

ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DELLA
TUSCIA

ANNUARIO ADiM
2020

Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione

A cura di

Alessandro Bufalini
Giulia Del Turco
Francesco Luigi Gatta
Mario Savino
Flavio Valerio Virzi
Daniela Vitiello

Questo volume è stato realizzato con il contributo economico del Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici (DISTU) dell'Università della Tuscia, nell'ambito del Progetto di eccellenza 2018-2022. L'iniziativa è promossa dall'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), rete scientifica che riunisce studiosi italiani e stranieri impegnati in attività ricerca e formazione in materia di immigrazione.

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2021
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
979-12-5976-074-6

INDICE

<i>Presentazione</i>	10
----------------------	----

PARTE I: LA DIMENSIONE NAZIONALE

IL GOVERNO DELL'IMMIGRAZIONE IN ITALIA: IL DECRETO IMMIGRAZIONE 2020 E L'ATTUAZIONE DEI DECRETI SICUREZZA 2018 E 2019

MARIO SAVINO, Riforma o Controriforma? Il “decreto Lamorgese” e la tela di Penelope	13
ANTONIO MARCHESI, <i>Non refoulement</i> e rispetto della vita privata e familiare nel nuovo “decreto immigrazione”	19
SALVATORE FABIO NICOLOSI, Il decreto immigrazione 2020 e il dilemma della protezione umanitaria alla luce del diritto internazionale ed europeo	28
EMANUELA PISTOIA, Una questione di dignità. Il superamento dell'abolizione dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo in Italia	38
SIMONA D'ANTONIO, Una nuova formula per l'accoglienza dei richiedenti asilo	46
MANUELA CONSITO, L'accoglienza e il trattenimento del richiedente asilo dopo il c.d. decreto immigrazione 2020: tra (tiepidi) ritorni al passato e nuove restrizioni	58
MICAELA VITALETTI, Il lavoro degli stranieri e le modifiche introdotte dal decreto immigrazione 2020	68
ELISABETTA GIOVANNA ROSAFIO, Prime osservazioni in materia di immigrazione via mare a seguito dell'entrata in vigore del decreto immigrazione 2020	75
ANDREA DE PETRIS, Il decreto sicurezza I: luci e ombre per il nuovo sistema di accoglienza e integrazione	88
ANDREA DE PETRIS, Asilo ed accoglienza ad un anno dal decreto sicurezza I: una precarietà annunciata?	97
BARBARA BOSCHETTI, Servivano davvero gli artt. 1 e 2 del decreto sicurezza- <i>bis</i> ?	104
OMAR MAKIMOV PALLOTTA, La protezione temporanea per motivi umanitari nel sistema di tutela delle persone migranti delineato dal decreto sicurezza I	109
STEFANO ZIRULIA, Decreto sicurezza- <i>bis</i> : una riforma è urgente (benché l'arma sia ormai spuntata)	115

L'IMMIGRAZIONE E L'ASILO AI TEMPI DEL COVID-19

CECILIA CORSI, Esigenze di tutela e nuovi bilanciamenti: il trattamento dello straniero in tempo di pandemia	122
FLAVIO VALERIO VIRZÌ, L'emergenza sanitaria attraverso il prisma delle politiche migratorie	131
SIMONE PENASA, La formalizzazione della domanda di protezione internazionale come "zona d'ombra" del diritto dell'immigrazione: l'emergenza sanitaria e la giusta distanza	136
MADIA D'ONGHIA, Gli immigrati resi ancora più invisibili dal Coronavirus: una vita sospesa tra emergenza sanitaria e <i>lockdown</i>	143
ANDREA DE PETRIS, COVID-19 e immigrazione: l'urgente necessità di una regolarizzazione	152
FRANCESCA BIONDI DAL MONTE, Regioni, emergenza sanitaria e immigrazione. Riflessioni in tema di competenze a partire dall'ordinanza 22.8.2020 del Presidente della Regione Siciliana	160
GIUSEPPE TERRANOVA, La geopolitica del coronavirus tra isolamento nazionalista e solidarietà globale	170

I DIRITTI COLLEGATI AL SOGGIORNO DELLO STRANIERO

ROBERTO CHERCHI, L'aggiornamento o rinnovo del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo tra norme vigenti e cattive pratiche amministrative	175
VIRGINIA PASSALACQUA, Diritto di residenza per il cittadino dell'Unione che dispone di risorse sufficienti derivanti da attività lavorativa illegale	182
MARIA TERESA AMBROSIO, La "provenienza" delle risorse quale criterio non valutabile per la concessione dello <i>status</i> di soggiornante di lungo periodo	190
VIRGINIA PASSALACQUA, Revoca dello stato di lungo soggiornante e ordine pubblico: secondo tentativo per le corti spagnole	197
MARIA TERESA AMBROSIO, Parità di trattamento e sicurezza sociale: il diritto all'erogazione dell'assegno familiare anche per i periodi di assenza dallo Stato membro	205
CARMEN SPINELLI, L'assegno sociale degli stranieri extracomunitari e gli "speciali" requisiti di accesso	212
MARTINA GALLI, Sfruttamento del lavoro e "stato di bisogno" legato alla condizione di straniero	218
MARIA TERESA AMBROSIO, Molestie razziali sul luogo di lavoro. La responsa-	

bilità del datore per le molestie perpetrate da un proprio dipendente a danno dei colleghi di origine africana	230
MARTINA GALLI, “Un sistema per disperati”. Migranti, sfruttamento lavorativo “digitale” e strumenti penali	237

**INTEGRAZIONE E ACCOGLIENZA
DEI RICHIEDENTI ASILO E DELLE VITTIME DI TRATTA**

MANUELA CONSITO, Per tornare a parlare di <i>Green New Deal</i> , tra diritto d’asilo e solidarietà	249
EMANUELE BOSCOLO, La città “con gli occhi degli altri”: l’integrazione negli spazi territoriali	255
CRISTIANA LAURI, L’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. Verso un “diritto alla città”?	267
ANNA FAZZINI, L’accoglienza dei richiedenti asilo e il ruolo dei media <i>Public Watchdog</i>	279
GIULIA DEL TURCO, La revoca delle misure assistenziali ai richiedenti asilo: la dignità umana come limite invalicabile e la necessità di un intervento legislativo	288
MIRKO FORTI, Alla ricerca di un punto di equilibrio tra la salvaguardia dell’ordine pubblico e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti richiedenti protezione internazionale: la decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea nel caso <i>Haqbin</i>	294
FRANCESCA CURI, A proposito del reato di tratta. La Grande Camera fissa un decalogo	299
FRANCESCO MORESCO, Quando il sistema accresce la vulnerabilità: la vittima di tratta scivola nelle pieghe dell’accoglienza	314
ALVISE SBRACCIA, La pericolosità convertita: note sociologiche sulla radicalizzazione jihadista e i processi di criminalizzazione	321

