



Data di pubblicazione: 19 giugno 2015

## La tutela del migrante nella giurisprudenza delle Alte Corti Europee\*

Stefania Perez\*\*

La tutela dei diritti umani del migrante, nel diritto internazionale, è un tema di non facile ricostruzione per il giurista del settore, il quale si trova spesso di fronte ad un sistema basato su tipologie di fonti estremamente frammentate.

Nell'attuale quadro internazionale, europeo e nazionale, il problema è sorto ogni qual volta si sia cercato di ridefinire, attraverso precise categorie giuridiche, i diversi tipi di flussi migratori e le conseguenze gravanti sugli Stati ospitanti<sup>1</sup>.

In primo luogo, la tutela internazionale dei diritti dell'uomo, trova il suo archetipo nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948 a tutela dei diritti umani, che all'art. 13, par. 2 sancisce *il diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio e all'art. 14 il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni*<sup>2</sup>.

Si tratta del primo tentativo, da parte della Comunità internazionale, sia pure a livello di *soft law*, attraverso il quale si è cercato di comprimere la portata

---

\* Il presente contributo fa parte degli atti della conferenza di lancio "Rosarno.... e poi? Intervento volto a sostenere l'uscita da situazioni di sfruttamento lavorativo e a favorire l'integrazione delle vittime", svoltosi in data 12 Settembre 2013, presso l'Università Federico II di Napoli in collaborazione con il Consiglio Italiano per i rifugiati (CIR).

\*\* Dottore di ricerca in diritto internazionale e assegnista per l'A.A. 2012/2013 del corso integrativo di Diritto delle Organizzazioni Internazionali, presso il Dipartimento di Economia e Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

<sup>1</sup> B. NASCIBENE, *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale, in Le Migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno, a cura di Umberto Leanza, (Atti del IX Convegno SIDI), Napoli, 17-18 Giugno 2004.*

<sup>2</sup> Si tratta in fondo del diritto fondamentale ad abitare la terra, casa comune di tutti i membri della famiglia umana. La libertà di movimento è condizione indispensabile per il libero sviluppo della persona. Il movimento, evidentemente, non è inteso soltanto in funzione di turismo o di studio e di ricerca scientifica. Sempre più numerosi sono coloro che si muovono per emigrare e stabilirsi in altri Paesi. Così A. PAPISCA, *Commento all'art. 13 della Dichiarazione Universale dei diritti umani, Archivio Pace diritti umani, Padova, 2009.*

dell'operatività della norma di carattere generale riguardante la piena libertà degli Stati di non ammettere stranieri sul proprio territorio<sup>3</sup>.

Con l'affermazione di un tale limite, si è verificata l'erosione del c.d. dominio riservato dello Stato, con cui si indica quella parte di esclusiva sovranità statale rispetto alla quale lo Stato può ritenersi libero dal rispettare qualsiasi obbligo consuetudinario o pattizio che sia<sup>4</sup>.

Veri e propri vincoli sono stati poi imposti agli Stati a seguito dell'adozione di un atto convenzionale quale la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la CEDU), adottata a Roma nel 1950 ed entrata in vigore sul piano internazionale il 3 Settembre del 1953<sup>5</sup>.

La CEDU, pur non tutelando direttamente il soggetto migrante, garantisce un'adeguata protezione a quest'ultimo attraverso un'intensa attività giurisprudenziale da parte dei giudici di Strasburgo, configurandosi una protezione c.d. indiretta.

Sotto diversi profili, il trattamento che uno Stato riserva ai migranti potrebbe integrare una violazione di uno dei diritti tutelati dalla CEDU: si pensi in particolare all'art. 8 relativo *al rispetto della vita privata e familiare*, in base al quale è stata giustificata l'esigenza di disciplinare sotto vari aspetti le problematiche legate al ricongiungimento familiare; oppure al *divieto della tortura*, di cui all' art. 3, utilizzato nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (in prosieguo: Corte EDU), per scongiurare il rischio di trattamenti inumani o degradanti nei paesi di accoglienza<sup>6</sup>.

In quest'ultimo caso ci si trova di fronte ad un norma inderogabile, dal momento che non è suscettibile in alcun modo di restrizione per qualsiasi ordine di esigenze, di modo che la stessa viene spesso invocata quando si concretizza un rischio reale che nel paese di destinazione il migrante possa essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti<sup>7</sup>.

La Corte EDU ha sottolineato come un tale rischio escluda del tutto la possibilità che lo Stato possa giustificare simili provvedimenti adducendo motivi legati all'ordine pubblico: per la Corte, infatti, misure del genere, non potrebbero assumere rilevanza alcuna nel caso in cui si compromettano i valori protetti dalla Convenzione<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> G. GAJA, *Introduzione ai lavori: Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in *Le Migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno*, a cura di Umberto Leanza, (Atti del IX Convegno SIDI), Napoli, 17-18 Giugno 2004.

<sup>4</sup> Si tratta del concetto di *domestic jurisdiction*. Per approfondimenti si veda B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, p. 195.

<sup>5</sup> La CEDU è considerata la pietra miliare nel riconoscimento dei diritti umani da parte della Comunità internazionale.

<sup>6</sup> Si veda la sentenza della Corte EDU del 20 Marzo 1991, *Varas c. Svezia*.

<sup>7</sup> Si veda la sentenza della Corte EDU del 7 Luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*.

<sup>8</sup> Sul tema la sentenza della Corte EDU del 17 Dicembre 1996, *Ahmed c. Austria*.

Come accennato precedentemente, i giudici di Strasburgo hanno concentrato la loro attenzione sull'applicazione dell'art. 8 che garantisce il "rispetto della vita privata e familiare", introducendo efficaci limiti al potere dello Stato di espellere, allontanare e respingere lo straniero<sup>9</sup>.

