

El principio de non refoulement y su aplicación judicial en el marco europeo

1. Considerazioni introduttive.

Il principio di *non refoulement*¹ costituisce un principio cardine del diritto internazionale, la cui importanza si è accresciuta nel corso degli anni di pari passo col progressivo aumento del fenomeno migratorio. Esso rappresenta un soggetto sensibile, riferibile *in primis*, anche se non solo, a coloro che si spostano in cerca di protezione, sollevando profili di rilevanza pratica e teorica². L'operatività di questo principio si pone quale limite stringente nella ricerca di soluzioni alla c.d. crisi dei migranti, che ha investito l'Unione europea negli anni recenti, essendo gli Stati membri tenuti ad accogliere quanti siano riusciti a giungere sul loro territorio e possano essere esposti a rischi rientranti nella portata del divieto, in caso di rinvio verso lo Stato di origine o di provenienza³.

La necessità di conciliare il controllo delle frontiere con i diritti delle persone e nello specifico dei migranti, rappresenta del resto un aspetto sul quale le corti (nazionali e sovranazionali) appaiono alla ricerca di un difficoltoso equilibrio⁴. L'ammissione dello straniero, la legittimità dei limiti statuali e il complesso dei diritti delle persone, sono

¹ Sul principio di *non refoulement* si vedano; tra i molti: E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, "The scope and the principle of non-refoulement: Opinion", in *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, E. KELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (a cura di), Cambridge, 2003, p. 124 ss.; K. WOUTERS, *International legal standards for the protection from refoulement*, 2009, Cambridge; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 3 ss.; F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 721 ss.; V. CHETAİL, *Sources of international migration law*, in B. OPEKIN et al (eds.), *Foundations of international migration law*, Cambridge, 2012, p. 56 ss.; F. MESSINEO, *Non-refoulement obligations in public international law: towards a protection status?*, in S. JUSS (ed.), *The Ashgate research companion to migration law, theory and policy*, Surrey, 2013, p. 129 ss.; G. GOODWIN-GILL, *Non-refoulement, temporary refuge, and the 'new' asylum seekers*, in D. CANTOR, J-F DURIEUX (eds.) *Refugee from inhumanity? War refugees and international humanitarian law*, Leiden, 2014, p. 433 ss.; J. HATHAWAY, M. FOSTER, *The law of refugee status*, 2nd ed. Cambridge, 2014; R. WALLACE, *The principle of non-refoulement in international refugee law*, in V. CHETAİL, C. BAULOZ (eds.), *Research handbook on international law and migration*, Cheltenham, 2014, p. 417 ss.; T. GAMMELTOFT-HANSEN, J. HATHAWAY, *Non-refoulement in a world of cooperative deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, p.235 ss.

² B. NASCIBENE, *Speech*, in *Dialogue between judges*, Proceedings of the Seminar 27 January 2017, *Non-refoulement as a principle of international law and the role of the judiciary in its implementation*, European Court of Human Rights, Strasbourg 2017.

³ Come rileva P. DE BRUYCKER, *Conflict and compromise between law and politics in EU migration and asylum policies*, 22 gennaio 2018, disponibile su: eumigrationalawblog.eu, "The efforts of the EU to contain migration flows from Libya provide an excellent example of a policy designed to avoid as much as possible any legal responsibility before a court. Knowing that contacts with people trying to flee could entail jurisdiction of the European Court of Human Rights and that it is currently impossible to send them to Libya without violating article 3 of the ECHR due to the horrific conditions in that country, the EU and its Member States leave the so-called Libyan coast guards do the job and "save" those persons against their will on their way to the EU".

⁴ M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 41 ss.

questioni risalenti nel tempo, intorno alle quali sono emerse posizioni divergenti, tanto a livello teorico quanto nella pratica dei tribunali, che hanno a loro volta trovato fautori e oppositori tra gli studiosi⁵. In base ad un consolidato principio di diritto internazionale gli Stati sono liberi di controllare l'accesso e il soggiorno degli stranieri nel loro territorio. Quest'affermazione è a tutt'oggi puntualmente ribadita dalla Corte EDU nell'affrontare le questioni afferenti allo statuto dello straniero, ove il ragionamento si dipana dopo la reiterata premessa che ciascuno Stato ha il diritto di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri⁶.

Il controllo delle persone che entrano nel territorio, e quindi il loro allontanamento, sono stati, in effetti, generalmente considerati quale corollario e prerogativa della sovranità statale, sebbene una rilettura degli studiosi del diritto internazionale classico, cui tale assunto viene riferito, lasci emergere una visione meno netta di quella spesso apoditticamente riportata⁷. Alla fine del XIX secolo, nel preambolo delle *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*⁸, si affermava che “pour chaque Etat, 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”. In dottrina, all'inizio del XX sec., alcuni autori affermavano che il rifiuto dello Stato all'ingresso dello straniero non fosse configurabile in termini assoluti, ma legittimamente opponibile a condizione di fondarsi su un titolo ragionevole⁹. Lo stesso preambolo delle citate

⁵ A. VERDROSS, *Règles générales du droit international de la paix*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 30, 1929, p. 438,

⁶ “As a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory”, si veda in particolare *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, sentenza del 28 maggio 1985, Serie A, n. 94, par. 67. Ma il principio trova ampio riconoscimento anche in altri contesti regionali. Si veda ad esempio la Convencion sobre condiciones de los extranjeros, firmata all'Avana il 20 febbraio 1928, che all'art. 1 stabilisce che “Los Estados tienen el derecho de establecer, por medio de leyes, las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en sus territorios”. Nell'ambito regionale africano si veda la comunicazione della Commissione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli n. 159/96, *Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal et Association Malienne des Droits de l'Homme*. Angola, Eleventh Annual Activity Report, 1997–1998, para. 20. Espressioni non dissimili si rinvencono nella Dichiarazione del 1985 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sui diritti umani degli individui che non sono cittadini dello Stato in cui vivono e nella giurisprudenza delle *claim commissions*. Si vedano in, in particolare i riferimenti nel Commentario al progetto di articoli sull'espulsione dello straniero citato *infra*. In dottrina cfr., tra i molti, J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2012, p. 608 “In principle this is a matter of domestic jurisdiction: a state may choose not to admit aliens or may impose conditions on their admission”; M. N. SHAW, *International Law*, Cambridge, 8th Edition, 2017, p. 624 “It is .. unquestioned that a state may legitimately refuse to admit aliens or may accept them subject to certain conditions being fulfilled”.

⁷ V. CHETAIL, *Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel*, in *European Journal of International Law*, 2016, p. 901 ss., il quale rileva che “This intellectual history of hospitality from Vitoria to Vattel provides an alternative story to the prevailing narrative of migration control. Today immigration control is frequently viewed as falling within the domestic jurisdiction of each state. Among the domestic courts of common law countries, this assertion has even become a maxim without any further inquiry into its rationale and justification”, p. 902.

⁸ Adottate dall'Istituto di diritto internazionale il 9 settembre 1892.

⁹ E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1928, p. 46. Anche A. VERDROSS, *Règles concernant l'entrée de l'étranger*, cit., affermava che “no State within the international community claims to have the right to arbitrarily close its frontiers to foreigners. All have, in

Règles, del resto, si richiamava a principi di umanità e giustizia nell'esercizio di tale diritto da parte dello Stato¹⁰. Con specifico riferimento ai rifugiati, les *Règles de droit international* ponevano alcune garanzie minime, seppure di più limitata portata di quella oggi contenuta nella Convenzione di Ginevra, puntualizzando all'art. 16 che "l'expulsé réfugié sur un territoire pour se soustraire à des poursuites au pénal, ne peut être livré, par voie détournée, à l'Etat poursuivant, sans que les conditions posées en matière d'extradition aient été dûment observées".

