

INTRODUZIONE

Negli ultimi quindici anni l'Unione europea ha cercato di predisporre una strategia complessiva per la gestione dei flussi migratori.

Tale strategia, ancor oggi caratterizzata da lacune evidenti, copre diversi aspetti di primaria importanza, quali il diritto d'asilo, il controllo delle frontiere esterne e l'armonizzazione delle condizioni di ingresso degli stranieri, la disciplina dei diritti da riconoscere agli immigrati regolari, nonché il contrasto dell'immigrazione illegale. Ciascuno di questi ambiti ha richiesto l'approvazione di una pluralità di atti normativi – soggetti a continue modifiche e integrazioni – e, per quanto di competenza dell'Unione, di misure concrete.

In questa materia gli interventi dell'Unione si sono fatti sempre più frequenti. In effetti, negli ultimi anni le questioni relative all'immigrazione e all'asilo sono state inserite all'ordine del giorno di moltissime riunioni del Consiglio europeo. Esso ha fornito indirizzi generali e dato l'impulso necessario per l'adozione, da parte delle altre istituzioni, di un gran numero di atti di diritto derivato. Anche la Corte di giustizia è chiamata a pronunciarsi sempre più spesso su cause relative ai cittadini di Paesi terzi. Le sentenze dedicate a questa materia rappresentano ora una parte considerevole della giurisprudenza¹.

¹ Per una presentazione complessiva della politica dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione dell'Unione europea*, Torino, 2006; A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012; P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER, K. WOUTERS, *European Migration Law*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014; K. HAILBRONNER (a cura di), *EU immigration and asylum law: a commentary*, München, 2016; S. AMADEO, F. SPITALERI, *La politica comune dell'immigrazione e dell'asilo*, in L. DANIELE (con la collaborazione di S. AMADEO, G. BIAGIONI, R. CI-

Per il contrasto dei flussi migratori irregolari, le istituzioni dell'Unione hanno deciso di approvare diversi atti. Alcuni di questi sono diretti a colpire le reti della criminalità organizzata operanti a livello internazionale. Si tratta in particolare delle misure che il Consiglio e il Parlamento europeo hanno adottato per reprimere il traffico dei migranti e la tratta di essere umani, ricorrendo agli articoli 29-31 TUE (divenuti ora articoli 82-89 TFUE), relativi alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale².

Altri atti sono stati invece fondati sulle nuove basi giuridiche introdotte dal Trattato di Amsterdam. Va in particolare ricordato l'art. 63, primo comma, punto 3, lett. b), TCE (divenuto ora art. 79, par. 2, lett. c), TFUE), il quale attribuisce all'Unione la competenza ad approvare misure nel settore dell'immigrazione clandestina e del soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio. Utilizzando questa base giuridica il legislatore dell'Unione ha deliberato atti volti a sanzionare i vettori che trasportano cittadini di Paesi terzi sprovvisti dei documenti necessari³, a reprimere l'impiego di stranieri in condizione di soggiorno irregolare⁴ e – cosa che qui più ci interessa – a rimpatria-

SOTTA, C. SCHEPISI, F. SPITALERI), *Il diritto del Mercato Unico Europeo e dello Spazio di Libertà Sicurezza e Giustizia*, Milano, 2016, p. 373; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Torino, 2017, p. 64, spec. p. 128 ss.

² V. decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, *sulla lotta alla tratta degli esseri umani*, in *GUCE* n. L 203 del 1° agosto 2002, p. 1, e ora direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI*, in *GUUE* n. L 101 del 15 aprile 2011, p. 1. In materia v. anche direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, *riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti*, in *GUUE* n. L 261 del 6 agosto 2004, p. 19, la quale è però fondata sull'art. 63, primo comma, punto 3, TCE (divenuto ora art. 79, par. 2, TFUE).

³ V. direttiva 2001/51/CE del Consiglio, del 28 giugno 2001, *che integra le disposizioni dell'articolo 26 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985*, in *GUCE* n. L 187 del 10 luglio 2001, p. 45.

⁴ V. direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno

re coloro che entrano o permangono in modo illegale sul territorio degli Stati membri⁵⁻⁶.

La strategia dell'Unione per il contrasto dei flussi irregolari si basa sul presupposto che la disciplina dell'espulsione rappresenta un tassello importante della più ampia politica di immigrazione e di asilo. La fissazione di condizioni armonizzate, per l'ingresso nel territorio degli Stati membri, e la stretta regolamentazione dei presupposti e delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale avrebbero poco senso, se il diritto dell'Unione non disciplinasse anche il rimpatrio delle persone che tali condizioni e tali presupposti non soddisfanno.