LE GARANZIE PROCEDIMENTALI E PROCESSUALI

FRANCESCO LUIGI GATTA, Equo processo e espulsione dello straniero (regolare). La Grande Camera di Strasburgo delinea i diritti di trasparenza procedurale	329
GIOVANNA LAURIA, La protezione dei migranti apolidi e il ruolo della Corte di Strasburgo: verso un obbligo di istituzione di procedure (effettive) per la determinazione dell’apolidia ai sensi della CEDU?	341
MONICA PARODI, The Respect of the Rule of Law in the EU Member States’ Legislation on Asylum: Which Role for the EU?	349

LAURA RIZZA, Diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo e (limiti all') autonomia processuale degli Stati in materia di protezione internazionale	356
GIULIA DEL TURCO, Violazioni procedurali e clausole nazionali di non annullabilità: la Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sul diritto ad essere sentiti	365
EMELLIN DE OLIVEIRA, The Determination of 'Other Authorities' and the Status of Applicant for International Protection: The Crossword Puzzle	374
LAURA PERGOLIZZI, Procedura per il rilascio del permesso di soggiorno e preavviso di rigetto. Verso una tutela "rafforzata" delle garanzie procedurali dei cittadini stranieri? A proposito di una recente sentenza del Consiglio di Stato	381
LAURA PERGOLIZZI, La rilevanza del termine di conclusione del procedimento di conferimento della cittadinanza italiana	388
LAURA PERGOLIZZI, Protezione internazionale e istruttoria del giudice ordinario: l'attenuazione dell'onere della prova tra principio di tutela giurisdizionale effettiva ed applicazione delle regole processuali	397
FLAVIO VALERIO VIRZÌ, L'attuazione del d.lgs. n. 33 del 2013 nell'ambito delle politiche migratorie: dal diniego generalizzato di accesso al diritto di accesso generalizzato	406
FLAVIO VALERIO VIRZÌ, L'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA) e i suoi limiti in materia di immigrazione	412
SERENA STACCA, Il potere amministrativo in materia di cittadinanza: il vento sta cambiando?	418
DILETTA TEGA, I 20 anni della Carta di Nizza: l'impatto sull'immigrazione	426

PARTE II:

LA DIMENSIONE EUROPEA E INTERNAZIONALE

LA RIFORMA DEL DIRITTO EUROPEO DELL'IMMIGRAZIONE E DELL'ASILO NEL NUOVO PATTO

JEAN-PIERRE CASSARINO, Readmission, Visa Policy and the "Return Sponsorship" Puzzle in the New Pact on Migration and Asylum	433
ROSSANA PALLADINO, Efficacia dei rimpatri e tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti: quale equilibrio nelle prospettive di riforma della direttiva rimpatri?	442
LUISA MARIN, The 2020 Proposals for Pre-entry Screening and Amended Border Procedures: A System of Revolving Doors to Enter (and Leave) Europe?	452

EMANUELA PISTOIA, Il nuovo Patto e la gestione degli sbarchi	460
CHIARA SCISSA, The (New) Commission's Approach on Temporary Protection and Migration Crisis	468
MAURA MARCHEGIANI, Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità	476
EMANUELA PISTOIA, Dai ricollocamenti alla riforma del sistema comune di asilo, e ritorno?	485
SIMONE PENASA, Il Nuovo Patto e l'idea di solidarietà: principio fondativo del sistema europeo di asilo o metodo di allocazione delle responsabilità tra Stati membri?	489
MARIO SAVINO, On Failed Relocation and Would-be Leviathans: Towards the New Pact on Migration and Asylum	498

**IL DIRITTO ALLE FRONTIERE INTERNE ED ESTERNE
DELL'UNIONE EUROPEA**

MARIO SAVINO, Oltre i decreti sicurezza: la "tirannia di Schengen" sulla politica dell'Italia in materia di immigrazione e asilo	508
CHIARA LOSCHI, The Regulation (EU) 2019/1896 on the European Border and Coast Guard Agency (FRONTEX): Preliminary Insights on Inter-agency Cooperation and Implications for Fundamental Rights	513
SIMONE PENASA, La <i>relocation</i> come "minaccia" alla sicurezza nazionale? Prerogative statali, obblighi di solidarietà e spinte sovraniste	521
GIORGIA LO TAURO, GIULIANA QUATTROCCHI, Managing Migration Flows at the Balkan Borders: Which Challenges to the Rule of Law?	527
FEDERICO CASOLARI, <i>International (Binding) Law Strikes Back: lo Statement UE-Turchia alla prova della recente crisi migratoria</i>	536
ANTONIO M. MORONE, Il nuovo <i>MoU</i> tra Turchia e Libia: una sfida alle politiche europee di contenimento delle migrazioni irregolari	540
ALICE RICCARDI, Falsa partenza per i visti umanitari di fronte alla Corte europea dei diritti umani	542
ELEONORA FRASCA, Private Sponsorship Programmes in Europe and the Rule of Law: Towards a Greater Involvement of Private Actors in International Protection	552
SIMONE MARINAI, L' <i>Internal Market Bill</i> e la circolazione delle persone nelle future relazioni UE/UK	558

**NON-REFOULEMENTE DIVIETO DI ESPULSIONI COLLETTIVE
DINANZI ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
E AL COMITATO ONU SUI DIRITTI UMANI**

ALESSANDRO BUFALINI, Tra visti umanitari e respingimenti alla frontiera: si può ancora cercare asilo in Europa?	570
ANNA FAZZINI, La sentenza <i>N.D. e N.T.</i> e il divieto di espulsioni collettive: una prova di equilibrismo tra flessibilità, restrizioni e più di una contraddizione	576
GIULIA SANTOMAURO, La controversa decisione della Corte Edu nel caso <i>N.D. e N.T. c. Spagna</i> sul divieto di espulsioni collettive: il diritto di avere diritti a rischio per i richiedenti asilo?	585
ALESSANDRO BUFALINI, Ancora a margine del caso <i>N.D. e N.T. c. Spagna</i> : la retorica dell'invasione si fa largo a Strasburgo?	593
VALENTINA FAGGIANI, Da <i>N.D. e N.T.</i> a <i>M.K. e altri</i> : la progressiva configurazione del divieto di "espulsione collettiva" e delle sue eccezioni nei contesti di violazione sistemica	597
ALESSANDRO BUFALINI, L'insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive	605
MIRKO FORTI, Pericolo di ritorsioni per l'orientamento sessuale per individui sottoposti a procedura di allontanamento e l'art. 3 CEDU quale strumento di tutela	614
MICHELA CASTIGLIONE, La decisione del Comitato ONU dei diritti umani nel caso <i>Teitiota c. Nuova Zelanda</i> . Dal divieto di respingimento dei migranti ambientali verso il riconoscimento della categoria dei rifugiati ambientali?	622

IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO

LORENZO BERNARDINI, La detenzione amministrativa degli stranieri: analisi statistica del fenomeno	631
ELENA VALENTINI, Detenzione amministrativa e custodia cautelare in carcere: intersezioni, somiglianze, inaccettabili differenze	640
GUIDO SAVIO, Le misure alternative al trattenimento amministrativo dei migranti in attesa di espulsione	649
MICHELA TUOZZO, Detenzione amministrativa e <i>best practice</i> dalla Spagna	655
MICHELA CASTIGLIONE, La (il)legittimità della detenzione negli <i>hotspot</i> greci	664
FRANCESCO LUIGI GATTA, Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte I – espulsione e art. 3 CEDU)	672