Il tema dell'allontanamento dello straniero si configura, pertanto, come 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). Il termine allontanamento può essere riferito a diverse situazioni accomunate dalla richiesta rivolta dallo Stato allo straniero, e da attuarsi volontariamente o coattivamente, di lasciare il territorio nazionale, allorché la presenza sia ritenuta contraria agli interessi della comunità statale¹¹. Alcuni profili specifici sono affrontati in diversi strumenti internazionali, mancando una regolamentazione organica di tutti gli aspetti associati a tale istituto. Disposizioni rilevanti si rinvencono a livello universale¹² e regionale¹³.

Ancora oggi gli Stati mantengono un considerevole livello di discrezionalità nell'esercizio del proprio diritto di allontanamento, pur essendosi i limiti evoluti nel corso dei secoli¹⁴. Nel XIX e XX secolo, il diritto di espellere lo straniero era principalmente limitato da *standards* generali relativi al divieto dell'abuso del diritto, al principio di buona fede, al divieto di arbitrarietà e al trattamento degli stranieri. L'emergere e l'affermazione dei diritti umani ha posto limiti significativi alla sovranità statale nel tempo.

Tale sviluppo è confermato anche dal progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri¹⁵, adottato dalla Commissione di diritto internazionale nel corso della sessantaseiesima sessione e presentato all'Assemblea generale, dieci anni dopo l'avvio di un processo di codificazione del tema. All'art. 3 si conferma che l'espulsione dal proprio territorio si caratterizza come diritto inerente allo Stato, derivante direttamente dalla sovranità ("A State has the right to expel an alien from its territory"). Non si qualifica, tuttavia, come diritto assoluto, in quanto deve essere esercitato entro i limiti fissati dalle stesse regole, senza pregiudizio delle norme applicabili del diritto

fact, followed the rule that every denial of admission, to be legitimate from the point of view of the law of nations, must be based on a reasonable title", p. 343.

¹⁰ "L'humanité et la justice obligent les Etats 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"

¹¹ W. KÄLIN, *Aliens, Expulsion and Deportation*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2010.

¹² Cfr. Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (art. 13), Convenzione relativa allo *status* degli apolidi (art. 31), Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati (art. 32), Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (art. 22).

¹³ Cfr., in particolare, la CEDU, con i protocolli addizionali n. 4 e n. 7, la Convenzione americana sui diritti dell'uomo — Patto di San José — e la Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli.

¹⁴ G. GAJA, *Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law*, in CARDONA LLÓRENS (ed.), in *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. III, 1999, 289 ss.

¹⁵ *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries*, 2014, A/CN.4/L.832, di seguito il "Progetto di articoli".

internazionale¹⁶. Tra queste sono espressamente menzionate quelle attinenti ai diritti umani, “justified by the importance that respect for human rights assumes in the context of expulsion, an importance also underlined by the many provisions of the draft articles devoted to various aspects of the protection of the human rights of aliens subject to expulsion”¹⁷.

2. La protezione contro l’allontanamento. Il *principio di non refoulement*.

Tra le garanzie spettanti allo straniero, un posto centrale rivestono quelle relative ai rischi cui questi potrebbe essere esposto in caso di rinvio o respingimento. Sebbene, già nel periodo tra le due guerre mondiali, specifiche cautele si rinvenissero in diversi strumenti internazionali, sancendosi il divieto di rinviare i rifugiati ivi riguardati verso i paesi di origine¹⁸, il principio di non respingimento ha acquisito una valenza più generale, e una formulazione più simile a quella attuale, nell’ambito del diritto internazionale umanitario. All’art. 45 della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949, relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra, si sanciva che “una persona protetta non potrà, in nessun caso, essere trasferita in un paese dove essa può temere di essere perseguitata per le sue opinioni politiche o religiose”¹⁹.

Ma è stato certamente l’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status dei rifugiati ad aver garantito al principio di non respingimento un riconoscimento universale. Agli originari 19 Stati firmatari, se ne progressivamente aggiunsero altri, portando oggi il numero di Stati parte della Convenzione a 145²⁰. In base a tale disposizione, “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”. In questi termini il principio di *non refoulement* può essere inteso come concetto che vieta agli Stati di rinviare un rifugiato o un richiedente asilo in territori in cui vi è il rischio che la sua vita o la sua libertà siano minacciate per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale o opinione politica. Tale divieto non è tuttavia formulato in termini assoluti, essendo tollerate delle eccezioni specificamente previste al par. 2²¹. Nel corso degli anni la portata del principio si è progressivamente ampliata, venendo

¹⁶ Su questi aspetti si veda l’analisi dettagliata contenuta nel *Terzo rapporto sull’espulsione degli stranieri*, predisposto dal Relatore speciale, Maurice Kamto

¹⁷ Si veda il commentario al progetto di articoli, p. 6.

¹⁸ Ad es. la Convenzione relativa allo status dei rifugiati provenienti dalla Germania del 10 febbraio 1938, prevedeva all’art. 5, 3, lett. (a) che “The High Contracting Parties undertake not to reconduct refugees to German territory unless they have been warned and have refused, without just cause, to make the necessary arrangements to proceed to another territory or to take advantage of the arrangements made for them with that object”.

¹⁹ Per una ricostruzione storica si veda T. MOLNAR, *The principle of non-refoulement under international law: Its inception and evolution in a nutshell*

²⁰ UN Treaty collection, dato aggiornato a gennaio 2018, disponibile su: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en

²¹ Tali eccezioni attengono alla sussistenza di seri motivi per considerare il rifugiato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese

riaffermato in diversi strumenti del diritto internazionale²², e ricevendo un più esteso assetto anche grazie al contributo evolutivo della giurisprudenza di Corti e comitati internazionali. In particolare, la sua formulazione nell'ambito dell'art. 3 della Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984 (primo strumento internazionale di tutela dei diritti umani ad includerlo), ne ha ampliato la portata *ratione personae*, rendendolo applicabile, senza eccezioni, anche allo straniero che non si qualifichi come rifugiato, nel caso in cui vi siano seri motivi di ritenere che il suo allontanamento possa comportare il rischio di tortura. Il divieto di *refoulement* ha, più recentemente, trovato accoglimento nel citato progetto di articoli sull'espulsione dello straniero, ove si specifica che nessuno straniero può essere espulso verso uno Stato ove sarebbe esposto a rischi per la propria vita o dove possa essere sottoposto a tortura ovvero a trattamenti crudeli, inumani e degradanti (cfr. artt. 23 e 24). Tale formulazione segna l'approdo di un percorso evolutivo che, partendo da un quadro giuridico a protezione dei rifugiati, impone in termini assoluti il divieto in favore di qualsiasi straniero, per un complesso di situazioni afflittive. Numerosi autori ritengono che il principio di *non refoulement* rivesta oggi carattere di norma consuetudinaria, in virtù della pratica diffusa e dell'*opinio* relativa al carattere di giuridicità che lo accompagna²³, prospettandosi da taluno addirittura l'acquisizione del rango di *jus cogens*²⁴.

Né la Convenzione di Ginevra, né le convenzioni sui diritti umani specificano quali conseguenze, e quale complesso di diritti, derivino nel caso in cui lo straniero non si possa allontanare in applicazione del divieto di *refoulement*. La condizione dello straniero che non può essere allontanato, le modalità di soggiorno e di eventuale accesso al lavoro, rimangono regolate dal diritto nazionale²⁵.

3. Il principio di non refoulement nel quadro europeo. In ambito europeo, il principio di non respingimento ha ricevuto un significativo riconoscimento soprattutto ad opera della Corte EDU la quale, a più riprese, ha interpretato l'art. 3 CEDU, che sancisce il diritto di non essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, come principio che vieta l'extradizione, l'espulsione o la deportazione, il *refoulement* verso

²² Cfr. anche strumenti regionali, art. II, 3, Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa, 1969, art. 22, 8 Convenzione americana sui diritti umani, 1969, e art. III, 5, Dichiarazione di Cartagena, 1984.