La convinzione è che il sistema complessivo non possa funzionare se le politiche di controllo delle frontiere e quelle relative al ricono-

2009, *che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in *GUUE* n. L 168 del 30 giugno 2009, p. 24.

⁵ V. direttiva 2003/110/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, *relativa all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea*, in *GUUE* n. L 321 del 6 dicembre 2003, p. 26; decisione 2004/573/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, *relativa all'organizzazione di voli congiunti per l'allontanamento dei cittadini di paesi terzi illegalmente presenti nel territorio di due o più Stati membri*, in *GUUE* n. L 261 del 6 agosto 2004, p. 28; e direttiva 2008/115/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in *GUUE* n. L 348, del 24 dicembre 2008, p. 98. Sull'art. 63, primo comma, punto 3, TCE, divenuto ora art. 79, par. 2, TFUE è fondata anche la direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, *riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti*, in *GUUE* n. L 261 del 6 agosto 2004, p. 19.

⁶ In materia di contrasto dell'immigrazione irregolare v. B. NASCIBENE, *Expulsion and detention of aliens in the European Union Countries*, Milano, 2001; G. CELLAMARE, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, 2011; G. CARELLA, *Il contrasto dell'immigrazione irregolare*, in AA.VV., *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 181; S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

scimento della protezione internazionale non sono integrate dalla previsione di strumenti per l'allontanamento di coloro che entrano o soggiornano irregolarmente negli Stati membri. Questo punto di vista si è decisamente rafforzato a seguito degli afflussi straordinari di immigrati che hanno caratterizzato gli ultimi anni.

A tale convinzione si oppone – ma meglio sarebbe dire, si deve aggiungere – l'osservazione che la politica di rimpatrio è inefficace e in definitiva inutile, e inutilmente afflittiva, se viene incentrata tutta su strumenti di carattere coercitivo⁷.

Il dialogo con le persone soggette a procedimenti di espulsione e gli incentivi per il rimpatrio volontario devono rappresentare un pilastro delle politiche contro l'immigrazione clandestina, sia pure con i dovuti accorgimenti per evitare che tali incentivi rappresentino essi stessi un'attrazione per i flussi migratori irregolari. In quest'ottica, il coinvolgimento di mediatori culturali e delle organizzazioni non governative risulta molto importante, visto che i migranti sono maggiormente disposti a interagire con tali soggetti, non venendo questi percepiti come parti integranti dell'apparato repressivo degli Stati membri.

Inoltre, non va dimenticato che, per quanto afflittiva voglia essere, la politica di rimpatrio risulta poco utile e inefficace, se non si inserisce in un contesto di collaborazione con i Paesi di origine e di transito, diretto al controllo dei flussi migratori, alla condivisione degli oneri per la riammissione delle persone espulse e, ancor più, al miglioramento delle condizioni di vita in tali Paesi⁸.

⁷ Nel 2015 il tasso di rimpatri effettivi verso i Paesi terzi è stato pari al 36,4%. V. in tal senso la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 2 marzo 2017, *Per una politica dei rimpatri più efficace nell'Unione europea – Un piano di azione rinnovato*, COM (2017) 200, p. 2.

⁸ Fin dalla Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo *su una politica comune in materia di immigrazione illegale*, del 15 novembre 2001, COM(2001) 672, la Commissione ha osservato che «l'UE dovrebbe promuovere azioni nei paesi di origine e di transito, così come azioni di sostegno a questi paesi, nel rispetto della politica comunitaria in materia di diritti umani. Tali azioni dovrebbero comportare un intenso scambio di informazioni, trasferimenti di conoscenze e sostegno finanziario per misure di controllo giustificate» (p. 3). La Commissione ha messo in eviden-

In effetti, il fenomeno dell'espulsione è per definizione transnazionale. Per sua natura si inserisce in un contesto multilaterale, sia esso di collaborazione o meramente di dialogo, tra il paese di destinazione, il paese di origine e quello di transito⁹. Sotto questo profilo, l'integrazione della dimensione interna ed esterna della politica di immigrazione assume un'importanza fondamentale. Senza questa integrazione, gli alti costi delle espulsioni – in termini finanziari e, soprattutto, di sofferenza personale – rischiano di non produrre alcuna utilità.

Resta ovviamente irrinunciabile il rispetto dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a rimpatrio e la debita considerazione della circostanza che a spostarsi verso l'Unione sono in molti casi persone, come i minori, i disabili, le donne in gravidanza ed altre ancora, che versano in una situazione di particolare vulnerabilità. Le esigenze di tali soggetti devono essere considerate con la dovuta attenzione.

