



La generalizzazione della privazione di libertà dei richiedenti protezione internazionale nello spazio giuridico europeo¹

di Esther Pomares Cintas

Traduzione dallo spagnolo di Paolo La Valle

Esther Pomares è un'esperta di fama internazionale sui temi della tratta e delle schiavitù contemporanee, nonché sulle pratiche di violazione dei diritti umani, con particolare riguardo alle legislazioni sui migranti e alle condizioni delle donne.

Coordinatrice scientifica della "Red Iberoamericana de investigación sobre formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos" (Universidad de Granada) e referente di importanti organismi internazionali sulla violenza di genere e la tratta, il suo contributo è inserito nella sezione "L'Ospite" poiché tocca alcuni dei nodi più rilevanti del dibattito contemporaneo in tema di restrizione della libertà e chiama in causa le configurazioni istituzionali degli Stati europei.

Esther Pomares Cintas (España, 1969), dottoressa di ricerca in Diritto penale presso l'Universidad de Granada (1996-2001) e borsista di ricerca presso *l'Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften* (Università Ludwig Maximilians di Monaco di Baviera), ha, come centro delle sue linee di ricerca, la tutela dei diritti delle persone vulnerabili che si declina nell'analisi del modello penale di sicurezza, e in concreto, della politica di controllo dei flussi migratori derivata dal Diritto dell'Unione Europea e nello studio delle forme di sfruttamento del lavoro (tratta degli essere umani e nuove forme di schiavitù).

¹ Questo lavoro è legato ai progetti di ricerca "Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos. Caracterización general, conceptualización legal y perspectiva político-criminal" (DER2014-56417-C3-1-P), e "Víctimas de delitos: modelos de actuación integral" (DER2016-77228-P).



Tra le numerose pubblicazioni ricordiamo tra le altre: *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo* (2013), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (Coord., 2017), *La trata de seres humanos en el contexto jurídico iberoamericano* (Coord., 2019), "El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2011), "La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (2014); "Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria", *Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Brasil* (2014).

epomares@ujaen.es

LA PARTICOLARE SITUAZIONE DI VULNERABILITÀ DEL RICHIEDENTE PROTEZIONE INTERNAZIONALE

Il richiedente asilo o protezione internazionale è uno straniero, o apolide, che entra nel territorio di uno Stato di cui non è cittadino per esercitare un diritto a fare domanda di aiuto a causa di una situazione di persecuzione o una grave minaccia ai suoi diritti fondamentali (vita, libertà, diritto a non subire tortura, trattamenti inumani o degradanti) da parte del paese di origine che non ne è garante. Queste persone che cercano legittimamente supporto nel territorio di un altro Stato non sono delinquenti, né tantomeno trasgressori dal punto di vista amministrativo: sono esseri umani che godono a priori del diritto a richiedere protezione in un altro paese e agiscono nel quadro dell'esercizio di questo diritto internazionalmente riconosciuto.

Sono portatori, pertanto, di un'aura di speciale vulnerabilità internazionalmente riconosciuta: allo sradicamento, dovuto al fatto di essere straniero o apolide, si unisce la mancanza di supporto provocata dall'assenza di protezione effettiva del paese di origine, che oltretutto non è possibile reclamare, e l'impossibilità di farvi ritorno (Morgades 801-805).

Di fronte a tale situazione, analizzeremo lo standard delle garanzie di protezione dei diritti fondamentali dei profughi in Europa nell'ambito dell'esercizio del diritto di richiedere asilo o protezione internazionale. Innanzitutto, si affronterà tale questione muovendo dal prisma della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, del 4 novembre 1950 (CEDU, da qui in avanti) e la giurisprudenza evolutiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU, da qui in avanti) e, a partire da qui, analizzeremo l'ambito dei diritti dei richiedenti di protezione internazionale nel *Diritto dell'Unione Europea*.



DIRITTO FONDAMENTALE ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA APPLICATO AI RICHIEDENTI ASILO NEL PRISMA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

È vero che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo non prevede espressamente il diritto d'asilo né la protezione dei rifugiati. Tuttavia, la Corte Europea dei Diritti Umani ha adattato l'interpretazione e l'ambito di determinati diritti e libertà fondamentali alla particolare situazione di vulnerabilità dovuta alla violazione dei diritti umani di questo insieme di persone emigrate (Morgades Gil 804): il diritto alla libertà e alla sicurezza personale riconosciuto nell'articolo 5 della Convenzione è stato uno di essi.

Inoltre, si è pronunciata rispetto al diritto di non subire tortura, trattamenti inumani o degradanti – che include anche il rischio di essere sottoposto a simili trattamenti (art. 3 CEDU)² –, e al diritto di ricorso effettivo, inteso come l'esigenza di un esame profondo e rigoroso della richiesta e degli effetti sospensivi del pieno diritto di una misura di allontanamento impugnata (art. 13 CEDU).³

Questa dottrina giurisprudenziale è diventata un'importante forma di salvaguardia contro le pratiche degli Stati che pretendono far naufragare il diritto a richieder la protezione internazionale nel contesto europeo. Inoltre ha definito la chiave per distinguere il quadro di attuazione tra le misure orientate al contenimento dei flussi irregolari di immigrazione e quelle che permettono di garantire l'esercizio del diritto di richiesta di protezione internazionale (Morgades Gil 826). Ossia, la Corte Europa evita di trasferire lo stigma o status dell'immigrato illegale al richiedente asilo (a partire dal caso *Amuur vs Francia*, n. 19776/92, Sentenza del 25 Giugno 1996; *Saadi vs Regno Unito*, n. 13229/03, Sentenza del 29 Gennaio 2008).

Il modello di privazione del diritto fondamentale alla libertà relazionato specificatamente alla condizione migratoria, ossia, a prescindere dalle cause del reato, è espressamente riconosciuto nell'art. 5.1.f) CEDU. In tale ambito, si consente la detenzione o il trattenimento di straniero, "conforme alla legge", esclusivamente in due casi:

- Per impedire l'entrata illegale nel territorio.
- Per assicurare l'esecuzione di una misura di allontanamento dal territorio: procedura di espulsione di migranti illegali, o procedura di estradizione.

² Ahmed Vs. Austria, n. 25964/94, Sentenza del 17 Dicembre 1996; Jabari Vs. Turchia, n. 40035/98, Sentenza del 11 Luglio 2000; Hilal Vs. Regno Unito, n. 45276/99, Sentenza del 6 Marzo 2001; Conka Vs. Belgio, n. 51564/99, Sentenza del 5 Febbraio 2002; N. Vs. Finlandia, n. 38885/02, Sentenza del 26 luglio 2005; Gebremedhin Vs. Francia, n. 25389/05, Sentenza del 26 Aprile 2007; Muminov Vs. Russia, n. 42502/06, Sentenza del 11 Dicembre 2008. In questo ambito è interessante anche la Sentenza M.S.S. Vs. Belgio e Grecia, n. 30696/09, Sentenza del 21 Gennaio 2011.

³ Jabari Vs. Turchia, n. 40035/98, Sentenza del 11 Luglio 2000; Gebremedhin Vs. Francia, n. 25389/05, Sentenza del 26 Aprile 2007; Muminov Vs. Russia, n. 42502/06, Sentenza del 11 Dicembre 2008; A.M. Vs. Francia, n. 56324/13, Sentenza del 12 Luglio 2016.