FRANCESCO LUIGI GATTA, Diritti al confine e il confine dei diritti: (Parte II – detenzione e art. 5 CEDU)	680
LUISA MARIN, La Corte di Giustizia riporta le ‘zone di transito’ ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)	688
FRANCESCO LUIGI GATTA, Chi vuole un terrorista? La detenzione dello straniero in vista dell’espulsione viola la CEDU in assenza di una prospettiva realistica di concretizzare il suo allontanamento dallo Stato	698

IL SOCCORSO IN MARE

MASSIMO STARITA, Dovere di soccorso in mare, diritto internazionale e cause di esclusione dell’illiceità penale	706
FRANCESCA DE MARINIS, Il caso <i>Alan Kurdi</i> : tra obblighi internazionali di salvataggio in mare e profili di diritto penale interno	714
ELEONORA FRASCA, Navigare in acque trasparenti: i documenti sulle attività di ricerca e salvataggio in mare di Frontex intorbiditi dall’eccezione di sicurezza pubblica	726
FRANCESCA CANCELLARO, Caso <i>Vos Thalassa</i> : una discutibile pronuncia della Corte d’Appello di Palermo sui rapporti tra legittima difesa e non-refoulement	731

PRESENTAZIONE

Il Volume inaugura la serie degli Annuari dell'Accademia di diritto e migrazione (ADiM), destinata a raccogliere gli scritti pubblicati di anno in anno nell'ADiM Blog. Nato come spazio *on-line* ad accesso libero, il Blog di ADiM intende promuovere il dibattito scientifico interdisciplinare sui temi dell'immigrazione e dell'asilo, con l'obiettivo specifico di rafforzare il dialogo tra l'area giuridica e le altre scienze sociali. La raccolta copre un arco temporale che va dall'avvio dell'ADiM Blog (ottobre 2019) alla fine del 2020 (con l'aggiunta, nel primo capitolo, di alcuni contributi sul c.d. decreto immigrazione di fine 2020, pubblicati nel Blog a gennaio 2021).

Nel periodo di riferimento del Volume, la *governance* della migrazione e dell'asilo ha subito trasformazioni rilevanti, tanto a livello nazionale, quanto a livello europeo e internazionale. Nell'ordinamento italiano, durante i Governi Conte I e Conte II si è assistito a un processo di riforma e controriforma, accompagnato da tensioni politiche, complesse vicende giudiziarie, moniti del Presidente della Repubblica e interventi della Corte costituzionale. Non sono poi mancate le difficoltà applicative, in parte dovute ad antinomie e lacune del dettato legislativo, in parte a difformi o discutibili prassi applicative.

Il d.l. n. 130 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 173 del 2020, da ultimo, è intervenuto a eliminare buona parte delle restrizioni introdotte dai c.d. decreti sicurezza nn. 113 del 2018 e 53 del 2019. Sono stati attenuati i limiti previsti per il transito e la sosta nel mare territoriale di navi private impegnate in operazioni di soccorso. Si è tentato di rimediare alla soppressione della protezione umanitaria, attraverso l'introduzione di una forma assai simile di "protezione speciale". È stato riformato il sistema di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, tra l'altro, attraverso l'istituzione del Sistema di Accoglienza e Integrazione (SAI), assimilabile al preesistente SPRAR. Infine, è stata ripristinata l'iscrizione anagrafica del richiedente, in linea con le indicazioni contenute nella sentenza 186/2020 della Corte costituzionale.

Anche nell'Unione europea si sono registrati importanti cambiamenti, con il passaggio di consegne tra la Commissione Juncker e la Commissione Von der Leyen. La prima aveva faticosamente retto il timone delle politiche migratorie nel delicato quinquennio 2014-2019, coincidente con il picco del-

la c.d. crisi dei rifugiati, mediante un pacchetto di riforme controverso, che, per tutta la parte relativa all'asilo, non ha mai visto la luce. I principali risultati sono stati la dichiarazione UE-Turchia del marzo 2016 – che ha drasticamente ridotto l'afflusso di rifugiati siriani in Europa, producendo una sostanziale discriminazione fondata sulle modalità d'ingresso e comprimendo il principio di *non refoulement* – e la riforma di Frontex, rapidamente approvata nel 2019 (reg. 2019/1896), ma presto messa in crisi dalle negligenze dell'Agenzia europea e dal suo controverso ruolo nelle operazioni di frontiera in Grecia e altri Stati membri dell'Est europeo. Con l'avvio della legislatura nel novembre 2019, la nuova Commissione ha intrapreso il suo percorso in acque non meno agitate: dai dissidi sulla natura e sugli effetti del principio di solidarietà interstatale, alle numerose crepe emerse nell'applicazione della dichiarazione-accordo con la Turchia, pilastro della strategia europea di esternalizzazione delle frontiere; dai respingimenti condotti con la presunta complicità di Frontex, alla crisi umanitaria della rotta balcanica, fino all'irrisolto dramma degli *hotspot* greci, culminato nell'incendio che a settembre 2020 ha distrutto il campo migranti di Moria, il più grande d'Europa.

In questo poco confortante scenario, la Commissione ha promesso il superamento delle criticità del sistema Dublino, presentando un atteso pacchetto di riforme, che, nonostante la denominazione di “Nuovo Patto”, sembra porsi in sostanziale continuità con il passato, rimanendo ancorato a logiche securitarie e di contenimento dei flussi.

Più che le cancellerie delle istituzioni e dei ministeri, le vere protagoniste di questa fase sono state le corti nazionali ed europee. A livello interno, basti richiamare la già evocata pronuncia della Consulta in tema di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, ma anche le coraggiose decisioni del Tribunale di Roma sull'effettività dell'accesso all'asilo e sul diritto di ingresso nel territorio italiano dello straniero a rischio di *refoulement*. A livello europeo, la Corte di Giustizia si è dovuta confrontare con le crescenti spinte sovraniste, ritornando, tra l'altro, sull'annosa “saga” delle ricollocazioni e inaugurando un importante filone giurisprudenziale sullo stato di diritto alle frontiere esterne, attraverso pronunce di impatto sistemico in materia di respingimenti, mancata registrazione delle domande d'asilo e detenzione nelle zone di transito. A livello internazionale, dalla giurisprudenza di Strasburgo, in particolare della Grande Camera, sono emerse pronunce tanto rilevanti quanto cedevoli rispetto alle politiche di contenimento statali: da quella sul ridimensionamento del divieto di espulsioni collettive nel caso *ND e NT*, alla pronuncia sulla detenzione (negata) nelle zone di transito ungheresi, fino alla decisione di netta chiusura sui visti umanitari.