Tali ingerenze statali possono essere giustificate solo in presenza di un bisogno sociale imperioso e proporzionato allo scopo legittimo perseguito<sup>10</sup>.

E' stato perfino teorizzato dalla Corte un nuovo concetto di nazionalità, quello della c.d. *nazionalità sostanziale*, intesa come "il diritto fondamentale di un individuo a risiedere in un paese del quale non possiede la nazionalità ma nel quale sono presenti tutti i legami e gli interessi riconducibili alla nozione di rispetto della vita privata e familiare"<sup>11</sup>, in particolare con riferimento agli immigrati di seconda generazione, rispetto ai quali si è sempre resa necessaria la definizione di una nazionalità "che non sia solo il freddo riflesso di uno *status* giuridico, avulso dalla realtà personale e sociale dell'individuo e della società nella quale opera", ma che tenga conto della situazione effettiva, vissuta dal migrante<sup>12</sup>.

Come già affermato all'inizio della trattazione, "secondo un principio di diritto internazionale consolidato, gli Stati hanno il diritto, senza pregiudizio per gli impegni che ad essi derivano dai trattati, di controllare l'ingresso degli stranieri sul proprio territorio"<sup>13</sup>, ritenendosi necessario peraltro valutare i diversi elementi delle situazioni concrete nonché l'interesse generale per "determinare l'ampiezza degli obblighi dello Stato" al fine di consentire l'esercizio di un diritto tutelato dalla CEDU quale il ricongiungimento familiare<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Sul punto F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1992, p. 470 ss. Si veda inoltre, G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, p. 165 ss.

<sup>10</sup> Tale prassi è stata seguita nel caso *Beldjoudi* (cittadino algerino nato in Francia e coniugato con una cittadina francese) e nel caso *Nasri c. Francia* del 13 Luglio 1995 (cittadino algerino arrivato in Francia all'età di cinque anni), confermando l'impressione che la Corte EDU dia molta rilevanza al fatto che lo straniero risieda da lungo tempo nel Paese ospitante, dove si è trasferito da bambino o addirittura è nato, e dove ha frequentato le scuole e lavorato.

<sup>11</sup> Sul punto si veda l'opera di M. DE SALVIA, *Nazionalità in senso formale e nazionalità in senso sostanziale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Internazionale dei diritti dell'uomo*, 1995, p. 21 ss.

<sup>12</sup> Sul tema la sentenza della Corte EDU del 24 Aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*.

<sup>13</sup> Sul punto la nota pronuncia della Corte EDU *Gül c. Svizzera*, del 19 Febbraio 1996.

<sup>14</sup> Sul tema ampia dottrina: W. KÄLIN, *Limits to expulsion under International Covenant on Civil and Political Rights*, p. 143 ss. in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003. Si consulti anche A. LIGUORI, *Il diritto all'unità familiare e le garanzie procedurali avverso l'espulsione*, p.159-180, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di.), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2009.

Può dunque affermarsi che non incombe sugli Stati un obbligo di accettare e di far entrare nel proprio territorio il soggetto migrante, né può dirsi, nonostante la tutela accordata dal diritto umanitario, esistente nel diritto internazionale un principio generale che stabilisca in favore dei migranti il diritto ad essere accettati in uno Stato diverso dal proprio.

L'art. 2, al par. 2 del Protocollo n. 4<sup>15</sup>, aggiuntivo alla CEDU, stabilisce poi che ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio, con ciò configurandosi il diritto di emigrare, di scegliere un nuovo Stato rispetto a quello di origine<sup>16</sup>.

Il diritto di emigrare, tuttavia, potrebbe essere vanificato dall'assenza di un corrispondente diritto ad immigrare, visto che il migrante potrebbe non trovare uno Stato disposto a concedergli l'ingresso nel proprio territorio<sup>17</sup>.

Si evince, giocoforza, come i limiti esistenti al diritto dello Stato di non ammettere lo straniero nel proprio territorio, possano essere rintracciati soltanto negli atti convenzionali posti a salvaguardia dei diritti dell'uomo e sempre bilanciando tali possibili violazioni dei diritti umani con l'interesse del paese ospitante di garantire la propria sicurezza interna e l'ordine pubblico.

Dall'analisi appena tracciata si deduce come la CEDU non protegga in modo diretto i diritti che riguardano l'ingresso, il soggiorno, il c.d. asilo territoriale<sup>18</sup>, l'espulsione o l'extradizione, bensì indirettamente, *par ricochet*, presentandosi, in questo modo, come "uno strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo"<sup>19</sup>.

Ad integrare la tutela dei diritti del migrante, assicurata dalla CEDU, giocano un ruolo fondamentale alcune disposizioni contenute nei Protocolli aggiuntivi, come l'art. 4 del Protocollo n. 4 che fissa il divieto delle "espulsioni collettive di stranieri".

---

<sup>15</sup> Il protocollo è stato firmato nel 1963 ed è entrato in vigore il 2 Maggio 1968.

<sup>16</sup> Si veda S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Commento all'art. 4 del Protocollo n. 4, Padova, 2012, p. 860 ss.

<sup>17</sup> Sul punto, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Atti del Convegno (AIC)*, Cagliari, 2009.

<sup>18</sup> Nel diritto internazionale si distinguono due forme di diritto di asilo: l'asilo territoriale, che viene accordato da uno Stato sul proprio territorio per la protezione della vita e della libertà personale e l'asilo diplomatico, consistente nella tutela accordata da uno Stato al di fuori del proprio territorio nelle sedi delle proprie rappresentanze diplomatiche estere, ambasciate o consolati.

<sup>19</sup> B. NASCIMBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002. Si veda inoltre: G. CATALDI, *Espulsione degli stranieri e protezione della vita familiare nella prassi degli organi internazionali di controllo sui diritti umani*, p. 135-158, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2009.