L'analisi della legislazione dell'Unione in materia di rimpatrio, che intendo svolgere, parte quindi dal presupposto che l'allontanamento dello straniero tocca diritti fondamentali della persona umana, che sono riconosciuti da una pluralità di fonti (norme di diritto internazionale, dell'Unione europea e principi desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri) che, sovrapponendosi, creano un "pacchetto" di garanzie il cui rispetto è imprescindibile¹⁰.

za che «gli sforzi fatti ai fini della gestione dei movimenti migratori non possono avere pieno effetto se non si dà attuazione alle misure adottate fin dal punto di partenza della catena, ovvero la promozione della pace, della stabilità politica, dei diritti umani, dei principi democratici e di uno sviluppo economico, sociale ed ambientale duraturo nei paesi di origine» (p. 9). V. anche *Proposta di piano globale per la lotta all'immigrazione clandestina e alla tratta degli esseri umani nell'Unione europea*, della Commissione, in *GUCE* C 142 del 14 giugno 2002, punto 13 e 15.

⁹ In tal senso, v. S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare – Diritto Internazionale e Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 275.

¹⁰ B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *Commento dell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali*, in S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 367, spec. p. 369, ove si legge che «il tema dell'allontanamento dello straniero rappresenta un ambito complesso, ove si sovrappongono una pluralità di fonti (norme di diritto internazionale, pattizio e consuetudinario, dell'Unione europea e nazionali, giurisprudenza nazionale, europea e internazionale)».

Anzitutto, a dover esser osservati sono gli obblighi di protezione internazionale e di *non refoulement* che discendono dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal Protocollo del 31 gennaio 1967 sullo *status* dei rifugiati, nonché dall'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali. Tali vincoli sono ora previsti espressamente dagli articoli 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Le misure relative alla lotta contro l'immigrazione clandestina non possono mai intaccare l'obbligo degli Stati membri di tutelare coloro che necessitano di protezione internazionale e che rischiano di subire nello Stato di rinvio persecuzioni, torture o trattamenti inumani o degradanti.

Più in generale, è necessario che siano rispettate le garanzie fondamentali che spettano a tutti i migranti, in quanto persone umane. L'illegalità del loro soggiorno non giustifica la privazione di tali garanzie. Anzi è corretto sottolineare che proprio in ragione del fatto di essere sottoposti a rimpatrio, i migranti acquistano diritti fondamentali, di carattere sostanziale e procedurale, che fanno parte del *corpus* fondamentale di principi – propri dell'Unione e comuni agli Stati membri – che devono essere pienamente osservati dalle competenti autorità.

La presente indagine non tratterà della protezione internazionale, già ampiamente considerata in dottrina¹¹, e si concentrerà sui cittadini di Paesi terzi che entrano o soggiornano illegalmente sul territorio dell'Unione.

¹¹ V. L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006; C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011; M. DI FILIPPO, *Il sistema europeo comune di asilo*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, cit., p. 242; A. ADINOLFI, *Commento all'art. 78 TFUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario Breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014, p. 480; A. DI PASCALE, *Commento all'art. 78 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 834; M. BAULOZ C. INELI-CIGER, S. SINGER, V. STOYANOVA (a cura di), *Seeking asylum in the European Union*, Leiden, 2015; F. CHERUBINI, *Asylum law in the European Union*, London, 2015; B. NASCIBENE, *Il diritto di asilo: gli standard di tutela dell'Unione europea e il confronto con gli standard internazionali*, in B. NASCIBENE, *Un percorso tra i diritti. Scritti scelti*, Milano, 2016, p. 149.

Un altro elemento che ispirerà l'analisi che segue è rappresentato dall'idea che – nonostante la pressione operata da un'opinione pubblica assai sensibile al tema – le prerogative degli Stati membri non possono essere declinate esclusivamente alla luce dell'obiettivo, pur rilevante, di trasportare fisicamente gli stranieri presso il Paese terzo di origine o di transito. Esse sono limitate e devono essere guidate dalla necessaria osservanza dei diritti fondamentali e dalla considerazione dovuta alle esigenze dei soggetti più fragili. Quando necessario a tutelare tali diritti o quando la protezione delle persone vulnerabili lo richiede, gli Stati membri sono tenuti o, in alcuni casi, quantomeno autorizzati, ad esercitare le loro prerogative nella direzione opposta all'espulsione, vale a dire nel senso dell'accoglienza e della regolarizzazione del soggiorno dei migranti. Nel corso dell'indagine cercherò di evidenziare questa opzione di fondo.

