutti gli Stati europei, sia per le difficoltà d'ingresso sia per il trattamento durante in soggiorno che addirittura può arrivare a situazioni schiavistiche, come si è detto.

Ma anche nei confronti dei cittadini europei le violazioni dei diritti fondamentali sono molto frequenti, purtroppo; tanto che, a volte, si arriva addirittura a situazioni schiavistiche.

E non sappiamo quali saranno i “frutti” – in questo campo – della pandemia di Covid-19 che sta flagellando il mondo.

Pertanto, sulla base delle pronunce delle Corti europee centrali tutti noi dobbiamo impegnarci a fare in modo che i principi ivi affermati siano applicati sulla base del “principio di utilità”, da intendere non in senso economico ma come lo intendeva il filosofo del diritto Jeremy Bentham è cioè nel senso che un'azione è conforme a tale principio, rispetto alla comunità in generale, quando tende ad aumentare la felicità della comunità più di quanto tenda a diminuirla.

Ebbene se aumentano le violazioni dei diritti fondamentali vuol dire che diminuisce il rispetto del principio fondamentale della pari dignità di tutte le persone che è alla base della CEDU e della UE e che contemporaneamente aumentano le situazioni di sofferenza umana.

Pertanto, l'attività delle tante istituzioni coinvolte – con costi umani e materiali notevoli – non solo non tendono ad aumentare la felicità dei destinatari ma neppure a diminuirne l'infelicità.

Su questo sarebbe bene per ognuno di noi riflettere se si vuole realmente cambiare qualcosa in modo significativo per avere una vita migliore e preparare per le nuove generazioni un futuro migliore.

E, al riguardo, sarebbe opportuno ricordare che, secondo il pensiero del grande filosofo Arthur Schopenhauer, per sapere quanta felicità una persona può ricevere nella vita, basta sapere quanta è capace di darne.

Questo conferma che siamo tutti sulla stessa barca, come la pandemia che stiamo vivendo ci dimostra in modo emblematico. Quindi, si tratta solo di mettersi alla prova sulla strada della solidarietà!