Per “espulsione collettiva” si intende ogni misura adottata dall’autorità competente volta a costringere un gruppo di stranieri a lasciare un determinato paese, fatta eccezione nel caso in cui tale misura sia presa al termine di un esame ragionevole ed oggettivo della situazione di specie<sup>20</sup>.

La formulazione di tali diritti ha per giunta contribuito alla formazione di corrispondenti norme di diritto internazionale, in tal modo integrandosi quel processo di sviluppo progressivo che ha portato all’affermazione di ulteriori norme di diritto consuetudinario in materia<sup>21</sup>.

Vengono inoltre inclusi nella nozione di espulsione anche i respingimenti alla frontiera ed in particolare l’allontanamento avvenuto attraverso un comportamento materiale dello Stato e non soltanto quelli posti in essere con regolare provvedimento amministrativo, così come la Corte ha espressamente affermato nell’applicazione dell’art. 1 del Protocollo n. 7<sup>22</sup>.

Bisogna inoltre ricordare che proprio l’art. 1 del suddetto Protocollo, stabilisce una serie di garanzie procedurali riconosciute allo straniero colpito da un decreto di espulsione.

Come recita la norma, infatti: “Uno straniero legalmente residente nel territorio di uno Stato non ne può essere espulso, se non a seguito di un provvedimento adottato ai sensi di legge...”; in questo modo affermando che il riferimento alla situazione di regolarità in cui deve trovarsi il soggetto, visto che essa si applica agli stranieri regolarmente residenti, porta ad escludere che la norma in questione possa applicarsi a coloro che si trovino all’ingresso dello Stato di destinazione, a coloro ammessi a transitare in uno Stato per un periodo limitato e senza permesso di soggiorno o a coloro in attesa di permesso di soggiorno<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Tale definizione è stata fornita dalla Corte EDU a margine del ricorso *Becker c. Danimarca*, riguardante un gruppo di centonovantanove sudvietnamiti che il governo danese voleva rimpatriare. Nel caso di specie fu esclusa l’ipotesi di espulsione collettiva. Si veda la sentenza della Corte EDU del 3 Ottobre 1975, *Becker c. Danimarca*. All’epoca della firma del Protocollo, non si considerò opportuno intervenire anche in materia di espulsione individuale degli stranieri, fattispecie ritenuta di esclusiva competenza dello Stato ospitante. Su questo tema si veda S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Commento all’art. 4 del Protocollo n. 4, op. cit., p. 866 ss.

<sup>21</sup> Ciò si evince dai lavori preparatori della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, relativamente al tema dell’espulsione degli stranieri in *International Law Commission, Analytical guide*, [http://un.treaty.un.org/ilc/guide/9\\_12.htm](http://un.treaty.un.org/ilc/guide/9_12.htm). Si veda, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit, p. 867.

<sup>22</sup> Per un’analisi approfondita sul tema, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., *Commenti all’art. 4 del Prot. n. 4 e all’art. 1 del Prot. n. 7*, p. 869 ss.

<sup>23</sup> Sul tema F. PEDRAZZI, *Convenzione europea e Protocollo n. 7*, op. cit. Le garanzie previste dall’art. 1 del Protocollo n. 7 vanno a sommarsi e a rafforzare quelle dell’art. 5 della CEDU.

Il quadro degli strumenti convenzionali esistenti a tutela dei diritti umani dei migranti viene completato dalla Convenzione sullo *status* dei rifugiati, adottata a Ginevra il 28 Luglio del 1951, grazie alla quale ha cominciato ad operare l'Alto Commissariato per i rifugiati, UNHCR (*United Nations High Commissioner for Refugees*)<sup>24</sup>.

In base al mandato assegnatogli dalle Nazioni Unite, l'UNHCR ha il compito di fornire e coordinare la protezione internazionale e l'assistenza materiale ai rifugiati, con lo scopo di ricercare soluzioni durevoli rispetto alla condizione in cui tali soggetti versano, attraverso attività quali la registrazione dei rifugiati, la consulenza per la documentazione, la raccolta di dati anagrafici e biografici dei richiedenti asilo, la localizzazione sul territorio ed ogni misura atta a fornire loro la protezione di cui necessitano.

La Convenzione di Ginevra sui rifugiati garantisce un'ampia tutela ai migranti che vogliano richiedere lo *status* di rifugiato, a seconda della propria situazione personale, della regolarità del loro ingresso o in ragione dei motivi che li hanno spinti a lasciare il proprio Paese.

Il sistema previsto dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati va inoltre interpretato alla luce di una ricostruzione sistematica nell'ambito del diritto consuetudinario umanitario già esistente in materia.

Scendendo nell'analisi dei principi posti dalla citata Convenzione, va subito rilevato come l'art 33<sup>25</sup> stabilisca un divieto assoluto per gli Stati di espellere o respingere i rifugiati e i richiedenti asilo verso paesi in cui la loro vita venga minacciata per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale o per la loro opinione politica.

---

Ai sensi di questa disposizione, lo straniero detenuto per aver tentato di entrare irregolarmente nel territorio di uno Stato, o verso il quale sia in corso un procedimento di espulsione (art. 5, lett. f) "deve essere tradotto al più presto dinanzi ad un giudice o ad un altro magistrato autorizzato dalla legge (...) e ha diritto di essere giudicato entro un termine ragionevole o di essere messo in libertà durante la procedura" (punto 3). Inoltre, egli ha il diritto di presentare ricorso ad un tribunale "affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione" (punto 4).

<sup>24</sup> Con il comparire di nuovi gruppi di rifugiati, si è rivelato sempre più necessario estendere le disposizioni della Convenzione. A tale scopo un Protocollo relativo allo *status* dei rifugiati è stato elaborato e presentato all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966 e adottato con la Risoluzione 2198 (XXI) del 16 dicembre 1966. Nell'aderire al Protocollo, gli Stati si impegnano ad applicare le disposizioni di fondo della Convenzione del 1951 a tutti i rifugiati ai quali si applica la definizione del termine "rifugiato", ma senza limite di data.