²³ A favore, tra gli altri, P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 207, il quale scrive che il carattere consuetudinario del principio è affermato «senza ombra di dubbio»; G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The refugee in international law*, Oxford, 2007, p. 354; R. WALLACE, *The principle of non-refoulement in international refugee law*, in V. CHETAIL, C. BAULOZ (eds.), *Research handbook on international law and migration*, Cheltenham, p. 417 ss. Altri, come J. C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 364; K. HAILBRONNER, *Non refoulement and "humanitarian" refugees: customary international law or wishful legal thinking?*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986, p. 857 ss.; D. KUGELMANN, *Refugees*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, par. 30, disponibile *on line*, si esprimono in termini contrari.

²⁴ C. COSTELLO, M. FOSTER, *Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test*, M. DEN HEIJER, H. VAN DER WILT (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law*, 2015, p. 273 ss. Si vedano anche J. ALLAIN, *The jus cogens Nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss.; A. FARMER, *Non-refoulement and jus cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2008, p. 1 ss.

²⁵ A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e CDFUE dell'Unione europea*, in (a cura di), S. AMADEO, F. SPITALERI, *Le garanzie fondamentali dell'immigrazione in Europa*, Torino, 2015, 209 ss.

Stati in cui la persona correrebbe il rischio di essere sottoposta a trattamenti di tal genere²⁶. La CEDU non contiene alcuna definizione dei trattamenti inumani e degradanti rientranti nel divieto: la portata degli stessi, così come l'intensità e l'impatto sulla vittima, devono essere ricostruiti alla luce della giurisprudenza della Corte che nel corso degli anni ha definito gli elementi del maltrattamento da cui l'individuo è protetto. Il divieto ha trovato applicazione anche nel caso in cui il respingimento o l'allontanamento avvenga verso un Paese definito intermedio, che potrebbe cioè a sua volta rinviare la persona in un territorio in cui sarebbe esposta a tale trattamento²⁷.

Nell'ambito dell'Unione europea, l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali definisce i limiti all'allontanamento dello straniero, fondandosi proprio sulla giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU. In particolare, il par. 2 è strettamente collegato all'art. 4 Carta ("Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti"), che riproduce letteralmente l'art. 3 CEDU. La previsione di un'ulteriore, apposita norma, che codifica e puntualizza l'applicabilità di tale divieto anche all'allontanamento, è stata ritenuta come una chiara presa di posizione dell'Unione europea in merito all'esistenza di un obbligo in tal senso²⁸. Data la formulazione e la sostanziale corrispondenza dei diritti sanciti da tale disposizione con quelli garantiti dalla CEDU, oltre ai criteri specificamente definiti nelle spiegazioni allegate alla Carta, opera senz'altro la previsione di cui all'art. 52(3) della Carta, in virtù del quale in caso di corrispondenza tra i diritti contenuti nella Carta e nella CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione, non essendo in ogni caso preclusa una protezione più estesa nell'ambito del diritto dell'Unione. Per la definizione del contenuto occorre pertanto far riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, che la Corte di Lussemburgo ben potrà interpretare in maniera più favorevole.

Tanto gli artt. 4 e 19, par. 2, Carta, così come l'art. 3 CEDU, sono formulati in termini assoluti, non ammettendo né deroghe, né giustificazioni. Come a più riprese precisato dalla Corte EDU, l'art. 3 CEDU sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche, non prevede limitazioni e non subisce alcuna deroga, anche in

²⁶ A partire dagli anni sessanta la Commissione europea dei diritti dell'uomo, in una serie di casi, cominciò ad ipotizzare che l'art. 3 CEDU potesse assumere rilievo in relazione all'allontanamento dello straniero, pur senza ancora pronunciarsi sul punto. Per una ricostruzione si veda D. S. NANCE, *The Individual Right to Asylum Under Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in *Michigan Yearbook of Legal Studies*, 1982, p. 477 ss. La questione venne affrontata espressamente nel merito nel caso *Soering c. Regno Unito*, sent. 7 luglio 1989, ric. n. 14038/88. Da allora la Corte EDU ha elaborato una significativa giurisprudenza per *ricochet* in merito ai limiti all'allontanamento dello straniero.

²⁷ Si veda, in particolare, il caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, sent. del 23 febbraio 2012 [GC], ric. n. 27765/09, ove la Corte ha ritenuto un dovere, dello Stato che dispone l'allontanamento dello straniero, assicurarsi che il paese intermedio offra garanzie sufficienti ad evitare che il destinatario della misura sia rinvio nel suo paese di origine senza una valutazione dei rischi a cui sarebbe esposto, trattandosi di un obbligo tanto più importante quando, come nel caso di specie, il paese intermedio non è uno Stato parte della CEDU. Ma già in precedenza, nel caso *T.I. c. Regno Unito*, ric. n. 43844/98, dec. 7 marzo 2000, relativo ad un cittadino dello Sri Lanka, la cui domanda di asilo era stata respinta in Germania e nei confronti del quale il Regno Unito, ove il ricorrente aveva presentata un'altra domanda, aveva disposto il trasferimento verso questo paese, in base alla Convenzione di Dublino, la Corte EDU aveva affermato principi simili. La Corte aveva chiarito che l'allontanamento indiretto verso un paese intermedio, peraltro parte della Convenzione, non esime lo Stato che opera il trasferimento dalla propria responsabilità. Si vedano in termini simili anche *Muslim c. Turchia*, sent. 26 aprile 2005, ric. n. 53566/99, §§ 72-76 e *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, sent. 21 gennaio 2011 [GC], ric. n. 30696/09, § 286.

²⁸ E. GUILD, Art. 19 – *Protection in the Event of Removal, Expulsion and Extradition*, in S. PEERS (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights, a commentary*, Oxford, 2014, 545.

caso di un pericolo pubblico che minacci la vita della nazione²⁹. La protezione di cui all'articolo 3 è pertanto più ampia di quella prevista dagli artt. 32 e 33 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1951 sullo *status* dei rifugiati, che come si è detto prevede la possibilità di espellere e respingere un rifugiato per motivi di sicurezza nazionale o ordine pubblico, oppure ove quest'ultimo costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività del paese in cui risiede³⁰. Parimenti essa si configura in termini più ampi rispetto alla protezione offerta dalla convenzione contro la tortura³¹. Né si può operare un bilanciamento tra il rischio di maltrattamenti e i motivi invocati per l'espulsione. Pertanto, i comportamenti delle persone considerate, per quanto siano indesiderabili o pericolosi, non devono essere presi in considerazione³². In termini simili si è espressa anche la Corte di giustizia, la quale riferendosi all'articolo 4 della Carta, ha rammentato che tale proibizione ha carattere assoluto in quanto è strettamente connessa al rispetto della dignità umana, di cui all'articolo 1 della stessa Carta³³. Il carattere assoluto del principio di non respingimento appare condiviso a livello internazionale universale³⁴.

L'art. 19 Carta assume speciale rilievo con riferimento a buona parte delle misure adottate nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), Titolo V, TFUE. In base all'art. 67, par. 2, TFUE l'Unione sviluppa, infatti, una *politica comune* in materia di frontiere, visti, immigrazione e asilo. Lo SLSG deve realizzarsi nel rispetto dei diritti fondamentali (già vincolanti l'Unione europea ai sensi dell'art. 6 TUE), nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri (art. 67, par. 1, TFUE). I diritti fondamentali costituiscono un parametro di legittimità degli atti derivati dell'Unione e un criterio interpretativo o di integrazione del loro contenuto. Essi vincolano anche gli Stati, ma solo se rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea. L'art. 19 Carta costituisce, pertanto, un importante parametro per i molti strumenti che in ambito UE definiscono norme afferenti al contrasto dell'immigrazione irregolare e del traffico di esseri umani, al controllo delle frontiere, nonché per i diversi atti che costituiscono il sistema comune europeo di asilo³⁵.

²⁹ Si vedano ad es. Corte EDU, *Labita c. Italia*, sent. 6 aprile 2000 [GC], ric. n. 26772/95, § 119, e *Ramirez Sanchez c. Francia*, sent. 27 gennaio 2005 [GC], ric. n. 59450/00, § 115.

³⁰ Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, sent. 15 novembre 1996, ric. n. 22414/93.