La privazione di libertà di stranieri che contempla il citato precetto non si riduce alle ipotesi relazionate con la procedura di esecuzione di un ordine di espulsione di clandestini, bensì è concepita anche come misura nell'ambito dell'ingresso di stranieri – per impedire il loro ingresso illegale nel territorio –, assimilando entrambi i casi a tali effetti. Dall'altro lato, la specifica allusione al momento dell'ingresso nel territorio è indicativa di una forma *ab initio* di privazione della libertà che si iscrive nella potestà statale del controllo delle frontiere, nella lotta preventiva diretta all'immigrante *irregolare* o *clandestino*, al potenziale immigrato *illegale*.⁴ Inoltre, non è questo il profilo dei richiedenti protezione internazionale, delle persone che arrivano ai confini del territorio di un altro Stato alla ricerca di protezione in conseguenza a circostanze eccezionali le quali costituiscono internazionalmente, e a priori, l'esercizio del diritto a chiedere questo supporto. Vediamo come la Corte EDU ha argomentato la privazione di libertà dei richiedenti asilo, ossia, quella che si pratica nel primo dei presupposti che autorizza il riferimento alla CEDU per stranieri: l'occasione dell'ingresso in questo territorio e l'ambito dell'esercizio del diritto di richiesta di protezione internazionalmente riconosciuto. Ossia, il trattenimento dei trasgressori di nulla (*Saadi vs Regno Unito*, n. 13229/03, Sentenza del 29 gennaio 2008).

In nome del primato della potestà statale del controllo delle frontiere, della custodia del modello di ingresso, circolazione e permanenza di stranieri nel territorio, gli Stati hanno creato luoghi di contenimento e confinamento di stranieri che la Corte EDU identifica come *punti critici* in occasione dell'ingresso: luoghi di frontiera e zone di transito aeroportuali. Un momento e un luogo chiave di particolare vulnerabilità per i richiedenti asilo che rende evidente "il rischio che corrono di essere rimandati al paese di origine dove temono di soffrire il trattamento che è alla base della fuga" (Morgades Gil 840). In questi luoghi l'unica opportunità reale di uscire è la seguente: abbandonare il territorio in cui sono entrati e ritornare al paese in cui, per la loro condizione di richiedenti asilo, non possono tornare (*Amuur Vs Francia*, n. 19776/92, Sentenza del 25 giugno del 1996, *Asunto Saadi vs Regno Unito*, n. 13229/03, Sentenza del 29 gennaio 2008). Anche se l'articolo 5.1.f) utilizza l'espressione "*impedire*" che lo straniero "*entri*" illegalmente nel territorio, la Corte EDU chiarisce che i richiedenti asilo che si trovano in questi luoghi sono già entrati nel territorio in cui si esercita la giurisdizione dello Stato competente e questo dovrà assumere l'obbligo di garantire l'esercizio del diritto di richiesta di protezione internazionale (*Shamsa Vs. Polonia*, n. 45355/99 e 45357/99, Sentenza del 27 novembre 2003).

A ciò si lega una seconda osservazione: la privazione della libertà che copre espressamente l'art- 5.1.f) CEDU (e esclusivamente al momento dell'ingresso) ha come finalità "*impedire*" che lo straniero entri "*illegalmente*" nel territorio. Il precetto muove da una presunzione fondata nel primato dell'interesse statale del controllo delle frontiere: la figura di un potenziale immigrante *illegale* o trasgressore della normativa migratoria. È senza dubbio una presunzione su cui sono necessarie puntualizzazioni rispetto alle persone richiedenti asilo, dal momento che il loro ingresso è strettamente vincolato all'esercizio del diritto a sollecitare protezione in altro paese grazie a

⁴ Saadi Vs. Regno Unito, n. 13229/03, 29 Gennaio 2008. Si veda: Álvarez García e Queralt Jiménez; Fallada García-Valle; Morgades Gil 828; Portilla 130-131.



circostanze riconosciute legalmente e internazionalmente. Per evitare di trasferire lo stigma del clandestino sul richiedente asilo, la Corte EDU ha fornito un'interpretazione secondo cui questo insieme di persone ha, come garanzia, *diritto all'ingresso* dal momento che è proprio l'ingresso nel territorio del paese che renderà possibile la presentazione della richiesta d'asilo (Morgades Gil 827). In sintesi, l'ingresso nel territorio è un diritto a sé stante giustificato in forma esclusiva, nonché legato al diritto di richiesta di protezione internazionale, l'esercizio del quale deve essere garantito dallo Stato competente. La Corte EDU ha fatto derivare questo *diritto all'ingresso*, e in via eccezionale per i richiedenti asilo, dal diritto della libertà personale (a partire dal caso *Amuur vs Francia*, Sentenza del 25 giugno 1996). Questa considerazione ha rilievo particolare per contestare il carattere criminale della collaborazione di terzi nello spostamento dei richiedenti asilo (traffico illegale di migranti), a causa dell'assenza di illegalità compiute da questo insieme di migranti. Dobbiamo pensare, inoltre, che questo *diritto di ingresso*, se tale è realmente, deve comportare a priori canali sicuri, dal momento che il diritto alla libertà personale è intimamente accompagnato, nell'art. 5 della CEDU, dal diritto alla sicurezza personale.

D'altra parte, per garantire il diritto alla sicurezza personale, la Corte europea esige le seguenti condizioni di legalità della privazione di libertà dei richiedenti asilo affinché possa essere coperta dalla CEDU (ex art. 5.1. f). Senza discutere le pratiche di trattenimento dei trasgressori di nulla, l'obiettivo è proibire privazioni di libertà arbitrarie (*Amuur vs Francia*, Sentenza del 25 Giugno 1996; *Saadi vs Regno Unito*, Sentenza del 29 gennaio 2008). Nell'ambito della popolazione straniera, il filtro della legalità della privazione di libertà si regge su principi diversi da quelli che ispirano il modello della privazione della libertà per reato (le garanzie del processo penale):

a) La privazione della libertà si può giustificare esclusivamente se si tratta di una misura *necessaria* e di una *risorsa ultima*, e così si deve disporre legalmente, in occasione del momento dell'ingresso nel territorio e dell'esercizio di richiesta di protezione internazionale. Questo modello di privazione della libertà deve vincolarsi strettamente con l'obiettivo di un esame, da parte dell'Amministrazione, dell'*ammissibilità* della richiesta di protezione internazionale (valutare o verificare la condizione del richiedente di protezione), o meglio, che essa analizzi le basi della richiesta (*Amuur vs. Francia*, Sentenza del 25 giugno 1996; *Saadi vs Regno Unito*, Sentenza del 29 Gennaio 2008) (Fallada García-Valle 13; Álvarez García e Queralt Jiménez).

b) La privazione della libertà di un richiedente asilo non può prolungarsi oltre il tempo necessario affinché un'Amministrazione *efficiente*, ossia, *debitamente diligente*, concluda l'esame dell'*ammissibilità* o delle basi della richiesta di protezione internazionale, nel suo caso (*Saadi vs Regno Unito*, Sentenza del 29 Gennaio 2008; *Barjamaj vs Grecia*, n. 36657/11, Sentenza del 2 maggio del 2013).⁵