Infine, mi propongo di sviluppare una terza tesi. Intendo dimostrare che l'adozione da parte del legislatore dell'Unione della direttiva rimpatri, da taluni ingiustamente definita “direttiva vergogna”, in realtà non rappresenta un passo indietro, bensì un'evoluzione positiva (per quanto perfettibile) della politica dell'immigrazione dell'Unione europea.

Verranno ovviamente ricercate le lacune della disciplina e i possibili profili di contrasto con i diritti fondamentali. Tali profili, si vedrà, non mancano. Ma verranno altresì evidenziate le disposizioni innovative, che introducono tutele in precedenza sconosciute nell'ambito del diritto internazionale. Inoltre, cercherò di sottolineare l'importanza che ha avuto, di per sé, l'adozione della direttiva nel ricondurre la posizione degli stranieri soggetti a espulsione nell'alveo delle situazioni alle quali si applicano le garanzie fondamentali – di carattere sostanziale, procedurale e istituzionale – previste dal diritto dell'Unione.

Per raggiungere gli obiettivi che mi propongo, ho suddiviso il lavoro in tre parti.

La prima parte consta di un unico capitolo ed è dedicata alle garanzie internazionali a tutela dello straniero soggetto a una procedura di espulsione. Ricostruirò un tema classico e piuttosto noto, cercando però di mettere in evidenza la specifica declinazione che taluni diritti fondamentali presentano in relazione alla posizione degli stranieri in

condizione di soggiorno irregolare. La CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo saranno oggetto di un'attenzione particolare.

La seconda parte è dedicata alla disciplina dell'Unione europea. Ho deciso di esaminare prima i profili interni della normativa, concentrandomi in particolare su quanto previsto dalla direttiva 2008/115, che reca norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Mi è sembrato razionale fornire nel capitolo II una panoramica complessiva della procedura di rimpatrio, in tutte le sue diverse fasi. Analizzerò a parte, nel capitolo III, la questione del trattenimento del migrante. Pur trattandosi di una singola fase del procedimento (peraltro, incidentale ed eventuale), ho ritenuto opportuno dedicare al tema un intero capitolo. Si tratta infatti di un momento così delicato e ricco di implicazioni da meritare un'indagine separata rispetto alle altre fasi della procedura.

Il capitolo IV è dedicato invece ai profili esterni delle politiche di rimpatrio. L'indagine si focalizza sugli accordi di riammissione che l'Unione europea e gli Stati membri possono stipulare con i Paesi terzi di origine o di transito, al fine di agevolare il ritorno dei migranti. Si tratta in effetti di uno strumento molto importante utilizzato, nell'ambito dell'azione esterna, per centrare tale obiettivo.

Infine, l'ultima parte del libro è dedicata a quelle che ho chiamato "grandi questioni aperte". Essa è suddivisa in tre capitoli. Il capitolo V riguarda il diritto al contraddittorio nella procedura di rimpatrio. Il capitolo VI indaga i limiti alla criminalizzazione dell'immigrazione irregolare derivanti dal diritto dell'Unione. Il capitolo VII, infine, delinea lo *status* riconosciuto dall'Unione allo straniero non allontanabile.

In questa parte del volume ho cercato di individuare quelle che mi sembravano le lacune maggiori della direttiva rimpatri e di elaborare, anche alla luce dei diritti fondamentali, soluzioni interpretative volte a dissipare i dubbi che tale regolamentazione solleva. Sulla scorta di questa analisi ho indicato i punti sui quali sarebbe a mio avviso auspicabile un intervento del legislatore dell'Unione che, in effetti, non dovrebbe tardare.

Al termine del lavoro ho tratto ovviamente le mie conclusioni.

In un contesto storico in cui i governi degli Stati membri vorrebbero spingere le istituzioni dell'Unione verso un irrigidimento delle poli-

tiche migratorie, spesso allo scopo – neppure negato – di compiacere un’opinione pubblica disorientata, l’obiettivo che mi sono posto è quello di provare a suggerire soluzioni equilibrate, che valorizzano i diritti fondamentali del singolo, senza per questo pregiudicare la coerenza e l’efficacia delle iniziative messe in campo per una gestione razionale del fenomeno migratorio.

Il presente lavoro costituisce una nuova tappa del percorso di studio dedicato ai diritti fondamentali, che ho avviato con il dottorato in diritto dell’Unione europea, che ho continuato durante il mio periodo di lavoro, come referendario, alla Corte di giustizia dell’Unione e che coltivo ora come ricercatore presso l’Università di Trieste.