³¹ E. HAMDAN, *The Principle of Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Leiden-Boston, 2016, p. 102.

³² Corte EDU, *Saadi c. Italia*, sent. 28 febbraio 2008 [GC], ric. n. 37201/06.

³³ Corte di giustizia, *Aranyosi e Căldăraru*, sent. 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, punto 85.

³⁴ In particolare il Comitato per i diritti umani in *Zhakhongir Maksudove e al. c. Kirghizistan* (decisione del 31 luglio 2008, comunicazioni n. 1461/2006, n. 1462/2006, n. 1476/2006 e n. 1477/2006, punto 12.4) ha sostenuto che il suddetto principio “non dovrebbe essere soggetto ad alcun bilanciamento con considerazioni legate alla sicurezza nazionale o all'eventuale comportamento criminoso di cui un individuo sia accusato o sospettato”. In termini similari anche il Comitato contro la Tortura ha affermato il carattere assoluto del divieto di *refoulement*, di cui all'art. 3 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, anche nei casi che coinvolgano la sicurezza nazionale (*Agiza c. Svezia*, dec. 20 maggio 2005, comunicazione n. 233/2003, par. 13.8) e in cui l'individuo rientri nella cause di esclusione di cui all'articolo 1F della Convenzione di Ginevra (*Tapia Paez c. Svezia*, dec. 28 aprile 1997, comunicazione n. 39/1996, par. 14.5).

³⁵ Per un esame dei diversi atti che compongono il sistema comune europeo di asilo si veda V. CHETAIL, F. MAIANI, P. DE BRUYCKER (Eds.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden, 2016.

Il principio di non respingimento e la Convenzione di Ginevra, di cui l'Unione non è parte, ma ne sono parti tutti gli Stati membri, sono richiamati come limiti vincolanti per la politica comune di asilo nel TFUE³⁶. L'art. 78, pur non dotato di effetto diretto, costituisce la base giuridica per l'adozione di atti di diritto derivato in materia di asilo e protezione internazionale. Tale principio ha trovato, pertanto, un riconoscimento in tutti gli atti che compongono il sistema comune europeo di asilo (il divieto di *refoulement* congiuntamente alla Convenzione di Ginevra sono richiamati nel preambolo di tutti gli atti). In particolare le direttive 2013/32/UE³⁷ e 2011/95/UE³⁸ menzionano espressamente l'art. 19 Carta, specificando poi l'applicazione del principio di non respingimento in diverse disposizioni.

Sempre con riferimento allo Spazio LSG, pur non essendo espressamente menzionato nel testo, un richiamo implicito al principio si rinviene nel preambolo della decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, ove si afferma che nessuna persona dovrebbe essere allontanata, espulsa o estradata verso uno Stato allorquando sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti³⁹. In proposito, la Corte ha precisato che l'esecuzione del mandato di arresto europeo non può condurre a un trattamento inumano o degradante della persona interessata. Pertanto, in presenza di elementi che ne attestino un rischio concreto, l'autorità giudiziaria è tenuta ad attenta valutazione, prima di decidere in ordine alla consegna, circa la sussistenza di carenze (sistemiche o generalizzate, che colpiscono determinati gruppi di persone o determinati centri di detenzione) nello Stato membro emittente idonee a far sorgere il suddetto rischio⁴⁰.

4. Il contenuto del divieto.

La Corte EDU ha interpretato l'art. 3 CEDU, come norma che vieta l'allontanamento ogni volta che siano state offerte prove dell'esistenza di fondati motivi per ritenere che un individuo si troverebbe ad affrontare un rischio "reale" di essere sottoposto a un trattamento contrario all'articolo 3 se allontanato verso un dato paese. L'art. 19, par. 2, Carta è formulato in termini, in parte, diversi, dovendo il rischio essere "serio". La sussistenza di tale rischio deve essere esaminata alla luce della situazione generale nel paese di rinvio e delle circostanze specifiche del ricorrente.

Come puntualizzato dal giudice Pinto De Albuquerque nel citato caso *Hirsi*, in virtù della Convenzione europea il divieto di respingimento si applica verso il paese di

³⁶ Ai sensi dell'art. 78, ai sensi del quale "l'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento"

³⁷ G.U.U.E. del 29 giugno 2013, L 180, p. 60.

³⁸ G.U.U.E. del 20 dicembre 2011, L 337, p. 9.

³⁹ GUCE del 18 luglio 2002, L 190, p. 1.

⁴⁰ "Per garantire il rispetto dell'articolo 4 della Carta nel singolo caso della persona oggetto del mandato d'arresto europeo, l'autorità giudiziaria di esecuzione, a fronte di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati comprovanti l'esistenza di siffatte carenze, è tenuta a verificare se, nelle circostanze della fattispecie, sussistano motivi gravi e comprovati di ritenere che, in seguito alla sua consegna allo Stato membro emittente, tale persona corra un rischio concreto di essere sottoposta nello Stato membro di cui trattasi a un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'articolo in parola". Corte di giustizia, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punti 84-94.

origine e verso qualsiasi altro paese dove lo straniero rischi di subire un danno grave provocato da una persona o da una entità, pubblica o privata, identificata o meno. L'atto di respingere può assumere diverse forme e consistere in una espulsione, una estradizione, una deportazione, un allontanamento, un trasferimento ufficioso, una "restituzione", un rigetto, un rifiuto di ammissione o in qualsiasi altra misura il cui risultato sia quello di obbligare la persona interessata a restare nel suo paese di origine. Il rischio di danno grave può derivare da una aggressione estera, da un conflitto armato interno, da una esecuzione extragiudiziaria, da una sparizione forzata, dalla pena capitale, dalla tortura, da un trattamento inumano o degradante, dal lavoro forzato, dalla tratta degli esseri umani, dalla persecuzione, da un processo basato su una legge penale retroattiva o su prove ottenute tramite tortura o trattamenti inumani e degradanti, o da una "flagrante violazione" della essenza di qualsiasi diritto garantito dalla Convenzione nello Stato di accoglienza (respingimento diretto) o dalla ulteriore consegna dell'interessato da parte dello Stato di accoglienza a uno Stato terzo all'interno del quale esiste tale rischio (respingimento indiretto)⁴¹.

Per quanto attiene al contenuto del divieto di cui all'art. 3 CEDU, la giurisprudenza della Corte EDU ha individuato una molteplicità di situazioni in cui tale norma può opporsi al rinvio dello straniero verso un altro paese. La persona può, infatti, essere esposta ad un rischio reale di trattamento inumano e degradante in ragione della sua ritenuta o effettiva appartenenza ad un'organizzazione posta fuori legge nel paese di origine, ad un'organizzazione terroristica, della propria posizione di oppositore al governo, dell'appartenenza ad una minoranza etnica ovvero ad un gruppo religioso. In qualche occasione, seppur limitata, anche il rischio di violenza all'interno della famiglia, è stato considerato idoneo a giustificare l'operatività del divieto. Nel caso *N. c. Svezia*, relativo ad una ricorrente afgana separata dal marito e con una nuova relazione in Svezia, la quale sosteneva che in caso di espulsione verso l'Afghanistan sarebbe stata esposta al rischio di esclusione sociale, lunga detenzione se non addirittura di morte, la corte ritenne sussistente la violazione dell'art. 3. L'analisi sottolineava il rischio di maltrattamenti cui le donne sono esposte in Afghanistan, nel caso di comportamenti percepiti come non conformi ai ruoli di genere attribuiti loro dalla società, dalla tradizione e persino dall'ordinamento giuridico. La Corte rilevava, e riteneva non si potesse ignorare, che, secondo diversi rapporti internazionali, circa l'80% delle donne afgane erano vittime di violenza domestica, atti che le autorità consideravano legittimi e quindi non perseguiti⁴².

Proprio in ragione del carattere assoluto del divieto di cui all'art. 3 CEDU, esso si applica non solo al pericolo che proviene dalle autorità pubbliche, ma anche da parte di persone o gruppi di persone ad esse non riconducibili. È tuttavia necessario dimostrare

⁴¹ Opinione concordante del giudice Pinto de Albuquerque, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, sent. del 23 febbraio 2012 [GC], ric. n. 27765/09.