⁵ Si veda, con attenzione, Fallada García-Valle 11; Álvarez García e Queralt Jiménez; García Roca e Díaz Crego 267.



c) Le condizioni materiali e personali della detenzione o trattenimento devono essere *appropriate* per affermare la legalità della privazione della libertà. I luoghi di confinamento devono offrire, in ogni caso, garanzie di assistenza giuridica, umanitaria, sociale, condizioni di igiene e mezzi di sussistenza basici, e rendere possibile il contatto con l'esterno. Queste condizioni sono direttamente relazionate con il diritto a non subire trattamenti disumani o degradanti garantito dall'art. 3 della CEDU (Morgades Gil 829, 840) (*Amuur Vs. Francia*, Sentenza del 25 Giugno 1996; *Mubilanzila Mayeka/Kaniki Mitunga Vs. Belgio*, n. 13178/03, Sentenza del 12 Ottobre 2006; *Riad/Idiab Vs. Belgio*, n. 29787/03 e 29810/03, Sentenza del 24 Aprile 2008; *S. D. Vs. Grecia*, n. 53541/07, Sentenza del 11 Giugno 2009; *M.S.S. Vs. Belgio y Grecia*, n. 30696/09, Sentenza del 21 Gennaio 2011). Per le stesse ragioni, il trattenimento in un centro penitenziario è frontalmente contrario al criterio giurisprudenziale della Corte EDU (*Saadi Vs. Regno Unito*, Sentenza del 29 Gennaio 2008).

Questo standard minimo di protezione dei richiedenti asilo sarà il punto di riferimento per misurare il grado di riconoscimento del diritto alla libertà e alla sicurezza degli stranieri nell'ambito del Diritto dell'Unione Europea.

L'“ACCOGLIENZA” DEI RICHIEDENTI DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: LA VIOLAZIONE DELLO STANDARD MINIMO DELLE GARANZIE STABILITO DALLA CORTE EDU

Restrizione severa del diritto d'ingresso dei richiedenti protezione internazionale nel Diritto dell'Unione Europea

È vero che nel Diritto dell'Unione Europea, come non potrebbe essere altrimenti, non si considera in situazione irregolare (non è permanenza illegale) la persona che ha richiesto asilo (o presentato una richiesta di protezione internazionale) nello Stato membro competente. Le si riconosce un *diritto di permanenza* esclusivamente legato alla sua condizione di richiedente asilo e per il periodo dell'esame della richiesta⁶: ciò non costituisce un diritto a ottenere un permesso di residenza. Diventerà clandestino solo nel caso in cui entri in vigore un rigetto della richiesta che neghi lo *status* di protezione internazionale o che ponga fine al suo diritto di permanenza come richiedente asilo.⁷

⁶ Art. 9 Direttiva 2013/32/UE. Mantiene l'impostazione della Direttiva che aggiorna, la 2005/95/CE del Consiglio, del 1 Dicembre 2005, rispetto alle norme minime per i procedimenti che gli Stati membri devono applicare per concedere o ritirare la condizione di rifugiato.

⁷ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 Dicembre 2011, attraverso la quale si stabiliscono le norme relative ai requisiti per il riconoscimento di persone di paesi terzi o apolidi come beneficiari di protezione internazionale, a uno status uniforme per i rifugiati o per le persone con diritto alla protezione sussidiaria e al contenuto della protezione concessa.



In contrasto con la CEDU, la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, del 18 Dicembre 2000, riconosce il Diritto d'asilo (art. 18⁸); tuttavia lo adatta agli obiettivi comunitari e, pertanto, alle singolarità e alla natura del Diritto della UE ispirato a questi traguardi. Questa *comunitarizzazione* ha interessato il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 6 della Carta) applicato agli stranieri in virtù della loro condizione migratoria: la Carta introduce una *clausola generale* che autorizza a stabilire limiti ai diritti fondamentali "laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione" (art. 52.1).

In quest'ambito, le strategie attuarie e repressive contro l'immigrazione illegale derivate dal *Sistema Schengen* non solo si sono rivoltate contro l'immigrato illegale, ma hanno anche distorto il riconoscimento dei diritti dei richiedenti di protezione internazionale nella misura in cui aprono *brecce umanitarie* nella struttura di scudo dell'UE nei confronti delle migrazioni esterne. Perciò, la politica comune di lotta contro l'immigrazione illegale ha progressivamente conformato le misure che condizionano l'esercizio del diritto a richiedere asilo o protezione internazionale nel territorio dell'Unione Europea (Morgades Gil 828; Jiménez Sánchez 417)⁹. Il cosiddetto *Sistema Dublino* del 1990¹⁰, che "gestisce" l'esercizio di questo diritto, è nato intimamente vincolato alla dottrina di Schengen sulla priorità del controllo delle frontiere esterne¹¹. Ciò ha provocato, sin dall'inizio, una significativa restrizione delle garanzie dei diritti dei richiedenti asilo. Con questo spirito, il sistema Dublino del 1990 è stato aggiornato nel 2003 (Dublino II¹²) e nel 2013 (Dublino III¹³).

La *struttura Schengen-Dublino* rappresenta tatticamente la tendenza al trattamento del richiedente protezione internazionale come una questione relativa all'immigrazione illegale. Tale assimilazione tattica di politiche ha avuto pesanti ripercussioni sul diritto alla libertà e alla sicurezza di questo profilo di profughi umanitari. Vediamo le sue conseguenze e manifestazioni:

⁸ L'art. 18 della Carta garantisce il diritto di asilo "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 sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea".

⁹ Come segnala De Lucas (2013) rispetto ai rifugiati: "in ogni caso appaiono solo come costo, come peso, la politica ha fatto in modo di restringere ogni volta di più le condizioni che permettono di richiedere l'asilo nel territorio della UE". Si veda, con attenzione, De Lucas 2015 e, per un'analisi globale Nair 2016.

¹⁰ Accordi di Dublino del 15 Giugno 1990. Gli Stati membri hanno sottoscritto questo Accordo in virtù dei termini dell'articolo 142.1 dell'Accordo di Schengen.

¹¹ Si veda: capitolo VII Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (19 Giugno 1990).

¹² Regolamento (CE) 343/2003, del Consiglio, 18 Febbraio, attraverso cui si stabiliscono i criteri e i meccanismi per determinare lo Stato membro dell'esame di una richiesta presentata in uno degli Stati membri da una persona di un paese terzo.

¹³ Regolamento (UE) 604/2013, del Parlamento Europeo e del Consiglio, 26 Giugno 2013, attraverso la quale si stabiliscono i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro responsabile dell'esame di una richiesta di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da una persona di un paese terzo o apolide.



a) Il diritto dell'UE ha ristretto severamente il diritto di ingresso dei richiedenti di protezione internazionale e il loro diritto alla sicurezza personale come presupposto del diritto alla richiesta d'asilo.

Il *sistema Dublino* non riconosce canali flessibili di ingresso per questo profilo umanitario di profughi, sicuramente con il pretesto di evitare che i migranti illegali possano approfittare di questi canali (Jiménez Sánchez 417). Stabilisce criteri rigidi sullo Stato membro responsabile per ricevere ed esaminare la richiesta d'asilo che conducono, in ultima analisi, ad aumentare gli oneri degli Stati con un'ulteriore estensione della frontiera esterna marittima e terrestre nel sud dell'Unione Europea, così come ad Est¹⁴ (Italia, Grecia, Ungheria), pregiudicando la sicurezza dei richiedenti protezione internazionale.