Alle persone che durante tutte queste fasi mi hanno guidato e supportato, con consigli e insegnamenti, va la mia gratitudine, stima e sentita riconoscenza.

Trieste, 31 ottobre 2017

PARTE PRIMA
LE GARANZIE INTERNAZIONALI

CAPITOLO I

LE GARANZIE INTERNAZIONALI A TUTELA
DELLO STRANIERO IN CONDIZIONE DI
SOGGIORNO IRREGOLARE

1. *Il potere di espulsione come corollario della sovranità dello Stato: la progressiva limitazione delle prerogative statali per effetto del diritto internazionale e della CEDU*

Il potere di chiedere allo straniero di lasciare il territorio nazionale e quello di procedere coattivamente all'espulsione – allorché la sua presenza sia ritenuta contraria agli interessi della Comunità statale – sono tradizionalmente considerati prerogative strettamente collegate alla sovranità. Si tratta di poteri, inerenti allo Stato, che implicano la possibilità di controllare l'ingresso e l'uscita degli stranieri dal territorio, nonché di procedere alla loro espulsione. Tale potere è caratterizzato da un certo grado di discrezionalità, ma non è illimitato¹.

¹ Già nel 1892, nel Preambolo delle *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, l'Institut de droit international proclamava che «le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance». Nel Preambolo si enunciava tuttavia che «l'humanité et la justice obligent les États à n'exercer ce droit qu'en respectant, dans la mesure compatible avec leur propre sécurité, le droit et la liberté des étrangers qui veulent pénétrer sur ledit territoire, ou qui s'y trouvent déjà» (v. Institut de droit international, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, adottate il 9 settembre 1892). Per l'analisi del rapporto tra straniero e

Specie nei momenti di afflusso massiccio di migranti, la capacità dello Stato di allontanare, e ancor prima, di scoraggiare l'arrivo di persone ritenute "indesiderate" è a tutt'oggi percepita come un attributo dell'autorità statale. In quest'ottica, la protezione delle frontiere e la regolazione dei flussi migratori sono presentate – talvolta, con esasperazioni che rispondono a logiche estranee al diritto – non solo come una modalità di esercizio della sovranità, ma anche come uno strumento di difesa degli interessi essenziali dello Stato.

Il potere di controllare l'entrata e il soggiorno degli stranieri e di disporre l'allontanamento corrisponde a un principio di diritto internazionale consolidato. In effetti, l'esistenza di questa prerogativa risulta dalla prassi internazionale ed è confermata dalla giurisprudenza². Tuttavia, tale potere va esercitato conformemente agli obblighi, di natura pattizia e consuetudinaria, derivanti dall'ordinamento internazionale stesso³. In particolare, esso soggiace agli obblighi relativi alla tutela dei diritti dell'uomo.

L'affermazione di questi vincoli è il frutto di un'evoluzione continua (e tutt'ora in corso) del diritto internazionale. Essa ha condotto al risultato di restringere notevolmente le prerogative statali. Il paradigma della sovranità e del suo esercizio a difesa del territorio e della Comunità statale è oggi affiancato da altri principi che tutelano gli

Stato ospitante e delle diverse teorie relative alla configurazione di tale rapporto nell'ambito del diritto internazionale v. B. NASCIMBENE, *Premesse allo studio delle norme internazionali sul trattamento dello straniero*, in B. NASCIMBENE, *Un percorso tra i diritti. Scritti scelti*, cit., p. 3.

² V. Corte EDU, sent. 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio*, ric. n. 12313/86, § 43, dove si legge che «the Court does not in any way underestimate the Contracting States' concern to maintain public order, in particular in exercising their right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, to control the entry, residence and expulsion of aliens». V. anche Corte EDU, sentenze 30 ottobre 1991, *Vilvarajah e a.c. Regno Unito*, ric. n. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 102.

³ V. Corte EDU, sent. 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92, § 41, nella quale la Corte ha riconosciuto che «Contracting States have the undeniable sovereign right to control aliens' entry into and residence in their territory». La Corte ha tuttavia sottolineato che «this right must be exercised in accordance with the provisions of the Convention».

stranieri, in quanto persone umane, e che si applicano anche a coloro che sono entrati in uno Stato in maniera illegale o vi soggiornano senza averne titolo⁴.

In materia di immigrazione, il contrasto tra il paradigma della sovranità statale e il paradigma dei diritti umani si manifesta in maniera netta.