⁴² Corte EDU, *N. c. Svezia*, sent. del 20 luglio 2010, ric. n. 23505/09. Essa si è espressa in termini simili nel successivo caso *R.D. c. Francia*, sent. del 16 giugno 2016, ric. n. 34648/14, vertente sulla procedura di espulsione verso la Guinea di una ricorrente sposata con un cristiano, la quale aveva sopportato ogni sorta di violente rappresaglie da parte del padre e dei fratelli musulmani in ragione di questa scelta e che sosteneva sarebbe stata nuovamente esposta al rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU nel caso di espulsione verso tale paese. In particolare da rapporti internazionali emergevano, in primo luogo, le gravi violazioni dei diritti umani cui erano esposte le donne in Guinea e, in secondo luogo, che le autorità locali non erano in grado di assicurare la protezione delle donne nella condizione della ricorrente.

che le autorità dello Stato di destinazione non sono in grado di assicurare una protezione adeguata⁴³.

Per stabilire se vi siano motivi sostanziali per ritenere che la persona sia esposta ad un rischio reale, la Corte opera una valutazione della situazione nel paese di destinazione alla luce dei requisiti di cui all'art. 3⁴⁴. Come si è detto, per rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, il maltrattamento a cui il ricorrente ritiene di essere esposto in caso di allontanamento deve raggiungere una soglia minima di gravità. L'apprezzamento di questo minimo è tuttavia relativo, in quanto dipende dall'insieme dei fatti della causa⁴⁵. Spetta, in linea di principio, al ricorrente fornire elementi atti a provare che vi sono motivi sostanziali per ritenere che, in caso di allontanamento, sarebbe esposto al rischio reale di trattamenti contrari all'art. 3⁴⁶. L'esistenza del rischio deve essere valutata principalmente con riferimento a quei fatti che erano noti o avrebbero dovuto essere noti allo Stato contraente al momento dell'espulsione. Detto Stato ha, quindi, l'obbligo di tenere conto non solo delle prove presentate dal richiedente, ma anche di tutti gli altri fatti rilevanti nel caso in esame ed in particolare rapporti internazionali provenienti da organizzazioni affidabili ed indipendenti. Principi condivisi anche dalla Corte di Lussemburgo la quale, con riferimento all'art. 19 (2) Carta, ricollegandosi alla giurisprudenza della Corte EDU, ha affermato che l'esistenza di dichiarazioni e l'accettazione di trattati internazionali che garantiscono, in via di principio, il rispetto dei diritti fondamentali non sono sufficienti, da sole, ad assicurare una protezione adeguata contro il rischio di maltrattamenti quando fonti affidabili riportano pratiche delle autorità (o da esse tollerate) manifestamente contrarie ai principi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Pertanto, allorché l'autorità competente dello Stato membro richiesto dispone di elementi che attestano un rischio concreto di trattamento inumano o degradante delle persone nello Stato terzo richiedente, essa è tenuta a valutare la sussistenza di tale rischio al momento di decidere in ordine all'allontanamento di una persona in tale Stato⁴⁷.

5. Il divieto di *refoulement* nel caso di impossibilità di accesso a cure mediche adeguate.

Per quanto attiene alla portata del principio di non respingimento nell'ordinamento dell'Unione europea, la Corte di giustizia si è finora in larga parte richiamata ai principi espressi dalla Corte EDU. Alcuni ambiti offrono più significativi spunti, mettendo in luce una dialettica tra le due corti, suscettibile di importanti sviluppi. Uno di questi ambiti riguarda l'applicazione del principio di non respingimento nei confronti di individui affetti da gravi patologie. Un altro il rinvio dello straniero verso lo Stato membro ritenuto competente all'esame della domanda di protezione, in virtù del c.d. sistema Dublino.

⁴³ Corte EDU, sent. 17 luglio 2008, *NA. c. Regno Unito*, ric. n. 25904/07, § 110; sent. 20 gennaio 2009, *F.H. c. Svezia*, ric. n. 32621/06, § 102.

⁴⁴ Corte EDU, *Mamatkoulov e Askarov c. Turchia* [GC], sent. 4 febbraio 2005, ricorsi n. 46827/99 et 46951/99, § 67.

⁴⁵ Corte EDU, *Hilal c. Regno Unito*, ric. n. 45276/99, sent. 6 giugno 2001, § 60.

⁴⁶ Corte EDU, *Saadi c. Italia*, cit., § 129.

⁴⁷ Corte di giustizia (Grande Sezione), *Aleksei Petruhhin*, sent. 6 settembre 2016, C-182/15, punti 57-58. Per quanto riguarda l'articolo 4 della Carta, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, punto 88.

In linea di principio gli stranieri destinatari di una decisione di allontanamento non possono rivendicare un diritto a rimanere nel territorio di uno Stato al fine di continuare a beneficiare dell'assistenza e dei servizi socio-sanitari o di altro tipo forniti da tale Stato. Il tema fu delineato in termini restrittivi dalla Corte EDU con una pronuncia del 1997, che pur ammettendo la possibilità che la decisione di allontanare uno straniero affetto da una malattia fisica o mentale grave, verso un paese in cui i mezzi per curare tale malattia siano inferiori a quelli disponibili nel predetto Stato, sia idonea in termini generali a sollevare una questione sotto il profilo dell'art. 3 CEDU, ne ammise la violazione solo in casi del tutto eccezionali, in cui le considerazioni umanitarie che depongono contro il predetto allontanamento sono assolutamente inoppugnabili⁴⁸. Sostanzialmente la soglia era stata fissata ad un livello molto alto, ovvero la malattia in fase terminale, ammettendosi in linea teorica la possibilità di altre circostanze, mai riscontrate o indicate però nella successiva giurisprudenza.

Questi principi restrittivi hanno ispirato le decisioni della Corte di giustizia. Nella sent. *Mohamed M'Bodj c. Stato belga*⁴⁹, gli obblighi incombenti in capo ad uno Stato membro nei confronti dello straniero affetto da grave malattia, sulla base della prima direttiva qualifiche, sono stati interpretati anche alla luce dell'art. 19, § 2, della Carta e riferendosi alla suddetta giurisprudenza EDU. La Corte ha ritenuto che il fatto che, in casi del tutto eccezionali, un cittadino di paese terzo non possa essere allontanato verso un paese in cui non esistono terapie adeguate non implica che egli debba essere autorizzato a soggiornare in uno Stato membro a titolo della protezione sussidiaria ai sensi della direttiva 2004/83. Il danno grave che legittima a beneficiare della protezione sussidiaria non fu ritenuto ricomprendere una situazione in cui il trattamento inumano o degradante, che un richiedente affetto da una grave malattia potrebbe subire in caso di ritorno nel suo paese d'origine, sia dovuto all'assenza di terapie adeguate, in tale paese, escludendo pertanto queste situazioni dal campo di applicazione della protezione internazionale offerta dalla direttiva in questione⁵⁰. La necessità di attenta valutazione di eventuali circostanze eccezionali nei confronti dello straniero affetto da gravi patologie, destinatario di un ordine di allontanamento, è stata esaminata con la successiva sentenza *Abdida*⁵¹, relativa alla c.d. direttiva rimpatri⁵², che invece all'art. 5

⁴⁸ Tale possibilità è stata ammessa solo nel caso *D. c. Regno Unito*, sent. 2 maggio 1997, n. 30240/96, in ragione delle eccezionali circostanze umanitarie che lo caratterizzavano. Il ricorrente, gravemente malato allo stadio terminale, non era sicuro di poter ricevere assistenza medica o infermieristica nel paese di origine e non aveva parenti disponibili o in grado di prendersi cura di lui o fornirgli persino un alloggio o un minimo di supporto sociale. In senso contrario *N. c. Regno Unito*, sent. del 27 maggio 2008 [GC], ric. n. 26565/05, § 42. Il caso riguardava una cittadina ugandese, affetta da diverse gravi patologie, giunta nel Regno Unito, ove aveva ricevuto un trattamento sanitario durante i nove anni necessari per l'esame della sua domanda di asilo e i ricorsi avverso il diniego. Davanti alla Corte EDU, la ricorrente aveva sostenuto che sarebbe stata esposta al rischio di trattamenti inumani o degradanti in caso di rinvio in Uganda, in quanto non avrebbe potuto ricevere le cure mediche necessarie. La Corte osservò che la Convenzione non comporta alcuna responsabilità per le disparità nelle cure mediche in capo agli Stati contraenti, non richiedendo di assicurare cure mediche gratuite e illimitate a tutti gli stranieri senza diritto di soggiorno.