<sup>25</sup> Art. 33, par. 1 della Convenzione Onu sullo *status* dei rifugiati: "Nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche."

L'articolo in parola codifica il c.d. principio di *non-refoulement*, che viene riaffermato in diversi strumenti del diritto internazionale umanitario: si pensi, ad esempio, alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura o i trattamenti inumani e degradanti<sup>26</sup>, che vieta di rinviare qualsiasi soggetto verso un Paese dove risulterebbe esposto a simili rischi o anche alla stessa CEDU, dove all'art. 3 viene sancito il divieto della tortura, in base al quale è stato molte volte ricostruito nella giurisprudenza il principio che vieta l'estradizione, l'espulsione o la deportazione.

Il divieto di *refoulement* quale espressione di un principio di diritto umanitario, è ormai ritenuto una norma di diritto consuetudinario, perciò vincolante anche per quegli Stati che non abbiano sottoscritto le convenzioni internazionali che espressamente lo prevedano<sup>27</sup>; non solo, ma il fatto che uno Stato sia obbligato a garantire protezione ai migranti, in fuga da situazioni nelle quali vengano costantemente violati i diritti dell'uomo concretizzandosi il rischio di *gross violations*, permette di ricomprendere tale principio tra le norme di *ius cogens*.

Tuttavia, va sottolineato che mentre il respingimento o *refoulement* impedisce l'ingresso e il soggiorno, l'espulsione vi pone termine, facendo sì che il flusso migratorio assuma le fattezze di reflusso<sup>28</sup>.

Lo stesso principio di *non refoulement* viene previsto anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel 2000, dove all'art. 19 si vietano le espulsioni collettive e si 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.

Va inoltre sottolineato come il divieto in parola sia stato poi ulteriormente rafforzato dal Trattato di Lisbona, attraverso le cui modifiche l'Unione ha implementato le politiche concernenti il diritto di asilo e l'immigrazione<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> La Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 ed è entrata in vigore il 26 giugno 1987. La Convenzione impone agli Stati parte di incorporare il crimine di tortura all'interno della propria legislazione nazionale e di punire gli atti di tortura con pene adeguate; di intraprendere una rapida e imparziale inchiesta su ogni presunto atto di tortura; di assicurare che le dichiarazioni rese sotto tortura non vengano utilizzate come prove durante processi.

<sup>27</sup> Si veda B. NASCIBENE, *Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia e Unione Europea*, Pubblicazioni IAI, 2010.

<sup>28</sup> Si veda B. NASCIBENE, *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, op. cit., p. 83 ss. Si vedano inoltre le opere di U. GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres*, Lausanne, 1758-1759, 1. II, cap. II, par. XIII, par. XV; S. VON PUFENDORF, *De iure natura et gentium libri octo*, 1. III, cap. III, p. 246 ss.

<sup>29</sup>Per un approfondimento sul tema F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012.

Proprio in tema di respingimenti i giudici della Corte Edu hanno avuto modo di pronunciarsi relativamente agli avvenimenti accaduti al largo delle coste di Lampedusa nel 2009<sup>30</sup>, quando hanno avuto inizio le azioni di respingimento da parte delle autorità italiane di migranti provenienti dalla Libia, in attuazione della strategia di controllo dell'immigrazione irregolare via mare, che aveva visto la nascita del trattato italo-libico di partenariato, amicizia e cooperazione del 30 agosto 2008 ed in seguito del Protocollo addizionale firmato il 4 febbraio 2009 in materia di lotta all'immigrazione clandestina.

Venivano così intercettati dalle autorità navali italiane, un gruppo di 24 cittadini, 11 somali e 3 eritrei, che si trovavano nella c.d. zona di responsabilità SAR, (zona di ricerca e salvataggio), di competenza maltese, le quali autorità tuttavia, si rifiutarono di intervenire.

Dopo essere stati respinti anche dalle autorità italiane e riportati verso la Libia, i migranti non vennero neppure identificati ma affidati immediatamente alle autorità pubbliche libiche.

Due di questi ultimi morirono poi nelle carceri libiche in circostanze non ben accertate e i ricorrenti superstiti eccepirono, di fronte alla Corte di Strasburgo, la violazione degli articoli 3 e 13 della Convenzione,<sup>31</sup> relativamente al *divieto di tortura* e al *diritto ad un ricorso effettivo*, oltre alla violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4, relativamente al divieto di espulsioni collettive di stranieri<sup>32</sup>.

Nell'occasione la Corte Edu ha rilevato gli elementi pertinenti di diritto internazionale ed europeo, ricordando che la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951, all'art. 33, sancisce un divieto assoluto di espulsione e di rinvio al confine, secondo il quale nessuno Stato, può espellere o respingere verso i confini territoriali un soggetto la cui vita o la cui libertà potrebbero risultare minacciate per la razza, la religione, la cittadinanza, l'appartenenza a un gruppo sociale o per le sue opinioni politiche.

I giudici inoltre hanno ribadito, in linea con l'Alto Commissariato per i rifugiati, che il principio di *non refoulement* è un principio cardine del diritto umanitario, che non ammette alcun tipo di riserva; un principio che si presenta quale completamento giuridico del diritto di cercare asilo, così come previsto dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Si tratta della sentenza della Corte EDU del 23 Febbraio 2012, *Hirsi e altri c. Italia*.

<sup>31</sup> Si veda B. NASCIMBENE, *Condanna senza appello della "politica dei respingimenti"? La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Hirsi e altri c. Italia*, Documenti IAI, 2012; A. CIERVO, *Il "miglio verde: note a prima lettura alla sentenza Hirsi"*, Dipartimento di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Perugia, 2012.