Last but not least, il periodo coperto dal Volume coincide con la comparsa e la diffusione del Covid-19. Su scala globale, la pandemia non ha soltanto temporaneamente rallentato i processi di globalizzazione ma ha ridefinito le stesse dinamiche migratorie, schiudendo nuovi (e ancora imprevedibili) scenari per la mobilità internazionale. A livello europeo, la pandemia ha colpito direttamente la circolazione delle persone, spingendo l'UE ad adottare misure generalizzate: tanto alle frontiere interne, così contribuendo ad aggravare la crisi dei sistemi Schengen e Dublino, quanto alle frontiere esterne, determinando un drastico calo nella mobilità dei migranti in entrata e nell'accesso all'asilo (secondo EASO oltre 30% di domande in meno nel 2020: il livello più basso dal 2013). Nell'ambito dell'ordinamento interno, la gestione dell'emergenza pandemica ha contribuito a legittimare, da un lato, l'adozione di misure restrittive nel Mediterraneo e, dall'altro, la sanatoria di migranti irregolari occupati in settori economici particolarmente colpiti dalle misure di *lockdown*.

Un anno, insomma, certamente ricco di novità e foriero di nuove sfide, anche giuridiche, in buona misura raccolte dai contributi contenuti nel presente Volume. Buona lettura!

La Redazione ADiM Blog

**PARTE I:
LA DIMENSIONE NAZIONALE**

**IL GOVERNO DELL'IMMIGRAZIONE IN ITALIA:
IL DECRETO IMMIGRAZIONE 2020
E L'ATTUAZIONE DEI DECRETI SICUREZZA 2018 E 2019**

**RIFORMA O CONTRORIFORMA?
IL "DECRETO LAMORGESE" E LA TELA DI PENELOPE**

Mario Savino*

Il messaggio veicolato dal Governo Conte II con l'adozione del c.d. decreto Lamorgese è chiaro: ripristinare il primato della *rule of law*, ricucendo i più vistosi strappi inferti al tessuto normativo dai c.d. decreti Salvini, attraverso una loro «rimodulazione che tenga conto dei principi costituzionali e di diritto internazionale vigenti in materia»¹. Alcuni profili di tensione con la Costituzione e i vincoli esterni erano già stati evidenziati dal Presidente della Repubblica, il quale, in sede di emanazione del d.l. n. 113/2019², aveva richiamato la perdurante cogenza degli obblighi costituzionali e internazionali (in particolare, dell'art. 10 Cost.) e, in sede di promulgazione della l. n. 77/2019, di conversione del d.l. 53/2019³, aveva adombrato dubbi sulla compatibilità con l'obbligo di soccorso in mare del divieto ministeriale di ingresso nelle acque territoriali, nonché sulla proporzionalità della sanzione amministrativa prevista in caso di violazione. Inoltre, la Corte costituzionale, con sent. n. 186 del 2020, aveva pochi mesi prima accolto le censure di legittimità relative alla cancellazione dell'iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo, ritenendola in contrasto con l'art. 3 Cost⁴.

Così, una operazione politicamente difficile – considerata la permanenza

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Tuscia.

¹ Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del d.l. n. 130/2020, in <https://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2727.18PDL0118490.pdf>, cit., p. 3.

² <https://www.quirinale.it/elementi/18098>.

³ <https://www.quirinale.it/elementi/32099>.

⁴ C. LAURI, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. Verso un "diritto alla città"?*, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, Agosto 2020.

nella coalizione di governo della forza di maggioranza relativa (il M5S) che sosteneva anche l'esecutivo Conte I, autore dei predetti decreti Salvini – è divenuta possibile sulla base di un argomento di doverosità giuridica, avallato dai nostri massimi arbitri istituzionali. Forte di questa legittimazione esterna, la controriforma operata con il decreto Lamorgese ha potuto colpire tutte le principali misure “vessillo” dei decreti Salvini: la protezione umanitaria e l'iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo, cancellate dal d.l. n. 113/2018, sono state entrambe ripristinate⁵, mentre la disciplina del divieto di ingresso e transito di navi nel mare territoriale, introdotta dal d.l. n. 53/2019, è stata riscritta per fare espressamente salve le operazioni di soccorso in mare, circoscrivere il potere ministeriale ai soli motivi di ordine e sicurezza pubblica e ripensare l'apparato sanzionatorio⁶.

La seconda *ratio* dell'intervento legislativo è anch'essa riconducibile a una necessità, a suo modo, oggettivata: quella di «porre rimedio ad alcuni aspetti funzionali che avevano generato difficoltà applicative»⁷. Su questa base, la controriforma ha riportato indietro le lancette della legislazione in tema di accoglienza dei richiedenti asilo e di acquisto della cittadinanza.

Sul primo versante, le difficoltà applicative prodotte dal d.l. n. 113/2018 sono note⁸. La esclusione dei richiedenti asilo dal sistema territoriale di accoglienza diffusa (prima Sprar, poi Siproimi e ora Sistema di accoglienza e integrazione – SAI), già temperata con misure transitorie nel corso della pandemia (art. 86-bis del d.l. n. 18/2020 e art. 16 del d.l. n. 34/2020), è stata rimossa. Tuttavia, una distinzione sopravvive nella differenziazione, ora introdotta, tra servizi di primo e secondo livello del SAI, che preclude ai richie-

⁵ Su tali profili, si v., rispettivamente S. NICOLOSI, *Il decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130 e il dilemma della protezione umanitaria alla luce del diritto internazionale ed europeo*, e E. PISTOIA, *Una questione di dignità. Il superamento dell'abolizione dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo in Italia*, entrambi in ADiM Blog, Analisi & Opinioni, Gennaio 2021.

⁶ Cfr. E. ROSAFIO, *Prime osservazioni in materia di immigrazione via mare a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173*, in ADiM Blog, Analisi & Opinioni, Gennaio 2021.

⁷ Così sempre nella richiamata Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del d.l. n. 130/2020, cit., p. 3.

⁸ Cfr. A. DE PETRIS, *Asilo ed accoglienza ad un anno dal Decreto Sicurezza I: una precarietà annunciata?*, in ADiM Blog, Analisi & Opinioni, Gennaio 2020; M. GIOVANNETTI, *L'accoglienza di richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *IUS MIGRANDI. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020.

denti asilo l'accesso ai servizi finalizzati all'integrazione lavorativa. La relazione illustrativa giustifica la scelta richiamando, di nuovo, un arbitro istituzionale – la Corte dei conti – che, nella Relazione del 2018 sulla prima accoglienza, rilevava l'opportunità di «evitare di riconoscere un 'diritto di permanenza indistinto' a tutti coloro che sbarcano e, quindi, ammettere un'accoglienza di molti mesi (se non anni) durante i quali i migranti, non avendone titolo, vengono di fatto inseriti anche nei c.d. percorsi di formazione professionale finalizzati all'integrazione, con oneri finanziari gravosi a carico del bilancio dello Stato»⁹ (p. 100).