⁴⁹ Corte di giustizia, (Grande Sezione), *Mohamed M'Bodj c. Stato belga*, sent. 18 dicembre 2014, causa C-542/13, ECLI:EU:C:2014:2452.

⁵⁰ Potranno eventualmente essere offerte, limitatamente a situazioni eccezionali, altre forme di protezione H. BATTJES, *Piecemeal Engineering: The Recast of the Rules on Qualification for International Protection*, in V. CHETAIL, F. MAIANI, P. DE BRUYCKER (Eds.), *Reforming the Common European Asylum System*, cit., p. 232.

⁵¹ Corte di giustizia, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida*, sent. 18 dicembre 2014, causa C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453.

impone espressamente di considerare le condizioni di salute dello straniero interessato. Il caso riguardava un cittadino nigeriano con diagnosi di AIDS, che aveva presentato in Belgio una domanda di permesso per motivi di salute e sulla base della legge belga di trasposizione della direttiva qualifica il permesso di soggiorno era stato rifiutato, con la conseguente adozione di un ordine di lasciare il paese. In sede di appello contro questa decisione, al signor *Abdida* non era stato concesso un rimedio con effetto sospensivo. Inoltre, nel corso del procedimento, gli erano state revocate le misure di assistenza sociale e le cure mediche. La Corte diede quindi una lettura degli artt. 5 e 13 della direttiva 2008/115, alla luce degli artt. 19, § 2, e 47 della Carta, affermando che essi devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che non prevede un ricorso con effetto sospensivo contro una decisione di rimpatrio, la cui esecuzione può esporre il cittadino interessato di paese terzo a un rischio serio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute, dovendosi garantire che la decisione di rimpatrio non sia eseguita prima che l'autorità competente abbia avuto la possibilità di esaminare la censura relativa a una violazione dell'art. 5 della direttiva.

I principi restrittivi elaborati a partire dalla giurisprudenza *D c. Regno Unito* sono stati significativamente rivisti nel 2016, con il caso *Paposhvili c. Belgio*, allorché la Corte EDU riaffrontò il tema in una vicenda relativa ad un ricorrente georgiano⁵³, affetto da gravi patologie, tra cui leucemia linfatica cronica e tubercolosi, e destinatario di un ordine di espulsione, accompagnato da un divieto di reingresso in Belgio, il quale aveva sostenuto la sussistenza di motivi sostanziali per ritenere che in caso di espulsione in Georgia sarebbe stato esposto ad un rischio reale di trattamento inumano e degradante e morte prematura, in quanto non avrebbe più ricevuto il trattamento sanitario disponibile in Belgio. Rispetto al passato, l'approccio della Corte ha posto maggiore attenzione ad una valutazione rigorosa del rischio in cui possa incorrere lo straniero, malato, una volta allontanato, mettendo in discussione la propria precedente giurisprudenza, che limitando l'applicazione dell'art. 3 CEDU alle espulsioni di persone in punto di morte, ha avuto l'effetto di privare gli stranieri gravemente malati, ma non in condizioni critiche, del beneficio di questa disposizione. La soglia di gravità riferita alle circostanze eccezionali subisce allora un piccolo aggiustamento, includendo le situazioni in cui, pur in assenza di un rischio imminente di morte, a causa della mancanza di un trattamento adeguato nel paese di destinazione o della mancanza di accesso ad esso, esiste il rischio reale di essere esposti a un *declino dello stato di salute grave, rapido e irreversibile, tale da causare intensa sofferenza o una significativa riduzione dell'aspettativa di vita*⁵⁴. La Corte ritenne, pertanto, che l'allontanamento verso la Georgia, senza un adeguato accertamento da parte delle autorità belghe in merito alle condizioni di salute e alla disponibilità di cure adeguate nel paese di destinazione, avrebbe comportato una violazione dell'art. 3 CEDU.

Questo *revirement* della Corte EDU ha nuovamente avuto un impatto sul ragionamento della Corte di giustizia. La sentenza *C. K. e altri*⁵⁵, che alla pronuncia

⁵² 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 L 348 del 24.12.2008, p. 98.

⁵³ Corte EDU, sent. 13 dicembre 2016 (GC), *Paposhvili c. Belgio*, ric. 41738/10.

⁵⁴ Corsivo aggiunto.

⁵⁵ Corte di giustizia, *C. K. e a. c. Slovenia*, sent. 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127.

Paposhvili c. Belgio si richiama, merita particolare attenzione in quanto offre una molteplicità di spunti sia per quanto attiene ai principi sottesi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (*infra par. 7*), sia con riferimento nello specifico alla protezione contro l'allontanamento ove sia in discussione la tutela del diritto alla salute, i due profili in realtà fondendosi e compenetrandosi. La vicenda riguardava la sig.ra C.K., cittadina siriana, e il Sig. H.F., cittadino egiziano, i quali avevano fatto ingresso nel territorio dell'Unione europea mediante un visto validamente rilasciato dalla Repubblica di Croazia e dopo un breve soggiorno in questo Stato membro, si erano spostati nel territorio sloveno muniti di falsi documenti d'identità greci, ivi presentando una domanda di asilo. La sig.ra C.K. era incinta al momento dell'ingresso nel territorio sloveno. Le autorità slovene, considerando che la Repubblica di Croazia era, in forza dell'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento Dublino III, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo dei ricorrenti nel procedimento principale, avevano inviato alle autorità di detto Stato membro una domanda intesa alla loro presa in carico, a cui era stato dato riscontro positivo. A tale procedura veniva tuttavia dato seguito solo dopo la nascita del bambino, allorché veniva adottata una decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale depositata dalla ricorrente. Investita della questione, la Corte suprema aveva autorizzato il rinvio, con una decisione poi annullata dalla Corte costituzionale sul presupposto che la sussistenza di carenze sistemiche non costituirebbe l'unico motivo che può essere invocato dai ricorrenti per opporsi al trasferimento e che, nel caso di specie, le autorità avrebbero dovuto tener conto della situazione personale della richiedente in Slovenia (affetta da difficoltà psichiatriche *post partum*) e valutare se il suo semplice trasferimento non potesse, di per sé, essere in contrasto con il principio di non respingimento.

Reinvestita della questione, la Corte suprema sottoponeva alcune questioni interpretative alla Corte di giustizia. Tra queste, il giudice del rinvio chiedeva se l'art. 4 della Carta vada interpretato nel senso che, in circostanze nelle quali il trasferimento di un richiedente asilo che presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente grave comporterebbe il rischio concreto e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell'interessato, tale trasferimento costituirebbe *per se* un trattamento inumano e degradante. Nel rispondere al quesito, la Corte di giustizia ha pertanto rielaborato la propria precedente giurisprudenza, anche alla luce del più recente orientamento della Corte EDU nel caso *Paposhvili c. Belgio*, ritenendo le riflessioni ivi espresse pertinenti nel contesto del sistema di Dublino, in considerazione del carattere generale ed assoluto dell'articolo 4 della Carta. In particolare, pur in presenza di validi motivi, idonei a ritenere che nello Stato membro di destinazione saranno fornite cure mediche adeguate, "non può escludersi che il trasferimento di un richiedente asilo il cui stato di salute sia particolarmente grave possa, di per sé, comportare, per quest'ultimo, un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti, ai sensi dell'articolo 4 della Carta, e questo indipendentemente dalla qualità dell'accoglienza e delle cure disponibili nello Stato membro competente per l'esame della sua domanda". Nell'ipotesi in cui il giudice nazionale riscontri tale situazione, spetterà a detto giudice eliminare tali dubbi assicurandosi che siano adottate adeguate precauzioni precedentemente al trasferimento o, se necessario, che il trasferimento di questa persona sia sospeso sino a quando il suo stato di salute lo consenta. Pertanto, anche in assenza di ragioni serie di ritenere che sussistano carenze sistemiche nello Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo, il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del regolamento Dublino III può essere effettuato solo

in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti un rischio reale e acclarato che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti, consistenti nel deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell'interessato.