Dall'altro lato, la debolezza strutturale del *Sistema Dublino* ha sostenuto i fondamenti dello scudo della UE anche nei confronti degli spostamenti di richiedenti protezione internazionale e ha favorito un nuovo giro di vite nell'assimilazione delle strategie di controllo dell'immigrazione illegale e nella gestione dell'esercizio del diritto di richiesta d'asilo: si *esternalizzano* le strategie di contenimento degli spostamenti dei richiedenti protezione internazionale. Si propone di dirigere lo sguardo all'altro lato delle frontiere esterne. La tattica, che già era stata utilizzata in relazione alle immigrazioni illegali, è quella di costruire *muri di contenimento di migranti* fuori dalle frontiere esteriori dell'Unione Europea, all'altra sponda del mar Mediterraneo. Il centro delle preoccupazioni per le grandi migrazioni, si trova, in particolar modo, nelle rotte del Mediterraneo Orientale e Centrale. L'obiettivo principale è neutralizzare l'"incentivo" dei flussi migratori attraverso queste rotte¹⁵, evitare l'attraversamento verso l'altra sponda del Mediterraneo, rompendo "il vincolo esistente tra la traversata a bordo di un'imbarcazione e il rimanere in Europa"¹⁶. A partire da tale prospettiva, si è allestito dapprima lo scenario dell'Accordo tra UE e Turchia, del 18 Marzo 2016- o sistema di "scambio di persone" che eufemisticamente la Commissione Europea denomina "via legale e sicura attraverso il ricollocamento"¹⁷ per entrare nell'UE-, e successivamente l'Accordo da parte di UE e Italia con la Libia, del 2 Febbraio 2017, diretto a evitare la partenza di migranti (incluse persone con necessità di protezione internazionale) verso il territorio europeo, abbandonando la sorte dei diritti umani alle autorità libiche, alla corruzione, ai *passer* e ai trafficanti di esseri umani (si veda: Amnesty International 2007).

Di conseguenza, il *sistema Schengen-Dublino* e la *esternalizzazione* delle strategie di contenimento degli spostamenti dei migranti verso le frontiere esterne della UE

¹⁴ È sospeso il criterio di selezione della persona interessata, che cerca maggiori possibilità di integrazione nella società di accoglienza per motivi socioculturali o linguistici.

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio. Primo rapporto sui progressi registrati in applicazione della Dichiarazione UE-Turchia. 20 Aprile 2016 (COM (2016) 231 finale).

¹⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio: nuove misure operative della cooperazione UE-Turchia nell'ambito della migrazione. 16 marzo 2016 (COM (2016) 166 finale)

¹⁷ Comunicazione della Commissione (2016) sul primo rapporto sui progressi registrati nell'applicazione della Dichiarazione UE-Turchia.



hanno limitato severamente il diritto di ingresso delle persone con necessità di protezione internazionale nel territorio UE, ponendo argini rispetto al mar Mediterraneo sull'altra sponda. È una riduzione sostanziale delle condizioni di esercizio di asilo che si aggiunge a una particolare aura di vulnerabilità che si basa sulla fuga. Parliamo, infatti, dello scudo dell'UE (anche) rispetto agli spostamenti di persone che hanno bisogno di protezione internazionale. Un muro su una doppia sponda, protetto, inoltre, da un complesso macchinario di operazioni militari e di polizia, della UE e della NATO. Proprio perché non si tratta di semplici esseri umani, bensì di migranti su cui ricade lo stigma dell'illegalità imposto da fuori, o un'aura di vulnerabilità (Arendt 21), il Mediterraneo si è convertito in un autentico campo di battaglia e di morti impunte.

La priorità di neutralizzare i ricorrenti "fattori di attrazione" di movimenti di immigrazione irregolare (Terradillos Basoco 1122, 1123; si veda: Pomares Cintas) ha condannato, quindi, i richiedenti asilo a confluire con i migranti economici irregolari in spostamenti clandestini, costosi, precari e insicuri. A soffrire un simile calvario.

b) Di fronte alla deriva del Diritto dell'UE, le persone con necessità di protezione internazionale si trovano intrappolate in labirinti burocratici. Si è creato, in definitiva, un sistema di gestione dell'esercizio del diritto di richiesta di protezione internazionale calcificato e complesso, "un alveare burocratico" (Jiménez Sánchez 429) basato su un linguaggio fatto di attraversamenti *irregolari* di frontiere, di procedimenti di *trasferimenti, riammissioni, ricollocamenti* (in virtù del sistema *ad hoc* di suddivisione di quote di richiedenti tra Stati membri, nel settembre 2015)¹⁸, e, infine, di *rimpatrio* (in applicazione all'Accordo tra UE e Turchia, del marzo 2016). È un linguaggio che implica un movimento permanente da un luogo all'altro, senza una destinazione sicura e nota, come avviene per le merci difficili da collocare nel mercato perché nessuno le desidera.

La cosiddetta accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in regime di trattenimento: la generalizzazione della privazione della libertà dei trasgressori di nulla

Il trattamento del richiedente protezione internazionale e la sua iscrizione nell'ambito dell'immigrazione illegale non solo ha interessato la visione del diritto di ingresso in occasione della richiesta di protezione e il suo diritto alla sicurezza personale; i suoi effetti hanno raggiunto anche un altro aspetto del diritto alla libertà e alla sicurezza di questo profilo umanitario di migranti: il modello della privazione della libertà dei *trasgressori di nulla*.

Il linguaggio attuariale e lo stigma della privazione della libertà dell'immigrato illegale sono stati traslati senza alcun cambiamento al profilo del richiedente di

¹⁸ A partire dal 26 settembre 2015, entra in vigore questo strumento di emergenza adottato per alleviare la pressione dell'affluenza dei migranti in Italia e Grecia determinata dall'applicazione del Sistema Dublino.



protezione internazionale, integrandosi nell'ampio, eterogeneo e poco ortodosso linguaggio normativo della lotta contro l'immigrazione illegale che nasce in seno alle istituzioni comunitarie.

La normativa che concepisce e regola la privazione della libertà dei richiedenti protezione internazionale nel territorio UE risiede in vari strumenti di armonizzazione legislativa del Parlamento Europeo e del Consiglio, della stessa data: 25 Giugno 2013. Direttiva 2013/33/UE, per la quale si approvano norme per l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale; Regolamento (UE) 604/2014, per la quale si stabiliscono i criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro responsabile dell'esame di una richiesta di protezione internazionale presentata nello Stato membro da parte di una persona di un paese terzo o apolide; Direttiva 2013/32/UE, sui procedimenti comuni per la concessione o il ritiro della protezione internazionale.

Il diritto della UE ha generalizzato, sempre a partire da questo paradigma, la privazione della libertà ai *trasgressori di nulla*. Ha configurato una struttura di eufemistica *accoglienza* di persone vulnerabili che violerebbe, senza alcun dubbio, i diritti alla libertà, alla sicurezza e all'integrità morale (diritto a non subire trattamenti degradanti) secondo i parametri della Corte EDU. Vediamo.