Come si è osservato, questa differenziazione, pur giuridicamente legittima, appare tollerabile negli esiti applicativi soltanto a condizione che vi sia «un investimento reale sui tempi di definizione dei procedimenti di asilo, che vada a ridurre quella sorta di “limbo” in cui si trova il richiedente asilo, sospeso tra la possibilità di ottenere protezione e quella di essere allontanato dal territorio»¹⁰. D'altrapiarte, occorrerebbe tener conto dei condizionamenti derivanti dal livello europeo. Nel diritto UE, si va delineando una differenziazione diversa, tutta interna alla categoria dei richiedenti asilo: posto che «le domande di asilo con scarse probabilità di essere accettate dovrebbero essere esaminate rapidamente senza richiedere l'ingresso legale nel territorio dello Stato membro»¹¹, i richiedenti asilo ammessi nel sistema di accoglienza, in ragione della maggiore probabilità di ottenere protezione, sembrano essere destinati a un trattamento equiparato a quello dei rifugiati, sia rispetto all'accesso a una abitazione, sia rispetto a profili più direttamente legati alla integrazione professionale¹².

⁹ Relazione su “La ‘prima accoglienza’ degli immigrati: la gestione del fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo”, in <https://www.camera.it/temiap/2018/03/23/OCD177-3509.pdf>, cit., p. 100.

¹⁰ Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2021, cit., p. 127; si v. anche M. CONSITO, *L'accoglienza e il trattenimento del richiedente asilo dopo il c.d. decreto immigrazione 2020: tra (tiepidi) ritorni al passato e nuove restrizioni*, in ADiM Blog, *Analisi & Opinioni*, Dicembre 2020, e S. D'ANTONIO, *Una nuova formula per l'accoglienza dei richiedenti asilo*, in ADiM Blog, *Analisi & Opinioni*, Gennaio 2021.

¹¹ Così, EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum*, COM (2020) 609 final, 23.9.2020.

¹² Si v. il Piano di azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027, §§ 2 e 4, in <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/Documents/Piano-azione-per-integrazione-e-inclusione-2021-2027.PDF>.

Sul secondo versante, relativo all'acquisto della cittadinanza, il d.l. n. 113/2018 aveva previsto un raddoppio del termine di conclusione del relativo procedimento, portandolo da 24 a 48 mesi. Con il nuovo intervento normativo, il termine è stato ridotto prima a 36 mesi (con d.l. n. 130/2020) e poi, in sede di conversione, a 24 mesi, prorogabili fino a un massimo di 36 (art. 9-ter, l. n. 91/1992). Il ritorno al passato resta insoddisfacente, non solo perché incompleto, data la possibilità di proroga fino a 36 mesi, ma, più in generale, per il carattere abnorme della tempistica evocata. La legge generale sul procedimento amministrativo (art. 2) fissa il termine ordinario di conclusione in 30 giorni, prorogabili, per le decisioni più complesse, fino a un massimo di 6 mesi. Al contempo, però, ammette eccezioni proprio per i procedimenti in materia di cittadinanza e immigrazione. Qual è il senso di questa eccezione, di dubbia coerenza con il principio di ragionevolezza? Certamente, conta la persistenza di paradigmi culturali ormai obsoleti. Ma conta ancor più il timore di mettere in discussione equilibri amministrativi consolidati, nella distribuzione delle risorse e delle attribuzioni: equilibri che, però, non tengono conto degli effettivi carichi di lavoro degli uffici che curano gli "affari" degli stranieri, né tantomeno del grado di soddisfazione del non-cittadino/utente. Come spiegare, altrimenti, il fatto che il medesimo termine, nella legislazione tedesca, sia di appena 3 mesi, contro i nostri 24/36? Evidentemente, ai nostri decisori sfugge ancora la portata delle conseguenze che quelle scelte distributive e le conseguenti inefficienze amministrative producono non solo per le prospettive di vita individuali degli immigrati, ma anche, sul piano aggregato, per la nostra coesione sociale, pregiudicata dalla scarsa capacità del sistema di includere e integrare.

Quella così realizzata è, dunque, una controriforma strategicamente ispirata al rispetto della *rule of law* e alla deferenza istituzionale (in particolare, verso le istituzioni di piazza del Quirinale), che però appare priva del coraggio necessario a proporre una visione organica o a invertire logiche di sistema disfunzionali. Lo dimostra, innanzitutto, la timidezza degli interventi appena evocati, riguardanti il sistema di accoglienza (che resta ancorato alla logica emergenziale dei CAS, pur in un contesto di sbarchi ridotti) e la disciplina dei termini procedurali (ancora prigioniera di una specialità giuridicamente debole e obsoleta). Ma lo dimostrano anche la sopravvivenza di norme dei decreti Salvini – ad esempio, quelle in tema di trattenimento amministrativo, di procedure accelerate di asilo e di revoca della cittadinanza – ispirate a una visione coercitiva e nazionalista, distante da quella che traspare dal decreto Lamorgese.

Allo scarso coraggio si sono probabilmente qui cumulati un atteggiamento

pragmatico (si pensi al limitato impatto concreto della revoca della cittadinanza) e l'acquiescenza rispetto a direttrici ormai consolidate di evoluzione del diritto dell'Unione europea, concernenti tanto l'ampliamento delle ipotesi di trattenimento (specie con riguardo ai richiedenti asilo), quanto la promozione di procedure di asilo accelerate, a scapito delle garanzie del giusto procedimento. In tema di trattenimento, l'adeguamento italiano ai dettami di Bruxelles e alla logica di Schengen¹³ sembra essere più di facciata, perché la moltiplicazione legislativa delle ipotesi di detenzione si scontra con una disponibilità di posti nei CPR tuttora molto limitata (appena 588 posti, di cui 350 effettivamente occupati, secondo i dati acquisiti nelle audizioni condotte a novembre 2020 dalla Commissione affari costituzionali della Camera¹⁴). Ben maggiore è, invece, l'impatto chela semplificazione delle procedure di asilo rischia di produrre sull'esito delle domande di protezione e sulla sorte di quanti – in base alla proposta UE di procedura di frontiera¹⁵ – dovrebbero restare ai margini del territorio europeo: un rischio che evoca la dolorosa immagine del campo greco di Moria.

Un pragmatismo più propositivo traspare, infine, da due gruppi di norme del decreto Lamorgese: quelle che consentono di convertire in permessi per motivi di lavoro un'ampia gamma di permessi di soggiorno¹⁶, e quelle che prevedono il rilascio di un permesso di soggiorno "per integrazione sociale" ai richiedenti asilo c.d. denegati e, in generale, ai migranti che, in caso di rimpatrio, vedrebbero compromesso il diritto al rispetto della loro vita privata e familiare, non più riferito soltanto ai legami familiari, ma esteso anche agli altri vincoli lavorativi e sociali¹⁷. Così, non solo l'Italia fa finalmente propria la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8 CEDU come limite agli automatismi espulsivi, destinati ormai a essere espunti

¹³ M. SAVINO, *Oltre i decreti sicurezza: la "tirannia di Schengen" sulla politica dell'Italia in materia di immigrazione e asilo*, in ADiM Blog, Editoriali, Ottobre 2019.

¹⁴https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/004/194/Scheda_con_Allegati_del_Prefetto_Michele_di_Bari.pdf.

¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 final, 23.9.2020.

¹⁶ Cfr. M. VITALETTI, *Il lavoro degli stranieri e le modifiche introdotte dal nuovo decreto immigrazione e sicurezza*, in ADiM Blog, Analisi & Opinioni, Gennaio 2021.