Alla luce di questo percorso interpretativo, lo stato di salute (fisico e psichico) diventa elemento di puntuale valutazione individuale, idoneo ad opporsi (seppur con una gradualità di conseguenze) al trasferimento nel contesto del sistema Dublino. La successiva giurisprudenza della Corte di giustizia potrà chiarire se esso valga anche a impedire il rimpatrio dell'immigrato in posizione irregolare, oltre al già affermato effetto sospensivo dell'appello interposto dall'espellendo. Si ravvisa in ogni caso un percorso di ravvicinamento tra le due Corti, con riferimento all'applicazione del divieto di respingimento nel caso di straniero affetto da gravi patologie, rispetto al quale si auspicava un approccio più integrato⁵⁶, restando ancora diversi i profili e le incongruenze⁵⁷ su cui i rispettivi interventi potranno apportare chiarezza.

6. Il principio di non refoulement nel quadro del sistema Dublino. Una dinamica giurisprudenziale si ravvisa, con riferimento all'applicazione del principio di *non refoulement*, ai sensi dell'art. 3 CEDU o degli artt. 4 e 19, § 2 Carta, anche nel caso di rinvio verso uno stato membro dell'UE. Il tema è connesso al principio della fiducia reciproca, che regge lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁵⁸, al cui interno si collocano le norme in materia di asilo, ed implicante il mutuo riconoscimento degli atti amministrativi e giurisdizionali degli Stati membri⁵⁹.

Viene, in particolare, in rilievo l'allontanamento disposto in attuazione del c.d. reg. Dublino III⁶⁰, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide. Sin dall'avvio del c.d. sistema Dublino, l'automatismo dei trasferimenti dei richiedenti protezione internazionale verso lo Stato membro ritenuto competente all'esame della domanda ha rappresentato uno degli aspetti più controversi. Esso ha subito un temperamento ad opera delle corti europee, le cui pronunce hanno posto in luce il potenziale contrasto tra l'imperativo di tutela dei diritti fondamentali e il ricordato principio di mutua fiducia. Un primo segnale in tal senso giunse dalla Corte europea dei

⁵⁶ C. BAULOZ, *Foreigners: Wanted Dead or Alive? Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, p. 409 ss.

⁵⁷ Si vedano i rilievi di V. STOYANOVA, *How Exceptional Must 'Very Exceptional' Be? Non-Refoulement, Socio-Economic Deprivation and Paphshvili V. Belgium*, in *International Journal of Refugee Law*.

⁵⁸ "Il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri, che nel diritto dell'Unione riveste un'importanza fondamentale, impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di presupporre, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo". In tal senso, parere 2/13, del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 191 e la giurisprudenza ivi citata.

⁵⁹ Come rileva B. NASCIBENE, *Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen : le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2011, p. 787 ss. La confiance réciproque est strictement liée à la reconnaissance mutuelle...Le traité de Lisbonne, à la différence de la Constitution européenne, ne fait aucune référence, en disciplinant l'espace, à la confiance réciproque...[mais] La reconnaissance mutuelle devient avec Tampere une sorte de trait d'union et de pont entre marché intérieur, circulation des personnes, coopération judiciaire.

⁶⁰ Reg. UE n. 606/2013, in G.U.U.E. del 29 giugno 2013, L 180, p. 3.

diritti dell'uomo, in riferimento alla precedente versione del suddetto regolamento. La Corte di Strasburgo, richiamando il carattere assoluto del divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito all'art. 3 CEDU, e il diritto a un rimedio effettivo, che si concretizza nel diritto a vedersi effettivamente garantite le libertà e i diritti previsti dalla Convenzione, affermò che uno Stato membro deve verificare la domanda presentata, anche se in base all'allora vigente regolamento Dublino II non sarebbe stato di sua competenza, ove ritenga (come secondo la Corte si sarebbe verificato nel caso in questione, data l'ampiamente documentata difficoltà di accesso all'asilo in Grecia e il trattamento ivi riservato ai richiedenti in quel momento), che lo Stato competente non fornisca garanzie adeguate in merito al rispetto dei diritti in questione⁶¹. La Corte di giustizia dell'Unione europea reagì nel caso *N.S.*⁶², ove essa esclude la sussistenza di una presunzione assoluta di rispetto dei diritti fondamentali dell'Unione da parte dello Stato membro designato come competente, asserendo però che non qualunque violazione di un diritto fondamentale da parte di detto Stato membro può riverberarsi sugli obblighi degli altri Stati membri di rispettare le disposizioni del reg. n. 343/2003⁶³. Pertanto, pur ammettendo che l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, in alcune circostanze sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro competente ai sensi del regolamento n. 343/2003, ciò si verifica quando non possono ignorare che le carenze sistemiche⁶⁴ nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi di tale disposizione⁶⁵. La portata del divieto di *refoulement* verso uno Stato membro dell'UE apparve così limitata alla sola ipotesi di sussistenza di "carenze sistemiche", rilevabili soltanto in presenza di un livello di lesione dei diritti fondamentali particolarmente elevato. Un requisito operante in caso di palese violazione, legata a situazioni oggettive riscontrabili nel paese di rinvio, e così idoneo a salvaguardare quel principio di fiducia reciproca, che nella visione della Corte di giustizia, aveva rappresentato uno degli ostacoli all'adesione dell'Unione europea alla CEDU⁶⁶.

⁶¹ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, sent. 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09.

⁶² Corte giust., *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, sent. 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

⁶³ Cfr. punti 79 e 106. Rilievi critici quanto alla correttezza del fondamento della fiducia reciproca nel sistema di asilo europeo, a partire del caso *N.S.*, sono stati espressi da H. LABAYLE, *Droit d'asyle et confiance mutuelle: regards critique sur la jurisprudence européenne*, in *Cahier de droit européen*, 2014, p. 501 ss.

⁶⁴ A. VON BOGDANDY, M. IONNADIS, *Il deficit sistemico nell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, p. 593 ss.

⁶⁵ C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 1 ss.

⁶⁶ Come essa puntualizzò nel parere C-2/13, occorre ricordare che il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Orbene, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo (v., in tal senso, sentenze *N.S. e a.*, cit., punti da 78 a 80, nonché *Melloni*, sent. 26 febb. 2013, causa C-399/11, EU:C:2013:107, punti 37 e 63). Nei limiti in cui la CEDU – imponendo di considerare l'Unione e gli Stati membri come Parti contraenti non soltanto nei loro rapporti con quelle Parti che non sono Stati membri

Rispetto a tale soglia si è assistito negli anni successivi ad una dialettica tra corti, ove le rispettive preoccupazioni sottese ai due sistemi, sono apparse altrettanti contrappesi. Così, se da un lato, la Corte di giustizia ha ribadito il limite al trasferimento tra Stati membri nelle sole ipotesi di sussistenza di violazioni sistemiche (*Abdullahi*⁶⁷, *Puid*⁶⁸), la Corte EDU (e qualche corte nazionale)⁶⁹, pur senza mettere espressamente in discussione tale criterio, ha aggiunto elementi più soggettivi⁷⁰ (nella specie preoccupazioni riguardanti in particolare le condizioni di accoglienza applicate ai minori, idonee a tutelarne le esigenze così come la vita familiare), specificando che per non incorrere in una violazione dell'art. 3 CEDU, prima di operare il rinvio, le autorità avrebbero dovuto ottenere appropriate rassicurazioni individuali da parte delle autorità del paese di destinazione circa l'adeguatezza delle condizioni ivi riscontrabili⁷¹.