<sup>32</sup> Si veda sul punto S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., *Commentario al Protocollo n. 4*, p. 869 ss.

<sup>33</sup> "Un principe de protection cardinal (...) ne tolérant aucune réserve. A bien des égards, ce principe est le complément logique du droit de chercher asile reconnu dans la Déclaration



La grande Camera della Corte EDU passa inoltre in rassegna le fonti del diritto europeo in materia, ricordando in particolare la tutela che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea riserva agli immigrati, prevedendo all'art. 19 la protezione in caso di allontanamento, espulsione ed estradizione e vietando le espulsioni collettive verso quegli Stati in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti<sup>34</sup>.

Per i giudici di Strasburgo, chiamati a pronunciarsi sulla violazione degli artt. 3 e 13 della CEDU, è doveroso sottolineare come l'Italia, eseguendo gli obblighi stabiliti con il trattato italo-libico e respingendo quindi i migranti verso le coste della Libia, abbia violato il principio di *non refoulement*, avendo per giunta conoscenza del fatto che in Libia le autorità locali avevano chiuso l'Ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, concretizzandosi costantemente la violazione di detto principio consuetudinario<sup>35</sup>.

Per quanto attiene alla violazione dell'art. 13 della CEDU, la Corte condanna l'Italia poiché i soggetti migranti, venendo respinti, non hanno visto garantito il loro diritto ad un ricorso effettivo e non hanno potuto richiedere asilo politico in Italia; con il respingimento le autorità italiane, infatti, li hanno esposti a un trattamento vietato dalla Convenzione, per cui la violazione è ancora più evidente per il mancato accesso agli ordinari mezzi di ricorso; in caso contrario

---

universelle des droits de l'homme. Ce droit en est venu à être considéré comme une règle de droit international coutumier liant tous les Etats. En outre, le droit international des droits de l'homme a établi le non-refoulement comme un élément fondamental de l'interdiction absolue de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants". Si veda il par. 23 della sentenza della Corte EDU del 23 Febbraio 2012, *Hirsi e altri c. Italia*.

<sup>34</sup> *Ibidem* al par. 28 della sentenza: "La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000): L'article 19 de ladite charte dispose "Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition. Les expulsions collectives sont interdites. 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants."

<sup>35</sup> "La Cour rappelle le principe selon lequel le refoulement indirect d'un étranger laisse intacte la responsabilité de l'Etat contractant, lequel est tenu, conformément à une jurisprudence bien établie, de veiller à ce que l'intéressé ne se trouve pas exposé à un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention en cas de rapatriement (voir, mutatis mutandis, T.I. c. Royaume-Uni (déc.), no 43844/98, CEDH 2000-III, et M.S.S. c. Belgique et Grèce, précité, § 342). Il appartient à l'Etat qui procède au refoulement de s'assurer que le pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter que la personne concernée ne soit expulsée vers son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'elle encourt. La Cour observe que cette obligation est d'autant plus importante lorsque, comme en l'espèce, le pays intermédiaire n'est pas un Etat partie à la Convention<sup>35</sup>. (Par. 146 e 147 della sentenza della Corte EDU)

gli stranieri *refoulés* avrebbero avuto il diritto a un mezzo di ricorso che avrebbe consentito un controllo effettivo su tali misure<sup>36</sup>.

Infine, relativamente alla denunciata violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4, riguardante il divieto di espulsioni collettive di stranieri, la Corte EDU ha applicato per la prima volta l'art. 4 del Protocollo n. 4 al caso di stranieri che non si trovavano sul territorio nazionale, bensì in alto mare, ricorrendo a un'interpretazione estensiva del significato di giurisdizione esercitata dallo Stato, il quale disponendo il *refoulement* degli stranieri ha esercitato la propria giurisdizione sulle persone, assumendosi così la relativa responsabilità per la misura adottata<sup>37</sup>.

La costante applicazione del principio di "*non refoulement*" da parte della giurisprudenza della Corte EDU, in particolare ai casi di respingimento, rappresenta uno dei presupposti essenziali sul quale è necessario che si costruiscano tutte le attuali normative di riforma interne e sovranazionali, che permettano non solo di arginare il problema dei flussi migratori, quanto di implementare le politiche di integrazione dei migranti, al fine di vedere pienamente garantita la tutela dei diritti umani.

---

<sup>36</sup> "Quant à l'argument du Gouvernement selon lequel les requérants auraient dû se prévaloir de la possibilité de saisir le juge pénal italien une fois arrivés en Libye, la Cour ne peut que constater que, même si une telle voie de recours est accessible en pratique, un recours pénal diligenté à l'encontre des militaires qui se trouvaient à bord des navires de l'armée ne remplit manifestement pas les exigences de l'article 13 de la Convention, dans la mesure où il ne satisfait pas au critère de l'effet suspensif consacré par l'arrêt *Čonka*, précité. La Cour rappelle que l'exigence, découlant de l'article 13, de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse ne peut être envisagée de manière accessoire". (Par. 206 della sentenza) Sul tema, B. NASCIBENE, *Condanna senza appello della "politica dei respingimenti"? La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Hirsi e altri c. Italia*, op. cit.