¹⁷ Cfr. A. MARCHESI, *Non refoulement e rispetto della vita privata e familiare nel nuovo "decreto immigrazione e sicurezza"*, in ADiM Blog, Analisi & Opinioni, Gennaio 2021.

dall'ordinamento¹⁸. Ma, soprattutto, per la prima volta da anni, fa capolino nella legislazione italiana la consapevolezza che espellere gli irregolari è molto difficile e che, come avviene anche in altri ordinamenti europei, dare una veste giuridica alla posizione dei migranti c.d. tollerati è funzionale alla loro integrazione lavorativa e a evitare di alimentare circuiti di illegalità, con benefici non solo per i diretti interessati ma per l'intera comunità di accoglienza.

Sono, questi ultimi, promettenti frammenti di una nuova visione, orientata a una gestione meno ideologica e più pragmatica dei processi migratori. Ma, per il resto, il decreto Lamorgese riflette piuttosto fedelmente l'immagine della tela di Penelope, con un Governo Conte II che disfa di notte la trama che il Governo Conte I aveva tessuto di giorno, secondo la logica maggioritaria della controriforma. A queste condizioni, una vera riforma può attendere.

¹⁸ M. SAVINO, *L'espulsione dal territorio dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2014, p. 23 ss.; ID., *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3/2013, p. 37 ss.

NON REFOULEMENT E RISPETTO
DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE
NEL NUOVO “DECRETO IMMIGRAZIONE”

Antonio Marchesi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio di *non refoulement*. – 3. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare. – 4. In conclusione.

1. *Introduzione*

Il c.d. decreto “Lamorgese”¹ è stato accolto in linea di massima con favore da coloro che avevano invece espresso giudizi negativi sui due precedenti decreti “immigrazione e sicurezza”². Le osservazioni critiche, in verità, non sono mancate³. Non hanno convinto tutti, per esempio, le disposizioni relative al soccorso in mare⁴. Qualche dubbio è stato espresso, inoltre, sulle norme in tema di detenzione amministrativa dei migranti⁵. Vi è chi, poi, ritiene che sia stata persa un’occasione per ripudiare il concetto di “paese di origine si-

* Professore associato di Diritto internazionale, Università di Teramo.

¹ Decreto-legge n. 130 del 21 ottobre 2020 (convertito con modifiche dalla legge del 18 dicembre 2020 n.173).

² Decreto-legge n. 113 del 4 ottobre 2018 e decreto-legge n. 53 del 14 giugno 2019.

³ Si vedano, sul decreto n.130 in generale, le proposte di modifica avanzate dall’Associazione di studi giuridici sull’immigrazione (*Alcune luci e molte ombre nel decreto-legge n.130/2020 in materia di immigrazione e asilo. È indispensabile fare subito modifiche importanti*, 4 novembre 2020, in www.asgi.it) e il commento di A. DE PETRIS, *Il Decreto Immigrazione e Sicurezza: luci e ombre per il nuovo sistema di accoglienza e integrazione*, in *ADiM Blog*, Ottobre 2020.

⁴ Si vedano le osservazioni di Medici Senza Frontiere riportate in E. CAMILLI, *Dietro l’accoglienza rimane la criminalizzazione delle ong*, in *Redattore sociale*, 7 ottobre 2020.

⁵ Si veda il *Parere del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale sul decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130 recante ‘Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico intrattenimento, di contrasto all’utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale’*, 5 novembre 2020, in www.gnpl.it.

curo”, da sempre problematico nella prospettiva del pieno rispetto del “diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni”, riconosciuto nell’art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo. Discutibile, infine, è sembrata a più di un osservatore la norma, presente anche nel nuovo decreto, sulla revoca della cittadinanza per chi commetta alcuni reati di terrorismo, nella misura in cui comporta una differenza di trattamento ingiustificata fra chi è cittadino italiano dalla nascita e chi invece acquista la cittadinanza italiana in un momento successivo. Ciò premesso, il decreto, con qualche “distinguo”, è stato ritenuto per lo più migliorativo rispetto alla disciplina preesistente.

Fra le norme che meritano, a nostro avviso, una valutazione positiva vi è quella che introduce un nuovo comma 1.1 nell’art. 19 del Testo Unico sull’Immigrazione (D.lgs. 286/98), il quale stabilisce un divieto di allontanare cittadini stranieri dal territorio italiano in termini notevolmente più ampi rispetto alle previsioni dei “decreti Salvini”.

Sono due, a ben vedere, le ipotesi prese in considerazione, entrambe in maniera coerente con quanto previsto nelle convenzioni internazionali sui diritti umani di cui l’Italia è parte. La prima, in base alla quale “Non sono ammessi il respingimento o l’espulsione o l’extradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti”, è la trasposizione nel diritto interno di una delle due varianti del principio di *non refoulement* (v. *infra*). La seconda, per la quale “Non sono altresì ammessi il respingimento o l’espulsione di una persona ... qualora esistano fondati motivi di ritenere che l’allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare”, esprime invece una delle svariate declinazioni – quella che riguarda, appunto, l’ingresso e la permanenza sul territorio di uno Stato del quale non si è cittadini – del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Questi due divieti sono opportunamente integrati da specificazioni in ordine agli elementi di cui si dovrà tenere conto nella valutazione, rispettivamente, del rischio di tortura o di altri trattamenti inumani o degradanti e del rischio di una interferenza non giustificata nella vita privata e familiare.

2. *Il principio di non refoulement*

Consideriamo la prima ipotesi. Il principio di *non refoulement* è uno dei limiti internazionali alla libertà statale di allontanare i non cittadini dal pro-

prio territorio – o di non permettere loro di farvi ingresso – che si presenta, come si è accennato, in due versioni: quella originale, di cui all’art.33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951, e quella in cui il non allontanamento è funzionale alla prevenzione della tortura.

La prima versione del principio è recepita dal comma 1 dell’art. 19 del Testo Unico sull’Immigrazione, in base al quale “In nessun caso può disporsi l’espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione”. Questa previsione, che vieta anche il c.d. *refoulement* indiretto, non ha subito modifiche per effetto del decreto n. 130. È stata tuttavia integrata in sede di conversione in legge di quest’ultimo, attraverso l’aggiunta, finalizzata ad adeguare il linguaggio della norma interna agli sviluppi della prassi e della giurisprudenza internazionali, delle parole “di orientamento sessuale, di identità di genere”, dopo la parola “sesso”. A quest’ultima espressione, peraltro, veniva un tempo attribuito, nelle enunciazioni internazionali del principio di non discriminazione, il significato di identità di genere restrittivamente intesa, ovvero limitata alla distinzione uomo-donna. A seguito delle integrazioni all’art. 19, comma 1, il riferimento al “sesso” cessa peraltro – ci sembra – di avere un significato utile.

Il nuovo comma 1.1 contempla, invece, la seconda variante del principio di *non refoulement*. Fonti della norma internazionale – in quest’ultima versione – sono l’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nell’interpretazione ormai consolidata della Corte di Strasburgo, e la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984, anch’essa ratificata dall’Italia, il cui art. 3, par. 1, stabilisce che “Nessuno Stato parte espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura”.