In primo luogo, sotto l'espressione legale "*accoglienza*" "*in regime di trattenimento*" (Direttiva 2013/33), il Diritto della UE ha esteso il ricorso al trattenimento dei richiedenti protezione internazionale (distinto dai centri di accoglienza) oltre i presupposti di privazione di libertà autorizzati espressamente dall'articolo 5.1 f) della CEDU che, nel caso dei richiedenti, si limita al momento dell'ingresso nel territorio. L'art. 8.3 Direttiva 2013/33/UE, con la quale si approvano norme per l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, non solo riconosce come *ragione* del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale quello di "*decidere, nell'ambito di un procedimento, sul diritto del richiedente a entrare nel territorio*", ma applica questa misura denigratoria di un diritto fondamentale ad altri presupposti non strettamente relazionati con il momento dell'ingresso, né con la legalità dell'ingresso: così, nel procedimento di *trasferimento* o *ricolloca*mento del richiedente protezione internazionale in un altro Stato membro cui è richiesto di farsi carico del richiedente¹⁹ (questo trasferimento può verificarsi anche rispetto ad un paese terzo sicuro che accetti la richiesta di presa in carico del richiedente in questione)²⁰.

¹⁹ L'art. Direttiva 2013/33 ammette la pratica di trattenimento anche in questi altri casi: (a) per determinare o verificare l'identità o la nazionalità; (b) per determinare gli elementi su cui si basa la richiesta di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare quando esiste il rischio di fuga del richiedente; (c) quando richiesto dalla protezione della sicurezza nazionale e l'ordine pubblico; (d) nei procedimenti di trasferimento o di riammissione del richiedente in un altro Stato membro, che si regolano negli art. 20 e seguenti del Regolamento (UE) 604/2013, attraverso cui si stabiliscono i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro responsabile dell'esame di una richiesta di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da parte di una persona di un paese terzo o apolide.

²⁰ "Ogni Stato membro mantiene la possibilità di inviare un richiedente in un paese terzo sicuro [...]". Art. 3.3 Regolamento (UE) 604/2013.



In relazione alla durata della privazione della libertà, è difficile garantire a priori il criterio della *dovuta diligenza* dell'Amministrazione nell'esame dell'ammissibilità della richiesta di asilo (art. 9.1 Direttiva 2013/33) a causa del labirinto burocratico che oggi caratterizza il sistema UE di gestione delle richieste di protezione internazionale (procedimenti di *trasferimento, riammissioni, ricollocazioni, reinsediamenti*).

Infine, il Diritto dell'UE permette agli Stati membri di *sospendere* le garanzie rispetto alle condizioni basiche personali e materiali del regime di trattenimento dei richiedenti di protezione internazionale, in particolare, nei luoghi di frontiera o zone di transito aeroportuali in occasione dei procedimenti di trasferimento o riammissione in un altro Stato membro (art. 10, 11 Direttiva 2013/33). E sono precisamente questi luoghi che hanno costituito il centro della preoccupazione da parte della Corte EDU, che non tollererebbe tale sospensione delle garanzie.

La menzionata Direttiva segnala che "in alcuni casi può risultare impossibile, nella pratica, assicurare immediatamente il rispetto di determinate garanzie di accoglienza nel quadro del trattenimento, ad esempio a causa della situazione geografica o della struttura specifica del centro di trattenimento". Per questa ragione circostanziale, la necessità di separare i richiedenti da coloro che non lo sono ammette eccezioni (art. 10.1 Direttiva 2013/33), garantire condizioni di intimità per le "famiglie trattenute" ammette eccezioni nei casi di trattenimento in un luogo di frontiera o in una zona di transito (art. 11.6), separare uomini e donne richiedenti ammette eccezioni nei casi di trattenimento in un posto di frontiera o in una zona di transito (art. 11.6), ricevere informazioni sulle norme applicabili nel centro e sui propri diritti e obblighi in una lingua comprensibile ammette eccezioni quando il richiedente è trattenuto in un posto di frontiera o in una zona di transito aeroportuale (art. 10.5). Dall'altra parte, l'accesso, nell'egida del rispetto della privacy, a servizi di consulenza giuridica, comunicazione con familiari e rappresentanti di ONG si può limitare quando è necessario per la gestione amministrativa del centro di trattenimento, e altri motivi indeterminati (art. 10.4).

Inoltre, dando luogo ad un altro giro di vite, si autorizza l'internamento in un *Centro Penitenziario* quando uno Stato membro "non riesce a fornire accoglienza in un centro di trattenimento specializzato (art. 10.1 Direttiva 2013/33). È possibile trattenere, anche in un carcere, persone richiedenti protezione internazionale psichicamente vulnerabili (art. 11.1 Direttiva 2013/33) e minori accompagnati dai familiari (art. 11.2). È la stessa *criminalizzazione* che prevale rispetto al trattenimento di immigrati illegali per la loro espulsione (Direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 Dicembre 2008). Nonostante il fatto che il trattenimento in un centro penitenziario dovuto alla condizione migratoria sia direttamente contrario al criterio giurisprudenziale della Corte EDU (*Saadi vs Regno Unito*, n. 13229/03, Sentenza del 29 Gennaio 2008).



Così, in Spagna, il 20 novembre 2017, circa 500 migranti, arrivati alle coste di Almeria e Mursia, fra i quali erano presenti richiedenti protezione internazionale, sono stati trasferiti al centro penitenziario di Archidona (Malaga)²¹.

Dall'altro lato, la Direttiva 2013/33/UE, insieme ai centri di trattenimento specializzati (art. 10), prevede un'altra forma di trattenimento/confinamento dei richiedenti protezione internazionale attraverso i cosiddetti *centri di accoglienza* (art. 18). In quest'altro ambito, si sono obbligati i migranti a sopportare le conseguenze del labirinto burocratico²² legato al sistema Dublino, i cui parametri hanno condizionato l'elevata pressione migratoria esistente, dall'estate del 2015, sugli Stati situati in prima linea: Italia e Grecia. La politica di emergenza attraverso la distribuzione di quote di rifugiati ha dato impulso ai procedimenti di riammissione dei richiedenti asilo "che necessitavano della protezione internazionale in maniera evidente", nella forma di ricollocazioni temporanee e trasferimenti in altri Stati membri, per un periodo di 2 anni²³. Nel frattempo si chiedeva la solidarietà affinché quegli Stati si facessero carico delle "proprie quote" di persone che necessitavano della protezione internazionale in maniera evidente, si stabilirono "strutture di accoglienza" *ad hoc* negli Stati interessati dall'intensa affluenza di migranti. Sono centri di registrazione, identificazione e archiviazione delle impronte digitali, con l'appoggio della polizia (*Frontex* e *Europol*), così come punti di informazione la cui funzione sarebbe identificare profili suscettibili di ricevere protezione internazionale per trasmettere le loro richieste di asilo il più rapidamente possibile, con l'appoggio dell'Ufficio europeo per il sostegno dell'asilo (EASO) (Rapporto 2016 CEAR 42)²⁴. Sono i cosiddetti *punti critici (hotspot)*: 6 in Italia (Lampedusa, Pozzallo, Porto Empedocle, Augusta, Taranto e Trapani) e 5 in Grecia (Lesbo, Chio, Samo, Lero e Kos) (Rapporto 2016 CEAR 42). Il mancato compimento del sistema di quote (in vigore dal 26 Settembre 2015) e il gioco tra questo e il sistema di scambio dell'Accordo della UE con la Turchia hanno aggravato la situazione delle persone che si trovano intrappolate in questi centri di contenimento. "Gli *hotspot* in Grecia e in Italia si sono tramutati [...] in centri di internamento in regime chiuso", anche per i minori (Rapporto 2016 CEAR 42). Si sta obbligando queste persone a sopportare lunghi periodi – *sine die* – di privazione della libertà in attesa della pratica effettiva del procedimento di trasferimento verso un altro Stato. Si flexibilizza in questo caso il criterio della *debita diligenza* dell'Amministrazione come limite della durata della privazione della libertà²⁵; o, semplicemente, non si applica tale criterio a questi luoghi di contenimento perché teoricamente non sono centri di trattenimento

²¹ Si veda: <http://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-cear-cuestiona-condiciones-tendran-migrantes-trasladados-carcel-archidona-malaga-20171121133503.html>. Consultato il 18 Gen. 2019.