<sup>37</sup> Così B. NASCIBENE, *Condanna senza appello della "politica dei respingimenti"? La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Hirsi e altri c. Italia*, op. cit. L'autore sostiene infatti che i punti essenziali della pronuncia sono: " (...) a) L'affermazione della responsabilità dell'Italia, anche se le operazioni erano avvenute in acque internazionali. L'extraterritorialità degli eventi non è stata considerata idonea ad escludere la giurisdizione dell'Italia (*ex art. 1 CEDU*). In particolare, la tesi sostenuta dal governo, secondo cui l'Italia non sarebbe stata responsabile per la sorte dei ricorrenti a causa del controllo, qualificato come "minimo", esercitato dalle autorità sugli interessati al momento dei fatti, è rigettata dalla Corte. Essa ha invece ritenuto che, nel periodo compreso tra l'imbarco a bordo delle navi delle forze armate italiane e la consegna alle autorità libiche, i ricorrenti fossero sotto il continuo ed esclusivo controllo (cioè la giurisdizione) *de jure* e *de facto* delle autorità italiane, trovandosi, appunto, su navi italiane con equipaggio italiano. b) I ricorrenti hanno corso il rischio di subire trattamenti disumani e degradanti in Libia e di essere espulsi dalla Libia verso i rispettivi paesi di provenienza, Somalia ed Eritrea, ove è nota la violazione dei diritti fondamentali della persona (situazione confermata dai soggetti intervenuti nel giudizio avanti alla Corte europea)."

Si conferma, in quest'ottica, l'importanza fondamentale della Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951, che ha contribuito, contestualmente alla codificazione dei principi in materia di diritti dei rifugiati e allo sviluppo progressivo del principio relativo al divieto dei respingimenti, bilanciando<sup>38</sup> l'esigenza degli Stati di garantire la sicurezza del territorio da possibili minacce per la collettività con la necessità di assicurare giusti strumenti di integrazione. La rilevanza e l'influenza delle codificazioni internazionali a tutela dei diritti umani dei migranti si riflettono anche nelle garanzie approntate tramite gli strumenti di diritto europeo, dove all'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si prevede, per la prima volta, il diritto di asilo, rinviando ai parametri della Convenzione di Ginevra: "il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra [...] e a norma del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea [...]"<sup>39</sup>.

L'articolo 19 della Carta, invece, prevede il divieto di riportare un soggetto in una situazione in cui esista un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti (principio di non respingimento)<sup>40</sup>.

Da considerarsi, inoltre, l'entrata in vigore il 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, che ha modificato lo *status* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, trasformandola in uno strumento giuridicamente vincolante, cosicché le istituzioni dell'UE e i suoi Stati membri sono tenuti a rispettare la Carta "nell'attuazione del diritto dell'Unione" ai sensi dell'art. 51 della stessa.

I principi fissati dalla Carta, sono da considerarsi, dunque, quali norme dell'ordinamento europeo di rango primario e, come stabilito dal par. 1 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, esse devono essere interpretate in conformità al Capo VII della stessa Carta, tra cui si annovera l'art. 53 che

---

<sup>38</sup> Art. 33, par. 2 della Convenzione Onu sullo *status* dei rifugiati: "La presente disposizione non può tuttavia essere fatta 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.

<sup>39</sup> Art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: "Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea".

<sup>40</sup> Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea codifica il principio di "*non refoulement*", accogliendo quindi il principio consuetudinario anche nel diritto europeo. Utile per la ricognizione delle fonti europee in materia il *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, Consiglio d'Europa, 2013.

subordina l'interpretazione delle suddette norme all'interpretazione delle disposizioni CEDU<sup>41</sup>.

In questo quadro risulta fondamentale analizzare dunque anche i cambiamenti riguardanti la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di immigrazione, la quale si è occupata anch'essa delle questioni concernenti il ricongiungimento familiare<sup>42</sup> di lavoratori migranti, cittadini europei, riguardo ai quali casi ha affermato la necessità di interpretare il regolamento n. 1612/68 sul diritto al ricongiungimento familiare per i lavoratori migranti, in ossequio al principio del rispetto della vita privata e familiare, disciplinato dall'art. 8 della Convenzione CEDU, facendo così proprio l'orientamento seguito da quest'ultima.

Nella maggior parte dei casi, i giudici di Lussemburgo hanno preso in considerazione il "diritto di accesso al lavoro" e il "divieto di trattamenti discriminatori in ambito lavorativo e previdenziale"<sup>43</sup>, riconoscendo il migrante meritevole di tutela soltanto in quanto lavoratore.

Per l'Unione Europea, infatti, l'immigrazione ha da sempre rappresentato un settore tradizionalmente rientrante nella *domestic jurisdiction* degli Stati membri, per cui l'atteggiamento dei giudici di Lussemburgo è sempre stato prudente circa la valutazione di casi riguardanti il riconoscimento di determinati diritti in capo ai migranti.

Tuttavia, si rende necessario ricordare che ai sensi della direttiva europea, n. 2004/83/CE del Consiglio del 29 Aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione a cittadini di Stati terzi della qualifica di rifugiato, l'ordinamento europeo ha fatto propria la tutela garantita al soggetto bisognoso di protezione dalla Convenzione Onu sullo *status* dei rifugiati del 1951<sup>44</sup>, allo scopo di realizzare un regime europeo comune in materia di asilo.

In base alla citata direttiva europea, all'art. 2, lett. c, si stabilisce che: un cittadino di un paese terzo, il quale, per timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non possa o, a causa di tale timore, non voglia avvalersi della protezione di detto paese, può chiedere la *status* di rifugiato, in particolare quando tali atti di

---

<sup>41</sup> Si veda G. SCALESE, *Certezza del diritto e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Atti del convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, 23.04.2010, p. 161.

<sup>42</sup> Sentenza della Corte EDU del 18 maggio 1989, *Commissione c. Germania*.

<sup>43</sup> Si veda sul tema P. PALLARO, *Politiche nazionali dell'immigrazione, diritti dei cittadini extra-comunitari e competenze pregiudiziali della Corte di Giustizia: quale tutela offre il diritto comunitario?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 329 ss.

<sup>44</sup> Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 Aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (GU 2004 L. 304, p. 12).

persecuzione siano sufficientemente gravi e, per loro natura e frequenza, rappresentino una violazione grave dei diritti umani, come stabilito ai sensi dell'art. 9, par. 1 della direttiva.