Nel quadro di quest’ultima Convenzione il riferimento è alla sola tortura⁶. Il decreto tuttavia riprende l’orientamento fatto proprio dalla giurispru-

⁶ L’art. 16 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti impone l’obbligo di vietare gli “altri trattamenti” (che non siano atti di tortura ai sensi dell’art.1) ed estende altresì a questi ultimi gli obblighi previsti dagli articoli 10, 11, 12 e 13 della Convenzione stessa. I rimanenti obblighi, fra i quali l’obbligo di non espulsione o respingimento di cui all’art. 3, par.1, sono da intendersi come riferiti alla sola ipotesi della tortura.

denza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che include, invece, fra i presupposti del divieto di allontanamento, tutte le ipotesi di cui all'art. 3 Cedu e, dunque, oltre alla tortura, anche i trattamenti o le punizioni inumani o degradanti.

Si consideri, inoltre, che in sede di conversione in legge del decreto è stata apportata una modifica, che amplia ulteriormente la portata del divieto. Ci riferiamo all'aggiunta, dopo "inumani o degradanti", delle parole "o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'art. 5, comma 6". L'art. 5, comma 6 del Testo Unico sull'Immigrazione, così come modificato dalla stessa legge n. 173, stabilisce, tra le altre cose, che il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno siano condizionati al "rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano". Per effetto del richiamo introdotto in sede di conversione anche il respingimento, l'espulsione e l'extradizione, oltre al rifiuto o alla revoca del permesso di soggiorno, vanno dunque incontro al limite generale del rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali. Dall'obbligo di rispettare la Costituzione e il diritto internazionale (che sarebbe stato comunque presente, anche in assenza del richiamo di cui sopra, ma ... *repetita iuvant*) discende, come si è detto, un ampliamento della portata del divieto così come formulato nel decreto-legge, la cui finalità di prevenzione si estende a pratiche vietate dal diritto internazionale diverse dalla tortura e dai trattamenti inumani o degradanti: per esempio, alle sparizioni forzate, un obbligo di *non refoulement* essendo previsto dall'art. 16 della Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate, di cui, pure, l'Italia è parte⁷. Dall'art. 27 della Costituzione discende poi – com'è noto – il divieto di estradizione laddove ciò possa risultare nell'applicazione della pena di morte, ripudiata dal nostro ordinamento. Quest'ultima ipotesi, peraltro, rientra, secondo la giurisprudenza ormai consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo, fra le pratiche vietate dall'art. 3 Cedu, ogni forma di collaborazione da parte italiana all'inflizione o all'esecuzione di una condanna a morte essendo esclusa, dunque, *anche* per questa ragione⁸.

⁷ La ratifica italiana, autorizzata con legge n.131 del 29 luglio 2015, è stata depositata l'8 ottobre 2015.

⁸ L'evoluzione che ha portato gradualmente la Corte europea a dichiarare l'incompatibilità *tout court* della pena di morte con l'art. 3 della Convenzione ha inizio nel 1989, con la sentenza nel caso *Soering* (Corte Edu, sentenza del 7 luglio 1989, *Soering contro Regno Unito*, ric. 14038/88) per completarsi, vent'anni più tardi, con la sentenza nel caso *Al-Sadoon e Mufti* (Corte Edu, sentenza del 2 marzo 2010, *Al-Sadoon e Mufti contro Regno Unito*, ric. 61498/08).

La norma, come si è accennato, tocca pure la questione delicata della valutazione del rischio. Il contenuto e la struttura, assai peculiari, dell'obbligo che discende dal principio di *non refoulement* comportano non poche difficoltà in sede di applicazione. Si è in presenza, a ben vedere, di un obbligo che s'impone a uno Stato diverso da quello in cui si teme che la tortura (o, eventualmente, un'altra violazione dei diritti umani) possa avere luogo e, più precisamente, di un obbligo di astenersi da una condotta – l'esecuzione di un provvedimento di allontanamento forzato – da cui deriva *un rischio che si potrebbe avverare altrove*. Il livello del rischio richiesto affinché s'imponga l'obbligo di non allontanamento non può essere, evidentemente, fissato con precisione nelle norme convenzionali, essendo affidato, inevitabilmente, alla giurisprudenza, sia internazionale che interna. Il tema non può essere approfondito in questa sede. Basti dire che su tale aspetto il decreto, riprendendo ancora una volta, puntualmente, le norme internazionali (e in particolare l'art. 3, par. 2, della Convenzione del 1984), fornisce un criterio utile laddove prevede che si tenga conto, nella valutazione dei rischi a cui la persona destinataria della misura di allontanamento va incontro nello Stato di arrivo, oltre che della situazione individuale di questa, "dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani". Il relativo accertamento dovrà basarsi su fonti credibili (si tratterà, per lo più, di rapporti degli organi delle Nazioni Unite e/o di organizzazioni non governative particolarmente autorevoli).

Il divieto di *refoulement* contenuto nel decreto è conforme a quanto previsto nelle norme internazionali anche sotto un altro profilo: quella della sua inderogabilità. È avvenuto in passato che i rappresentanti del nostro Governo abbiano sposato, davanti alla Corte di Strasburgo, la tesi sostenuta fra gli altri dal Regno Unito in base al quale il diritto a non essere espulsi in presenza di un rischio di tortura non sarebbe assoluto, dovendo essere bilanciato con gli interessi fondamentali della società. Questa tesi è stata respinta con nettezza dalla Corte⁹. Ebbene, il decreto n. 130 è in linea – a noi sembra – con la posizione dei giudici di Strasburgo. Non sono infatti previste eccezioni. Se un rischio oggettivo di tortura o di trattamenti o punizioni inumani o degradanti – al di là delle eventuali difficoltà di accertamento – c'è, allora l'allontanamento non è consentito. Non vi è margine di apprezzamento dello Stato parte, non vi è discrezionalità della pubblica amministrazione.

Il discorso si fa più complicato per quel che riguarda le diverse possibili

⁹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06.

ipotesi di allontanamento forzato. Il decreto fa riferimento al “respingimento”, alla “espulsione” e alla “estradizione”. Mettendo da parte l’ipotesi dell’estradizione – che costituisce, in un certo senso, un caso a sé – non pongono particolari problemi interpretativi l’espulsione (di chi è già presente sul territorio) e il respingimento *alla frontiera*, l’una e l’altro certamente compresi nel divieto. Più controverse sono talune ulteriori ipotesi di respingimento. Ci riferiamo al respingimento a partire dalle acque internazionali e all’allontanamento forzato affidato a terzi – ad esempio alle agenzie libiche che pattugliano il Mediterraneo centrale (e che sono dall’Italia finanziate e addestrate). Per la Corte di Strasburgo la prima di queste due ipotesi – quella del respingimento di chi, essendo diretto verso le nostre coste, viene fermato da organi dello Stato italiano mentre è ancora in acque internazionali – è “coperta” dalla norma dell’art. 3 Cedu¹⁰. Si ritiene pertanto che debba intendersi come compresa fra le situazioni contemplate nel decreto.