²² Queste politiche hanno fatto pesare sul migrante in Europa le loro conseguenze (Rapporto CEAR 2016 42).

²³ Conclusioni del Consiglio Europeo de 25 e 26 Giugno 2015 (EUCO 22/15); Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, 22 Settembre 2015, con la quale si stabiliscono le misure provvisorie nell'ambito della protezione internazionale a beneficio di Italia e Grecia.

²⁴ Si veda: Conclusioni del Consiglio Europeo del 25, 26 Giugno 2015.

²⁵ Si veda: Sentenze della Corte EDU, *Saadi Vs. Regno Unito*, 29 Gennaio 2008, *Barjamaj Vs. Grecia*, n. 36657/11, 2 Maggio 2013.



specializzati, sebbene, nella pratica, lo siano. O forse perché, nel linguaggio *attuariale* caratteristico del Diritto della UE, non si intende che sono privati della libertà. Paradossalmente, di fronte al limite temporale di internamento degli immigrati illegali in attesa della sua espulsione, non si è stabilito nulla di simile nei centri di "accoglienza" di richiedenti protezione. Inoltre, questi centri si sono convertiti oggi, nel territorio europeo, in contenitori di esseri umani in condizione di sovraffollamento e altre circostanze degradanti: centri di sterminio di diritti fondamentali.

La Corte dei Conti Europea segnala che la situazione degli *hotspot* è molto grave per la mancanza di capacità sufficiente delle strutture ad accogliere i migranti in maniera conforme alle norme internazionali (Rapporto Speciale 29). Ciò avviene nei centri di Lampedusa, Pozzallo, Trapani e Taranto (in Italia) (31), e, in particolare a Lesbo, Chio e Samo (in Grecia), dove i centri sono pieni e in condizioni gravemente precarie rispetto all'accesso ai servizi basilari: la sicurezza è scarsa (28). Si è anche sottolineato che in questi luoghi "molti minori non accompagnati sono trattenuti per lunghi periodi [...] in condizioni inappropriate", nonostante la normativa disponga che si conceda priorità a questi casi (29-30). Una situazione che, senz'alcun dubbio, sarebbe definibile, dal punto di vista della Corte EDU quando si è pronunciata rispetto ai richiedenti asilo che arrivano in Europa, come un trattamento degradante proibito dall'art. 3 della CEDU²⁶.

In sintesi, attraverso la cosiddetta "accoglienza" di richiedenti protezione internazionale "in regime di trattenimento" si è generalizzata la privazione di libertà dei *trasgressori di nulla*. La UE ha configurato una struttura di eufemistica *accoglienza* di persone vulnerabili che viola effettivamente il diritto alla libertà, alla sicurezza e all'integrità morale.

La storia si ripete, come assicura Hannah Arendt: "Evidentemente, nessuno vuol vedere che la storia ha creato un nuovo genere di esseri umani: quelli cui i nemici mettono in campo di concentramento e gli amici in campo di prigionia" (Arendt 11) (propri o di altri, sarebbe da aggiungere).

Conclusioni

L'"acquis di Schengen" sul controllo delle frontiere esterne e la politica di contrasto all'immigrazione illegale hanno distorto il modo di interpretare l'accoglienza e le garanzie del diritto di richiesta di protezione internazionale nell'ambito della UE. Il Diritto della UE ha assimilato tatticamente le strategie di controllo dell'immigrazione illegale e la gestione dei richiedenti asilo. Il sistema bicefalo Schengen-Dublino ha elaborato un linguaggio *attuariale* dissuasorio anche rispetto a questo insieme vulnerabile di persone migranti che implica il movimento da un luogo all'altro, senza un approdo noto a priori, così come accade alle merci difficili da collocare nel mercato.

²⁶ *Mubilanzila Mayeka/Kaniki Mitunga Vs. Belgio*, n. 13178/03, 12 Ottobre 2006; *Riad/ Idiab Vs. Belgio*, n. 29787/03 e 29810/03, 24 Aprile 2008; *S. D. Vs. Grecia*, n. 53541/07, 11 Giugno 2009; *M.S.S. Vs. Belgio e Grecia*, n. 30696/09, 21 Gennaio 2011.



Ciò ha condotto a una chiusura della UE anche di fronte agli spostamenti di persone richiedenti protezione internazionale. Nel tempo, il Diritto della UE ha consolidato una struttura che non riesce a riconoscere lo standard minimo di protezione dei diritti dei richiedenti asilo fondato dalla giurisprudenza della Corte EDU. Ha *generalizzato* il ricorso al trattenimento (Morgades Gil 804), integrando spazi di privazione di libertà non coperti dalla CEDU (art. 5.1 f) né, infine, dalla giurisprudenza della Corte EDU che si è pronunciata in relazione ai richiedenti protezione internazionale: un destino di fittizia *accoglienza* di persone vulnerabili che viola il diritto alla libertà e all'integrità morale. È il paradigma dei centri di trattenimento specializzati come *contenitori* di richiedenti asilo.

Non si può parlare, tecnicamente, di una metamorfosi del sistema di riconoscimento dell'esercizio del diritto d'asilo nell'ambito dell'UE. La chiave principale del fallimento nel riconoscimento dei diritti dei richiedenti di protezione internazionale è strutturale, non è congiunturale, ossia, non si deve all'affluenza massiva di persone, ma è una questione che precede questo fenomeno: il *sistema Dublino* forma parte intrinseca dell'*"acquis di Schengen"*, una struttura bicefala che poggia su un paradosso, quello di conciliare interessi inconciliabili in permanente tensione: il paradigma del controllo delle frontiere esterne attraverso la lotta repressiva all'immigrazione illegale, da un lato, e l'impegno a garantire diritti fondamentali, i diritti di solidarietà e difesa di coloro che hanno necessità di protezione internazionale, dall'altro. Le strategie contro l'immigrazione illegale hanno invaso, come un virus letale, la sfera di protezione di garanzie dei richiedenti protezione internazionale, nella misura sono concepite come crepe umane nel muro di Schengen rispetto alle migrazioni esterne.

Pertanto, non si è verificata alcuna metamorfosi, bensì un *giro di vite* nell'ambito del sistema Schengen-Dublino, i cui effetti perniciosi (se non criminali) sulle persone richiedenti e i loro diritti fondamentali si sono resi particolarmente visibili e sono emersi in occasione delle grandi migrazioni miste del 2015.