Da un lato, nell'esercizio della sua sovranità e nel rispetto delle leggi che esso stesso si è dato, uno Stato difende il suo territorio e la sua Comunità, mettendo in campo strumenti, come la detenzione e l'espulsione, che ritiene a tal fine necessari. Dall'altro, vi è lo straniero che per il solo fatto dell'ingresso o del soggiorno irregolare rischia di vedersi privato di diritti fondamentali che sono inerenti alla sua qualità di essere umano.

Lo scontro tra prerogative dello Stato e diritti fondamentali fa emergere l'asimmetria di sistema che caratterizza la materia dell'immigrazione nel contesto del diritto internazionale.

Dal punto di vista logico e giuridico, l'immigrazione presuppone infatti la libertà di circolazione, intesa come libertà di lasciare qualsiasi Stato, compreso il proprio⁵. Ogni individuo ha il «diritto di emigra-

⁴ V. F. CREPEAU, I. ATAK, *La régulation de l'immigration irrégulière dans le respect du droit international des droits de l'homme*, in AA.VV., *Migrations de populations et droits de l'homme*. Bruxelles, 2011, p. 219, spec. p. 225, dove si legge che «le migrant illustre le conflit ouvert entre le paradigme de souveraineté territoriale et le paradigme des droits humains. Selon le paradigme de souveraineté territoriale, l'État hôte décide qui entre et reste sur son territoire, et qui fait partie du groupe que forment les citoyens. (...) Le paradigme des droits humains offre une vision plus récente et plus universelle des relations entre l'État et les êtres humains. D'après cette vision, chacun a des droits inhérents opposables à tout Pouvoir. (...) L'être humain en tant que détenteur de droits est placé au cœur de cette vision universaliste qui découle du système international des droits de l'homme mis en place par réaction aux atrocités de la Deuxième Guerre Mondiale».

⁵ V. art. 12 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, New York, 16 dicembre 1966, Nazioni Unite, *Recueil des Traités*, vol. 999, n. 14668, p. 171. V. anche art. 13 della *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che così proclama: «1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato. 2. Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese».

re», di scegliere cioè di «lasciare il proprio Stato per recarsi in un altro». Tuttavia, «al diritto di emigrare da uno Stato non corrisponde il diritto di immigrare in altro Stato»⁶. Infatti, il diritto internazionale generale riconosce soltanto ai cittadini il diritto di essere ammessi nel territorio dello Stato di appartenenza. Può pertanto accadere che una persona, pur esercitando un proprio diritto, quello appunto di lasciare il Paese di cittadinanza, al momento dell'ingresso in un altro Stato entri in conflitto e infranga un diverso sistema di legalità, che prevede, a tutela della Comunità di riferimento, la possibilità di detenere e di espellere coloro che hanno varcato illegalmente le frontiere.

Nel corso del XIX e del XX secolo, il diritto di espellere lo straniero era principalmente limitato da standard generali relativi al divieto dell'abuso del diritto, al principio di buona fede e al divieto di arbitrarietà nel trattamento degli stranieri⁷.

In quest'ottica, diversi accordi internazionali, a livello universale e regionale, hanno stabilito, come presupposto fondamentale dell'espulsione, la condizione che essa avvenga conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale. Gli stranieri che si trovano sul territorio di uno Stato possono essere espulsi soltanto in applicazione di un provvedimento adottato dall'autorità nazionale competente, sulla base di un motivo stabilito dalla legislazione interna⁸. Le autorità statali

⁶ V. C. FAVILLI, *Immigrazione (diritto dell'Unione europea)*, in AA.VV., *Enciclopedia del Diritto. Annali*, V, Milano, 2012, p. 675, spec. p. 676.

⁷ V. B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *Commento dell'art. 19 della Carta*, in S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 367, spec. p. 369.

⁸ V., a livello universale, l'art. 13 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, il quale così dispone: «uno straniero che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato parte del presente Patto non può esserne espulso se non in base a una decisione presa in conformità della legge e, salvo che vi si oppongano imperiosi motivi di sicurezza nazionale, deve avere la possibilità di far valere le proprie ragioni contro la sua espulsione, di sottoporre il proprio caso all'esame dell'autorità competente, o di una o più persone specificamente designate da detta autorità, e di farsi rappresentare innanzi ad esse a tal fine». V. anche l'art. 22, par. 2, della *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie*, New York, 18 dicembre 1990, Nazioni Unite, *Recueil des Traités*, vol. 2220, n. 39481,

devono interpretare e applicare secondo buona fede il diritto nazionale e devono motivare, in fatto e in diritto, il provvedimento di espulsione.