La citata sentenza *C.K. contro Slovenia* sembra porsi dunque lungo un solco evolutivo⁷², potendo rappresentare uno snodo di sintesi e ricomposizione di diverse visioni, laddove la Corte di giustizia ha puntualizzato che, anche in assenza di ragioni serie di ritenere che sussistano carenze sistemiche nello Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo⁷³, il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del regolamento Dublino III può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti un rischio reale e acclarato che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti, ai sensi dell'art. 4 Carta. Indipendentemente dalle condizioni oggettive, non in discussione nel caso di specie, ma fondandosi su

dell'Unione, ma anche nei loro reciproci rapporti, anche quando questi ultimi siano disciplinati dal diritto dell'Unione – esigerebbe da uno Stato membro la verifica del rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro, ancorché il diritto dell'Unione imponga la fiducia reciproca tra tali Stati membri, l'adesione è idonea a compromettere l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda, nonché l'autonomia del diritto dell'Unione.

⁶⁷ Corte di giustizia, Sentenza del 10 dicembre 2013 (Grande Sezione), *Shamso Abdullahi contro Bundesasylamt*, Causa C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813, con riferimento alla possibilità, in capo al richiedente asilo, di contestare la presa in carico da parte dello Stato membro ritenuto competente.

⁶⁸ Corte di giustizia, Sentenza del 14 novembre 2013 (Grande Sezione), *Bundesrepublik Deutschland contro Kaveh Puid*, ECLI:EU:C:2013:740.

⁶⁹ Cfr. UK Supreme Court, [2014] UKSC 12.

⁷⁰ G. VICINI, *The Dublin Regulation between Strasbourg and Luxembourg: reshaping non-refoulement in the name of mutual trust?*, in *European Journal of Legal Studies*, 2015, p. 50 ss.

⁷¹ Corte EDU, *Tarakhel c. Svizzera* [GC], sent. 14 novembre 2014, ric. n. 29217/12.

⁷² Una prima, contenuta, ma significativa apertura si riscontra nella ricordata pronuncia della Corte di giustizia del 5 aprile 2016, nel caso *Aranyosi e Căldăraru*, che ha ampliato la portata delle carenze, non più solo sistemiche, *supra* par. 3, cfr. D. HALBERSTAM, *The Judicial Battle over Mutual Trust in the EU: Recent Cracks in the Façade*, disponibile su: *VerfBlog.de*, 9 giugno 2016. In argomento v. anche E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERGH, *Arrêt Aranyosi e Căldăraru: imposition de certaines limites à la confiance mutuelle dans la coopération judiciaire pénale*, in *Journal de droit européen*, 230/2016, p. 227 ss.; G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in *Common market law review*, n. 6/2016, p. 1675 ss.; F. KORENICA, D. DOLI, *No more Unconditional "Mutual Trust" between the Member States: an Analysis of the Landmark Decision of the CJEU in Aranyosi and Căldăraru*, in *European Human Rights Law Review*, n. 5/2016, p. 542 ss.; N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 445 ss.;

⁷³ L'argomento della Commissione, secondo il quale dall'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento Dublino III si evincerebbe che solo in caso di esistenza di carenze sistemiche nello Stato membro competente potrebbe essere messo in discussione l'obbligo di trasferimento di un richiedente asilo verso detto Stato membro, è stato ritenuto non fondato, punto 91.

considerazioni di vulnerabilità soggettive⁷⁴. E ciò proprio in virtù del carattere generale ed assoluto di tale disposizione. Rispetto a questa affermazione la posizione della Corte è stata giudicata comunque poco coraggiosa, e troppo ossequiosa al principio della mutua fiducia⁷⁵, l'apertura consentendo solo maggiore flessibilità, senza rimettere in discussione in termini generali la condizione delle "carenze sistemiche"⁷⁶ e avendo essa concluso che, pure ove sussistano condizioni ostative al trasferimento, queste non comportano il divieto di operarlo, ma solo di ritardarlo, né tantomeno il sorgere di un obbligo di esaminare la domanda in base alla c.d. clausola umanitaria⁷⁷. Anche se in termini meno estesi di quelli auspicati, cionondimeno la pronuncia appare spostare il precedente punto di equilibrio, grazie alla *vis* attrattiva della tutela dei diritti fondamentali, come delineata dalla Corte EDU.

7. Considerazioni conclusive.

In conclusione, il carattere assoluto e di valore fondamentale riconosciuto al principio di *non refoulement* dalle corti europee, sotto l'iniziale impulso della Corte EDU⁷⁸, ha dato origine ad una significativa giurisprudenza, che oggi rappresenta un importante parametro di legittimità in merito all'ingresso e all'allontanamento dello straniero, a livello internazionale e per i giudici nazionali.

La dialettica avviatasi tra le due corti, soprattutto a seguito dell'introduzione del principio in termini sostanzialmente equivalenti a quelli della CEDU nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e del rinvio operato alla pertinente giurisprudenza di Strasburgo, nonché in virtù dell'obbligo di rispetto dei diritti sanciti nella CEDU incombente in capo agli Stati membri, offre il fianco ad una portata espansiva del principio capace di contrapporsi al "dogma" della fiducia reciproca. In proposito è stato rilevato come tale principio, in maniera non dissimile da quanto avvenuto nell'ambito di attuazione del mercato interno, ove specifiche ed eccezionali circostanze imperative possono inibire l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, si stia configurando come non assoluto, ma da bilanciarsi con esigenze di tutela dei diritti fondamentali, scaturenti in particolare dalla Carta, ove un posto di primo rango spetta ai principi di tutela delle dignità delle persone⁷⁹.

Non è certo che ad altri diritti, quale quello ad un rimedio effettivo, sarebbe riconosciuta forza pari a quella del principio di *non refoulement*⁸⁰, e parimenti resta da

⁷⁴ J. PETIN, *Petit à petit la vulnérabilité fait son nid ... Quelques réflexions à propos de l'arrêt C.K. du 16 février 2017*, 19 marzo 2017, disponibile su :www.gdr-elsj.eu.

⁷⁵ La preoccupazione di salvaguardare il principio di mutua fiducia trova si evince da un'espressa affermazione della Corte, laddove essa puntualizza che tale interpretazione "lungi dall'incidere sull'esistenza di una presunzione di rispetto dei diritti fondamentali in ogni Stato membro, garantisce che le situazioni eccezionali considerate nella presente sentenza siano debitamente prese in considerazione dagli Stati membri", punto 95.

⁷⁶ Š. IMAMOVIC, E. MUIR, *The Dublin III System: More Derogations to the Duty to Transfer Individual Asylum Seekers?*, in *European Papers*, Vol. 2, 2017, p. 719 ss.

⁷⁷ C. RIZCALLAH, *The Dublin system: the ECJ Squares the Circle Between Mutual Trust and Human Rights Protection*, 20 febbraio 2017, disponibile su: <http://eulawanalysis.blogspot.it>

⁷⁸ Inserire riferimento su basso numero di casi trattati nel merito da Corte EDU.

⁷⁹ P. MENGOZZI, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n., p. 1 ss.

⁸⁰ J. P. JACQUÉ, *Confiance mutuelle II : fin de la Saga*, disponibile su : droit-union-europeenne.be

vedere come le suddette elaborazioni troveranno applicazione in contesti diversi, quale ad esempio il rimpatrio degli stranieri in posizione irregolare⁸¹. Ma il carattere assoluto del divieto di respingimento sembra aver innescato una dinamica, suscettibile di ulteriori sviluppi in futuro.

⁸¹ H. LABAYLE, *Escale à Canossa? La protection des droits fondamentaux lors d'un transfert «Dublin» vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C-578/16 PPU)*, 1° marzo 2017, disponibile su: <http://www.gdr-elsj.eu>.