Come si è osservato, il Diritto dell'Unione Europea si è blindato anche rispetto allo standard minimo di protezione dei diritti dei richiedenti asilo consolidato dalla giurisprudenza della Corte EDU precisamente al fine di condannare le pratiche o normative statali suscettibili di ostacolare l'esercizio del diritto di richiesta di protezione internazionale: le severe restrizioni del diritto d'ingresso e delle condizioni dell'esercizio del diritto di richiesta di protezione internazionale che rappresenta il *sistema Schengen-Dublino* (inclusi gli accordi di esternalizzazione del controllo delle frontiere esterne) sono inoltre immerse in queste tendenze che ostacolano il diritto d'asilo. Di fronte al richiamo della Corte EDU a distinguere sfere di attuazione, la gestione dei richiedenti di protezione internazionale nella UE si iscrive a pieno nelle strategie di lotta contro l'immigrazione illegale e nell'obiettivo comunitario di controllo delle frontiere esterne.

Si tenga conto del fatto che la Corte EDU ha consolidato il principio di non respingimento come scudo dei richiedenti asilo di fronte al rischio di subire tortura, trattamenti disumani o



degradanti, proibito dall'art. 3 CEDU, fino al punto di fornire un margine di protezione più ampio di quello previsto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra.²⁷

In conclusione, il Diritto della UE ha blindato anche se stesso rispetto al controllo giuridico esterno, rispetto alle possibilità di condanna della UE per violazione dei diritti umani attraverso decisioni o atti direttamente emanati dalle istituzioni comunitarie. In effetti, attualmente, né la CEDU né la giurisprudenza della Corte EDU hanno forza giuridica vincolante per le istituzioni comunitarie, una forza giuridica che quindi è assente anche nel momento della produzione del Diritto emanato direttamente dalle stesse.

LA DIFESA DELL'UNIONE EUROPEA RISPETTO ALLA LEGITTIMITÀ DEMOCRATICA: L'ASSENZA DI UN SISTEMA DI CONTROLLO GIURISDIZIONALE ESTERNO IN MATERIA DI DIRITTI UMANI

Le caratteristiche specifiche dell'Unione Europea come organizzazione sovranazionale che si pronuncia su competenze per cessione o attribuzione di sovranità degli Stati membri in merito a determinati obiettivi comuni e la singolarità e autonomia del Diritto emanato dalle istituzioni comunitarie sono stati argomenti chiave che la Corte di Giustizia della UE (CGUE) ha utilizzato per smantellare la possibile adesione della UE alla CEDU (prevista dall'art. 6.2 del Trattato dell'Unione Europea).

In primo luogo, la CGUE (nel Parere 2/13 18 Dicembre 2014) ricorda che l'adesione della UE alla CEDU "vincolerebbe [...] le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri", ossia, si integrerebbe nel Diritto della UE (Parere 2/13 paragrafo 180); allo stesso modo, la giurisprudenza della CEDU "vincolerebbe l'Unione e tutte le sue istituzioni", inclusa la CGUE. Ciò significherebbe sottomettere la UE (e le sue istituzioni) a "un controllo esterno avente ad oggetto il rispetto dei diritti e delle libertà che l'Unione si impegnerebbe a rispettare a norma dell'articolo 1 della CEDU" (Parere 2/13 paragrafo 181), e di conseguenza, dovrebbe mettere in discussione l'autorità, le attribuzioni e la posizione privilegiata che occupa la CGUE come leale e più alto guardiano del tessuto giuridico comunitario (Parere 2/13 paragrafo 186). D'altra parte, sarebbe difficile garantire la coordinazione tra la CEDU e la Carta dei Diritti Fondamentali della UE, nella misura in cui la CEDU consegna alle Parti Contraenti, come gli Stati membri, la facoltà di stabilire standard di protezione superiori a quelli garantiti per questa Convenzione. Ogni proposta di adesione della UE alla CEDU dovrebbe garantire che questa facoltà "resti limitata [sono diritti *comunitarizzati*] a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione" (Parere 2/13 Paragrafo 189): ossia, gli obiettivi comunitari (Llopis Nadal 4).

Si rifiuta allo stesso modo di fare appello all'autonomia e alle caratteristiche specifiche che gli Accordi costitutivi hanno assegnato al Diritto dell'Unione per

²⁷ *Ahmed Vs. Austria*, n. 25964/94, 17 Dicembre 1996; *Hilal Vs. Regno Unito*, n. 45276/99, 6 Marzo 2001; *N. Vs. Finlandia*, n. 38885/02, 26 Luglio 2005. Su questo argomento, si veda: Morgades Gil 808, 809.



giustificare l'assenza di ogni controllo giurisdizionale di atti, azioni o omissioni dell'Unione nell'ambito della Politica Estera e della Sicurezza Comune (PESC), in materia di diritti umani. In questo senso, ha preferito rispettare la letteralità della valutazione che propone la CGUE, nel Comunicato stampa n° 180/14, che deriva dai paragrafi 252 e seguenti del Parere 2/13:

Infine, la Corte analizza le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione riguardo al controllo giurisdizionale in materia di politica estera e di sicurezza comune (PESC). Sottolinea che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, taluni atti adottati nell'ambito della PESC sfuggono al controllo giurisdizionale della Corte. Una simile situazione inerisce alla configurazione delle competenze della Corte prevista dai Trattati e, in quanto tale, non può giustificarsi se non in virtù del solo diritto dell'Unione. Tuttavia, per effetto dell'adesione nei termini contemplati dal progetto di accordo, la Corte EDU sarebbe legittimata a pronunciarsi sulla conformità alla CEDU di determinati atti, azioni od omissioni posti in essere nell'ambito della PESC, e in particolare di quelli per i quali la Corte non ha competenza a verificare la loro legittimità in rapporto ai diritti fondamentali. Una simile situazione equivarrebbe ad affidare, per quanto riguarda il rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU, il controllo giurisdizionale esclusivo degli atti, delle azioni o delle omissioni dell'Unione sopra citati ad un organo esterno all'Unione. Di conseguenza, il progetto di accordo lede le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione [...] (Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Parere 2/13. Paragrafi 252 e ss.).

Come segnala Salinas de Frías, l'adesione della UE alla CEDU dovrebbe integrare nel Diritto della UE la giurisprudenza della Corte EDU che ha esteso l'applicazione territoriale della Convenzione europea a comportamenti lesivi dei diritti umani attuati da Stati Membri all'estero, ricordando loro che "non possono commettere impunemente violazioni di diritti proibite dall'Accordo- diritto alla vita, proibizione della tortura, proibizione della detenzione arbitraria- per il semplice fatto che sono attuati fuori dal territorio degli stessi" (Salinas de Frías). Così, nei dibattiti *Al-Saadoon y Mufdhi Vs. Regno Unito* (Sentenza del 2 Marzo 2010), e *Al-Jedda Vs. Regno Unito* (Sentenza del 7 Luglio 2011), la Corte EDU ha condannato il Governo britannico per aver violato le garanzie del rispetto al diritto alla libertà e alla sicurezza dei cittadini iracheni nei centri di detenzione in Iraq sotto il controllo britannico.