L'attuale giurisprudenza della Corte ci offre un caso particolarmente significativo e che può rappresentare un concreto passo di estensione della tutela offerta dalla Convenzione di Ginevra e dal diritto europeo ai migranti richiedenti lo *status* di rifugiato.

Il caso<sup>45</sup> trae origine da tre cittadini, rispettivamente della Sierra Leone, dell'Uganda e del Senegal, tutti di orientamento omosessuale che, nel richiedere lo *status* di rifugiato nei Paesi Bassi, sostengono che vi sia il fondato timore di persecuzione a causa del loro orientamento nei propri paesi d'origine, visto che il reato di omosessualità è previsto in tutti e tre gli Stati ed è passibile di pene particolarmente severe, che vanno da semplici sanzioni pecuniarie per arrivare fino all'ergastolo.

Il Consiglio di Stato dei Paesi Bassi, adito in ultimo grado dai ricorrenti presenta così alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale in merito alle richieste dei ricorrenti volte a ottenere la qualifica di rifugiato ai sensi della direttiva; in particolare viene chiesto ai giudici di Lussemburgo se si possa ritenere che i cittadini di paesi terzi che siano omosessuali costituiscano un «*particolare gruppo sociale*» ai sensi del diritto europeo e secondo quali parametri il giudice interno debba valutare che cosa costituisca un atto di persecuzione con riferimento agli atti omosessuali<sup>46</sup>.

Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale<sup>47</sup> riepiloga le fonti esistenti in materia: l'art. 1, par. 2 della Convenzione di Ginevra, che prevede la concessione di *status* di rifugiato a determinate categorie di persone<sup>48</sup>, l'art. 7

---

<sup>45</sup> Sentenza della Corte di Giustizia UE del 7 Novembre 2013, nelle cause riunite da C-199/12 a C-201/12.

<sup>46</sup> Punti 1 e 2 della Sentenza: "Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (GU L 304, pag. 12) (in prosieguo: la «direttiva»), in combinato disposto con l'articolo 9, paragrafo 2, lettera c), della direttiva, nonché del suo articolo 10, paragrafo 1, lettera d). Tali domande sono state presentate nell'ambito delle controversie pendenti, da un lato, nelle cause C-199/12 e C-200/12, tra il Minister voor Immigratie en Asiel (ministro per l'Immigrazione e l'Asilo) (in prosieguo: il «Minister»), e X e Y, cittadini rispettivamente della Sierra Leone e dell'Uganda, e, dall'altro, nella causa C-201/12, tra Z, cittadino del Senegal, e il Minister, in merito al rigetto, da parte di quest'ultimo, delle domande di detti cittadini tese ad ottenere un permesso di soggiorno temporaneo (asilo) nei Paesi Bassi."

<sup>47</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale, Eleanor Sharpston, presentate in data 11 luglio 2013.

<sup>48</sup> La Convenzione si applica a chiunque, per causa di avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951 e nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua

della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riguardante il rispetto della vita privata e familiare, l'art. 21 della stessa che vieta qualsiasi discriminazione fondata, tra l'altro, sulle tendenze sessuali ed infine l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, che stabilisce che siffatti diritti devono essere interpretati in conformità ai corrispondenti diritti garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali<sup>49</sup>. Inoltre si menziona la direttiva europea che ha instaurato un regime di concessione dell'asilo politico in Europa, fondandosi sull'attuazione della Convenzione di Ginevra, che costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati<sup>50</sup>.

Proprio grazie al sistema normativo esistente si evince, dalle conclusioni dell'avvocato generale, che i richiedenti lo *status* di rifugiato, che hanno un orientamento omosessuale costituiscono un particolare gruppo sociale, così come previsto dalla direttiva, la quale indica che persone che condividono una caratteristica simile riguardante il proprio orientamento sessuale possono risultare membri di un determinato gruppo sociale, che potrebbe essere avvertito come "*diverso*" nella società a cui tale gruppo appartiene"<sup>51</sup>.

---

cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi. (Art. 1, par. 2 della Convenzione)

<sup>49</sup> Punto n. 4 delle Conclusioni dell'avvocato generale. Si veda anche la nota n. 5 delle stesse conclusioni: "Diritti corrispondenti sono sanciti, rispettivamente, agli articoli 8 e 14 della CEDU. L'articolo 8 tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare dell'individuo. L'articolo 14 garantisce che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella CEDU deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione."

<sup>50</sup> Punto n. 22 delle Conclusioni: "In primo luogo, si evince da una giurisprudenza consolidata che la direttiva deve essere interpretata alla luce del suo impianto sistematico e della sua finalità, nel rispetto della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati pertinenti di cui al suo fondamento giuridico (articolo 78, paragrafo 1, TFUE). Come emerge dal suo considerando 10, la direttiva deve anche essere interpretata nel rispetto dei diritti riconosciuti dalla Carta."

<sup>51</sup> Punto n. 33 delle Conclusioni: "In primo luogo, si evince da una giurisprudenza consolidata che la direttiva deve essere interpretata alla luce del suo impianto sistematico e della sua finalità, nel rispetto della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati pertinenti di cui al suo fondamento giuridico (articolo 78, paragrafo 1, TFUE) (16). Come emerge dal suo considerando 10, la direttiva deve anche essere interpretata nel rispetto dei diritti riconosciuti dalla Carta." Punto n. 34. "L'articolo 10, paragrafo 1, lettera d), inizia con l'espressione «si considera che un gruppo costituisce un particolare gruppo sociale in particolare (...)», immediatamente seguita da due commi (il primo contenente tre opzioni

Inoltre, il fatto della qualificazione di reato per l'orientamento omosessuale non costituisce di per sé un atto di persecuzione dello Stato di appartenenza ai sensi della direttiva e della Convenzione di Ginevra, visto che la valutazione in merito alla qualificazione della fattispecie criminosa permane sempre e comunque in capo al giudice nazionale; piuttosto ciò che il giudice interno deve valutare è se tali misure sanzionatorie risultino particolarmente gravi, per natura e frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani, così da incidere sulla scelta del cittadino di migrare e richiedere lo *status* di rifugiato<sup>52</sup> nel paese ospitante.