Tale condizione fondamentale è stata in particolare prevista dagli accordi internazionali, in relazione all'allontanamento degli stranieri regolarmente soggiornanti⁹. Tuttavia, è corretto ritenere che essa corrisponda a un principio generale di diritto internazionale e sia pertanto applicabile a qualsiasi provvedimento di espulsione adottato nei confronti di uno straniero, a prescindere dalla situazione di legalità o illegalità del soggiorno¹⁰. Anche gli stranieri in condizione di soggiorno irregolare sono pertanto tutelati dagli standard generali relativi al divieto dell'abuso del diritto, al principio di buona fede e al divieto di arbitrarietà.

Un altro limite fondamentale all'esercizio della sovranità degli Stati, affermatosi nel corso del XIX secolo, discende dal divieto di respingimento (“*refoulement*”) previsto dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951¹¹ e dal Protocollo del 31 gennaio 1967 sullo *status*

p. 3; l'art. 31, par. 2, della *Convenzione sullo statuto degli apolidi*, New York, 28 settembre 1954, Nazioni Unite, *Recueil des Traités*, vol. 360, n. 5158, p. 117; e, a livello regionale, l'art. 1, § 1, del Protocollo n. 7, CEDU, Strasburgo, 22 novembre 1984.

⁹ I limiti all'espulsione previsti dall'art. 13 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, ad esempio, si riferiscono soltanto allo «straniero che si trovi *legalmente* nel territorio di uno Stato parte del presente Patto» (corsivo aggiunto). Analogamente, l'art. 1, del Protocollo n. 7, CEDU stabilisce che «1. Uno straniero *regolarmente residente* sul territorio di uno Stato non può essere espulso, se non in esecuzione di una decisione presa conformemente alla legge e deve poter: (a) far valere le ragioni che si oppongono alla sua espulsione; (b) far esaminare il suo caso; e (c) farsi rappresentare a tali fini davanti all'autorità competente o a una o più persone designate da tale autorità. 2. Uno straniero può essere espulso prima dell'esercizio dei diritti enunciati al paragrafo 1 a, b e c del presente articolo, qualora tale espulsione sia necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale» (corsivo aggiunto).

¹⁰ V. in tal senso *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries, 2014*, adottato dalla Commissione di diritto internazionale nel corso della sessantesima sessione e presentato all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (A/69/10), disponibile *online*, p. 8.

¹¹ *Convenzione sullo statuto dei rifugiati*, Ginevra, 28 luglio 1951, Nazioni Unite, *Recueil des Traités*, vol. 189, n. 2545, p. 50.

dei rifugiati¹². Tale convenzione vieta di espellere o respingere in qualsiasi modo un rifugiato verso Stati dove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o delle sue opinioni politiche (art. 33, par. 1). Il divieto in questione si è sviluppato nell'ambito del diritto dei rifugiati, per poi diventare parte del diritto dei diritti umani, a seguito del recepimento in convenzioni internazionali che lo regolano direttamente o indirettamente¹³. Sul principio di *non refoulement* torneremo nel prosieguo della trattazione¹⁴.

Negli ultimi decenni, un impatto rilevante sul potere di espulsione degli stranieri si è avuto per effetto dello sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani. In ambito europeo, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (nel prosieguo, la «CEDU») e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (nel prosieguo, la «Corte EDU» o la «Corte di Strasburgo») hanno contribuito in maniera determinante a tale sviluppo. Le pronunce della Corte di Strasburgo hanno elaborato criteri di garanzia dei diritti fondamentali, che sono divenuti un parametro di riferimento a livello continentale e, in alcuni casi, anche a livello universale.

Oltre alle più generali limitazioni riconducibili al divieto di discriminazioni¹⁵, in ambito internazionale e nello specifico contesto della

¹² *Protocollo sullo statuto dei rifugiati*, New York, 31 gennaio 1967, Nazioni Unite, *Recueil des Traités*, vol. 606, n. 8791, p. 267.

¹³ V., in tal senso, A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 209.

¹⁴ V. *infra* par. 3 del presente cap.

¹⁵ A tal riguardo, v. U. VILLANI, *Linee di tendenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, in F. MARCELLI (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza universale*, Napoli, 2013, p. 273, il quale sottolinea che «un carattere essenziale che identifica i diritti umani fondamentali è la loro universalità, intesa sia in senso oggettivo – tali diritti, cioè, devono essere rispettati da ogni Stato e in ogni Stato – sia in senso soggettivo – in quanto essi sono riconosciuti a ogni essere umano come tale, indipendentemente dalle sue qualità personali. Sotto questo profilo, in particolare, sia le legislazioni statali (più spesso a li-

CEDU una crescente attenzione è stata riservata ai diritti procedurali che spettano allo straniero nello Stato che intende effettuare l'espulsione, nonché ai rischi di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, ai quali il migrante sarebbe esposto nel Paese di rinvio. Anche i limiti alla possibilità di detenzione del migrante sono stati oggetto di numerose pronunce della Corte EDU, che hanno elaborato vincoli vieppiù stringenti all'esercizio della sovranità statale.