In questo contesto, l'assenza di controllo giurisdizionale si compensa con l'idea di "equilibrio" su cui si basa l'Unione: il cosiddetto principio di presunzione di fiducia reciproca mutua tra gli Stati membri nel rispetto dei Diritti umani quando devono applicare il Diritto della UE, un principio inteso automatico e astratto dalla CGUE e che serve per garantire l'effettività e il dinamismo del diritto della UE (Llopis Nadal 4). L'adesione alla CEDU romperebbe questo equilibrio, "esigerebbe da uno Stato membro (parte della CEDU) che verificasse il rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro, nonostante il Diritto dell'Unione imponga la reciproca fiducia fra gli Stati membri". In queste circostanze, "l'adesione è idonea a compromettere l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda, nonché l'autonomia del diritto dell'Unione" (Parere 2/13 Paragrafo 194).

In altre parole, la struttura di difesa della UE rispetto alle migrazioni esterne e agli spostamenti forzati (*Schengen-Dubliino*) è salvaguardata e rinforzata dall'assenza di controllo giurisdizionale esterno in materia di diritti umani (incluso il controllo



giudiziale interno all'ambito della PESC). Il Diritto della UE, in nome della sua *singolarità e autonomia*, si auto-legittima da sé attraverso un circuito chiuso di legalità, sotto un sistema di garanzie dei diritti umani del tutto carente (Llopis Nadal 39): è una "trappola", una situazione pericolosa che propizia una situazione di abuso del diritto per il raggiungimento degli obiettivi comunitari. È la banalizzazione della violazione dei diritti umani dei migranti e dei profughi che la risposta dell'Europa ai grandi spostamenti di massa ha posto in evidenza. Tutti saranno condannati allo stesso tragico destino se non si produce una modifica sostanziale di questa singolarità della UE, ossia, un *altro modello* di UE, che emergerebbe con l'arrivo della CEDU e la giurisprudenza della Corte EDU al Diritto della UE. Fino ad allora, il naufragio strutturale dello Stato di Diritto, dei diritti umani, come direbbe J. De Lucas (2015), ha una vocazione di permanenza. Lo scudo della UE rispetto alla legittimità democratica è un muro posto di fronte a ciascuno.

La mancanza di adesione della UE alla CEDU provoca una crisi di legittimità democratica. Inoltre, siamo costretti ad assumere questo approccio pensando ad una UE muovendo da parametri che probabilmente risultano alieni all'Unione stessa. In realtà, l'interesse per un modello di integrazione europea la cui legittimità si fonda su un sistema di garanzie di protezione dei diritti umani attraverso il controllo giurisdizionale esterno è alieno ad una UE che non ambisce a questo modello. Visto che, nonostante le metamorfosi terminologiche – dalla *Comunità Economica Europea* all'*Unione Europea*, dal *mercato interno* allo *spazio di libertà, sicurezza e giustizia* – "l'Unione, nella sua essenza, non ha mai smesso di essere ciò che fino al 1993 aveva inscritto nel proprio nome: una comunità economica", il destino è l'economia (Enzensberger 65), tutelando il modello economico che allora predicava uno dei suoi più importanti fondatori, Jean Monnet, e che perdura ancora oggi in tutto il suo apogeo globalizzante. È il paradigma della rendita economica dell'essere umano vincolata alla sostenibilità del mercato, la "socializzazione delle perdite e la privatizzazione delle garanzie" (Enzensberger 75), è ciò che mostra come i diritti umani stiano soffrendo una grave metamorfosi nello spirito di un'etica che gira esclusivamente intorno alla supremazia degli interessi dei mercati. È ciò che mostra come i rifugiati o i richiedenti protezione internazionale siano "pesi fastidiosi" perché il loro profilo esclusivamente umano non può metabolizzarsi attraverso le regole del mercato, perché non possono essere sottomessi allo stesso schema economico del migrante.

L'Europa dei Diritti, in questa cornice umana, non è nulla più di un'illusione, nella misura in cui è filtrata dalla dottrina della "comunitarizzazione".

BIBLIOGRAFIA

Álvarez García, Javier, e Queralt Jiménez, Argelia. "El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)." *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., a cura di Javier García Roca e Pablo Santolaya, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.



Amnesty International. *A perfect storm: The failure of European policies in the Central Mediterranean* (6 luglio 2007). Dichiarazioni di Iverna McGowan, direttrice dell'ufficio di Amnesty International presso le Istituzioni Europee. <https://www.amnesty.org/es/press-releases/2018/02/a-year-after-italy-libya-migration-deal-time-to-release-thousands-trapped-in-misery-pr/>. Consultato il 18 Gen. 2019.

Arendt, Hannah. "Nosotros, los refugiados." *Tiempos presentes*. Gedisa, 2002.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Comunicato Stampa n° 180/14. Lussemburgo, 18 Dicembre 2014. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180es.pdf>. Consultato il 18 Gen. 2019.

De Lucas, Francisco Javier. "Un problema jurídico y político, no de caridad (Sobre las políticas Europeas de inmigración y asilo, tras los naufragios de octubre en Lampedusa)." *Jueces para la Democracia*, n° 78, 2013, pp. 5-12.

---. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Tirant Humanidades, Valencia, 2015.

Enzensberger, Hans Magnus. *El gentil monstruo de Bruselas*, Anagrama, 2012.

Fallada García-Valle, Juan Ramón. "Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos." *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 20, 2010, pp. 43-66.

García Roca, Javier, e María Díaz Crego. "Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 2008." *La Inmigración en España en 2008. Anuario de inmigración y políticas de inmigración*, a cura di Eliseo Aja Fernández et al., Cindob, 2009, p. 267.

Jiménez Sánchez, Carolina. "Derecho de asilo." *La Europa de los Derechos, Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, a cura di Cristina Monereo Atienza, e José Luis Monereo Pérez, Comares, 2012, p. 417.

Llopis Nadal, Patricia. "La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: un asunto que continúa pendiente tras el dictamen 2/13 del TJUE." *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, pp. 3-39.

Morgades Gil, Silvia. "La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 37, 2010, pp. 801-842.

Nair, Sami. *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*. Planeta (Crítica), 2016.

Pomares Cintas, Esther. "La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio." *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 7, sept. 2014 – feb. 2015, pp. 143-174

Portilla Contreras, Guillermo. "Derecho a la libertad y a la seguridad." *La Europa de los Derechos, Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, a cura di Cristina Monereo Atienza, e José Luis Monereo Pérez, Comares, 2012, pp. 130-131.

Rapporto CEAR (2016) *Las personas refugiadas en España y Europa*. https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe_CEAR_2016.pdf. Consultato il 18 Gen. 2019.



Rapporto Speciale (2017) "Respuesta de la UE a la crisis de los refugiados: el enfoque de «puntos críticos». https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR17_6/SR_MIGRATION_HOTSPOTS_ES.pdf Consultato il 18 Gen. 2019.

Salinas De Frías, Ana. "La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", 23 de noviembre, 2015. <https://aquiencia.net/2015/11/23/la-union-europea-y-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos-por-ana-salinas-de-frias/>. Consultato il 18 Gen. 2019.

Terradillos Basoco, Juan María. "El Derecho Penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración." *Un Derecho Penal comprometido, Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, a cura di Paz Núñez, et al., Tirant lo blanch, 2011, pp. 1113-1137.