La Corte afferma, dunque, con la pronuncia del 7 Novembre 2013, che i richiedenti asilo, omosessuali, possano configurare un particolare gruppo sociale e vedersi riconoscere lo *status* di rifugiato se, nel proprio paese d'origine sono esposti al rischio di persecuzioni a causa del loro orientamento sessuale, ai sensi dell'art. 13 della direttiva; inoltre l'esistenza nell'ordinamento interno di una pena detentiva per atti omosessuali qualificati come reato può di per sé costituire un atto di persecuzione purché tale pena trovi effettivamente applicazione ed il cui apprezzamento è lasciato al giudice interno<sup>53</sup>.

---

separate dalla congiunzione «o»). I commi sono legati dalla congiunzione «e», ad indicare che essi impongono condizioni cumulative che devono essere soddisfatte. Tuttavia, il testo continua enunciando (espressamente) che, «[i]n funzione delle circostanze nel paese d'origine, un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale (...)».

<sup>52</sup> Punto n. 50 delle conclusioni: “Di conseguenza, ritengo che si debba rispondere alla terza questione sollevata dal giudice del rinvio nel senso che il fatto di qualificare come reato un determinato atto non costituisce di per sé un atto di persecuzione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva. Spetta invece alle autorità nazionali competenti valutare, alla luce delle circostanze rilevanti nel paese di origine del richiedente, segnatamente (i) del rischio e della frequenza della persecuzione, (ii) in caso di condanna, della severità della sanzione normalmente inflitta, e (iii) di qualsiasi altra misura e prassi sociale a cui il richiedente può ragionevolmente temere di essere sottoposto, se è probabile che un determinato richiedente venga assoggettato a misure sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, o ad una somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo.”

<sup>53</sup> Punto n. 76 della Sentenza: “Alla luce dei suesposti rilievi, occorre rispondere alla seconda questione, lettere a) e b), sollevata in ciascuno dei tre procedimenti principali, dichiarando che l'articolo 10, paragrafo 1, lettera d), della direttiva, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera c), della medesima, deve essere interpretato nel senso che solo gli atti omosessuali penalmente rilevanti ai sensi del diritto interno degli Stati membri sono esclusi dal suo ambito di applicazione. In sede di valutazione di una domanda diretta ad ottenere lo status di rifugiato, le autorità competenti non possono ragionevolmente attendersi che, per evitare il rischio di persecuzione, il richiedente asilo nasconda la propria omosessualità nel suo paese d'origine o dia prova di riservatezza nell'esprimere il proprio orientamento sessuale.”

Si conferma quindi la forza dell'estensione applicativa della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che lungi dall'essere atti immutabili, si presentano come strumenti vivi, così come ribadito nelle conclusioni dell'avvocato generale e che vanno interpretati alla luce delle condizioni attuali e dei continui sviluppi del diritto internazionale<sup>54</sup>.

Non si dimentichi, infine, che l'Assemblea generale dell'Onu, con la risoluzione n. 45/158 del 1990, ha approvato *la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie*, nella quale si può apprezzare il tentativo di coniugare due diverse finalità della condizione e della protezione dello straniero: *in primis*, quello della sua condizione di lavoratore, impiegato in un paese diverso dal proprio e *in secundis*, quello della sua condizione di persona, che deve godere, quale che sia la cittadinanza o la nazionalità, dei diritti fondamentali assicurati ad ogni uomo.

L'ambito di applicazione è molto vasto visto che le norme disciplinano tutto il processo migratorio, dai preparativi della migrazione, la partenza, il transito, la durata del soggiorno, l'attività remunerata nello Stato di impiego, il ritorno nello Stato di origine o in quello di residenza abituale.

La Convenzione<sup>55</sup>, come altri testi che aspirano a codificare norme che abbiano la più vasta applicabilità soggettiva possibile e che chiedano impegni stringenti da parte degli Stati, soffre di scarsa adesione, essendo il numero delle ratifiche assai limitato e riguardando peraltro paesi di emigrazione o transito, piuttosto che di immigrazione, la cui motivazione va sicuramente rintracciata nel fatto che gli Stati che la ratificano si impegnano nei confronti di tutti i lavoratori e dei membri delle loro famiglie a rispettare tali prerogative, anche se questi ultimi sono cittadini di paesi che non hanno proceduto alla ratifica e anche se versano in condizione di irregolarità o clandestinità.

Si auspica quindi che la costante attività delle corti internazionali costituisca uno strumento determinante per il continuo sviluppo dei principi del diritto consuetudinario posti a tutela del soggetto migrante, in un'ottica di maggiore espansione delle categorie concernenti la tutela dei diritti umani, le cui norme si confermano quali principi irrinunciabili ed universali<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Si veda il punto n. 25 delle Conclusioni e la nota n. 15: "L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (l'UNHCR) ha incluso le persone lesbiche, gay, bisessuali, transessuali e intersessuali nell'ambito delle sue osservazioni scritte e ha usato l'acronimo «LGBTI» per trasmettere un ampio significato all'espressione «orientamento sessuale».

<sup>55</sup> Per un approfondito esame sul tema, si veda: I. PALANDRI, *La Convenzione ONU del 1990 sullo status dei lavoratori migranti quale tentativo di codificare i diritti dei migranti*, in *Immigrazione, diritto e diritti*, 2012, p. 531-541.

<sup>56</sup> Si esamini C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, ma anche L. HENKIN, *Human Rights*, in *Enc. Publ. Int. Law*, Amsterdam, 1995.