2. *Il divieto di espulsioni collettive: l'esigenza di un esame ragionevole e obiettivo della posizione dello straniero da espellere*

Il divieto di espulsioni collettive di stranieri è previsto da numerosi accordi internazionali relativi ai diritti dell'uomo.

A livello universale, può essere citata la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, del 18 dicembre 1990¹⁶, la quale all'art. 22, par. 1, stabilisce che «i lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie non possono essere oggetto di una espulsione collettiva» e che «qualunque caso di espulsione deve essere esaminato e interpretato su base individuale». A livello regionale, vanno ricordati l'art. 22, par. 9, della Convenzione americana sui diritti umani¹⁷, l'art. 12, par. 5, della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli¹⁸ e l'art. 26,

vello costituzionale) che la normativa internazionale vietano ogni distinzione nel godimento dei diritti umani, in particolare quelle fondate sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, la ricchezza, la nascita o altra condizione (in questo senso, l'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 10 dicembre 1948)».

¹⁶ *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie*, New York, 18 dicembre 1990, Nazioni Unite, *Recueil des Traités*, vol. 2220, n. 39481, p. 3.

¹⁷ *Convenzione americana sui diritti umani*, San José, 22 novembre 1969, Nazioni Unite, *Recueil des Traités*, vol. 1144, n. 17955, p. 182.

¹⁸ *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, Nairobi, 27 giugno 1981, Nazioni Unite, *Recueil des Traités*, vol. 1520, n. 26363, p. 268.

par. 2, ultima fr., della Carta araba dei diritti dell'uomo¹⁹⁻²⁰.

Com'è noto, in ambito europeo, il divieto di espulsioni collettive di stranieri è previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU, firmato a Strasburgo il 16 settembre 1963.

Questa disposizione ha assunto una grande importanza. Essa rappresenta la prima clausola internazionale di natura pattizia, in cui tale garanzia è stata riconosciuta. Inoltre, la norma contenuta nel Protocollo n. 4 e la relativa giurisprudenza hanno contribuito alla formazione di una corrispondente regola di diritto internazionale generale²¹. In effetti, benché non numerose, le pronunce della Corte EDU (e, in precedenza, della Commissione europea per i diritti dell'uomo) contengono

¹⁹ *Carta araba dei diritti dell'uomo*, adottata il 15 settembre 1994 con risoluzione n. 5437 dal Consiglio della Lega degli Stati Arabi (Lega Araba), come emendata in occasione del Summit della Lega Araba del 22-23 maggio 2004.

²⁰ In dottrina, sul divieto di espulsioni collettive v. M. DEN HEIJER, *Reflexions on refoulement and collective expulsion in the Hirsi case*, in *Int. Jour. Ref. Law*, 2013, p. 265; M.R. MAURO, *Il divieto di espulsioni collettive dei migranti irregolari: i casi Hirsi e Khlaifia*, in A. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 461; A. SACCUCCI, *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive "alla prova" delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Riv. Dir. Int.*, 2017, p. 552.

²¹ V., in tal senso, C. FAVILLI, *Commento dell'art. 4, Protocollo n. 4, CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, Padova, 2012, p. 867. L'A. osserva che la formulazione del divieto di espulsioni collettive di stranieri contenuto nell'art. 4, Protocollo n. 4, CEDU «ha contribuito alla formazione di corrispondenti regole di diritto internazionale generale, come si evince dai lavori preparatori della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, relativamente al tema dell'espulsione degli stranieri». Nel senso che il divieto di espulsioni collettive abbia acquisito portata generale v. anche J.M. HENCKAERTS, *Mass expulsion in modern international law and practice*, The Hague, 1995, p. 45 ss. V. anche L. ALENI, *La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2016, p. 585, spec. p. 600, dove viene sottolineato che «in alcuni casi, poi, le espulsioni di massa possono giungere a costituire violazioni dello *ius cogens*; ciò avviene quando, in base allo specifico intento ed al gruppo di persone nei confronti delle quali sono imposte, esse violino il divieto di discriminazione razziale o rappresentino una forma di genocidio».