Quanto alla seconda ipotesi, si tratta del fenomeno talvolta descritto – da coloro che ritengono che si tratti di una forma di aggiramento o elusione delle norme internazionali in materia – come respingimento o *refoulement* “delegato”, pratica consistente nell’affidamento a terzi del compito di tenere a distanza persone straniere dirette verso il nostro paese, evitando in tal modo ogni contatto di queste non soltanto con il territorio ma altresì con gli organi dello Stato¹¹. È da escludere, visto l’orientamento adottato dai governi italiani succedutisi negli ultimi anni, che vi fosse intenzione di includere tale ipotesi fra quelle comprese nel divieto. La questione della liceità dei respingimenti “delegati” nella prospettiva della Convenzione europea dei diritti dell’uomo resta nondimeno aperta, essendo attualmente oggetto di ricorsi pendenti davanti ai giudici di Strasburgo¹².

3. *Il diritto al rispetto della vita privata e familiare*

Veniamo alla seconda parte del nuovo comma 1.1. dell’art. 19 del T.U.

¹⁰ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09.

¹¹ Sul fenomeno della “esternalizzazione” in generale si vedano, fra i tanti, V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights Under EU Law*, Oxford, 2017, e A. LIGUORI, *Migration Law and Externalisation of Border Controls*, New York, 2019.

¹² Cfr. Corte Edu, *SS e altri c. Italia*, ric. n. 21660/18.

sull'Immigrazione, relativa al diritto al rispetto della vita privata e familiare. Anche in questo caso vi è una sostanziale corrispondenza tra la norma interna e quanto previsto dalle norme internazionali e in particolare dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Va precisato che non si tratta di una diversa applicazione del principio di *non refoulement* bensì di una regola del tutto diversa, rispondente a una *ratio* differente. Mentre il *non refoulement* ha il fine di impedire un evento negativo (la persecuzione per uno di una serie di motivi oppure la tortura o i trattamenti analoghi) in un altro Stato (lo Stato di destinazione), la norma in questione si propone di tutelare un valore positivo, meritevole di protezione: e cioè il legame stretto e durevole tra una persona e lo Stato ospitante (lo Stato in cui vive, pur non avendone la cittadinanza).

Ciò chiarito, il divieto di allontanamento, in questa ipotesi, non è assoluto. Non lo è, innanzitutto, secondo il diritto internazionale: l'art. 8 della Convenzione europea precisa che il diritto alla vita privata e familiare – anche, evidentemente, nella declinazione relativa all'accesso e alla permanenza sul territorio – può essere oggetto di una “ingerenza della pubblica autorità” se questa è “prevista dalla legge” e se è necessaria, “in una società democratica”, in vista della realizzazione di uno fra diversi interessi collettivi o della protezione “dei diritti e delle libertà altrui”. La norma del decreto, da parte sua, prevede un'eccezione quando l'allontanamento si rende “necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica”. In sede di conversione, peraltro, sono state aggiunte le parole “nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”. In altri termini, è stata aggiunta, tra gli interessi collettivi che limitano la portata del diritto, la protezione della salute e sono stati fissati, nel contempo, dei “contro-limiti” consistenti nella necessità di rispettare due atti (fra loro assai diversi e sulla scelta dei quali non possiamo soffermarci in questa sede): la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e la Carta di Nizza.

Quel che più interessa, però, a nostro avviso, al di là delle restrizioni al diritto a non essere allontanati dal territorio, per ragioni private o familiari, contemplate sia dal diritto internazionale che dal diritto interno, è ancora una volta una questione di interpretazione. Si tratta di valutare nientemeno che l'intensità, indagandone la natura e le caratteristiche, dei legami di una persona con lo Stato in cui vive, per stabilire se l'esecuzione di una misura di allontanamento forzato da questo costituisca o meno violazione di un diritto

fondamentale della stessa. Si tratta, in definitiva, di mettere su uno dei piatti della bilancia l'interesse collettivo all'allontanamento di una persona (si tratterà, per lo più, di una persona che ha commesso reati e/o che è stata valutata in qualche modo pericolosa per la società) e sull'altro l'interesse del singolo a non essere separato a forza dalla sua famiglia e dai suoi affetti, a non perdere il lavoro, per ritrovarsi in uno Stato, quello di origine, con cui potrebbe non avere più alcun legame.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha elaborato criteri da seguire nell'effettuazione di questa delicata operazione di bilanciamento, distinguendo il caso degli immigrati "di prima generazione", giunti nello Stato ospitante in età adulta, da quello degli immigrati "di seconda generazione", nati o arrivati in tenera età nello Stato ospitante. Ai primi vengono applicati i c.d. criteri *Boultif* che tengono conto, oltre che della durata della permanenza nello Stato ospitante e del rispettivo peso dei legami con questo e con lo Stato di origine, di elementi relativi alla vita propriamente familiare (la cittadinanza dei familiari, la durata del matrimonio, la presenza di figli, ecc.)¹³. Ai secondi, si applicano invece i c.d. criteri *Benhebbba*, che integrano i criteri *Boultif* con elementi relativi alla vita privata, ovvero ai legami autonomi della persona straniera con lo Stato ospitante, tendenzialmente più stretti di quelli degli immigrati di prima generazione¹⁴.

Vale la pena segnalare, a margine, come un altro strumento internazionale in materia di diritti umani ratificato dall'Italia, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, accolga un'impostazione parzialmente differente da quella dell'art. 8 della Cedu e della giurisprudenza relativa. L'art. 12, par. 4, del Patto stabilisce infatti che "Nessuno può essere arbitrariamente privato del diritto di entrare nel *proprio* paese" (corsivo aggiunto), espressione, quest'ultima, che è stata intesa dal Comitato dei diritti umani non nel senso di paese di cui si ha la cittadinanza formale, bensì di paese con il quale si ha un legame particolarmente profondo e duraturo. In altre parole, anziché individuare, fra le persone straniere, coloro che in virtù di un collegamento privato o familiare con lo stato in cui vivono non è consentito allontanare da questo, si ricostruisce una categoria di persone sulla base di un criterio autonomo – un legame stretto al punto da rendere il paese in cui risiedono il "proprio paese" – che dalla cittadinanza statale in senso formale prescinde¹⁵.

¹³ Corte Edu, sentenza del 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*, ric. n. 54273/00.

¹⁴ Corte Edu, sentenza del 10 luglio 2003, *Benhebbba c. Francia*, ric. n. 53441/99.

¹⁵ Ci permettiamo di rinviare in proposito al nostro *Legami del non cittadino con lo Stato*

La norma introdotta mediante il decreto-legge n. 130, da parte sua, richiama, in sintesi, gli orientamenti fatti propri dalla Corte di Strasburgo, laddove stabilisce che, nel decidere se adottare o meno una misura di allontanamento, “si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell’interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell’esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d’origine”.

4. *In conclusione*

Concludo queste brevi osservazioni ribadendo che, a mio avviso, il nuovo comma 1.1. dell’art. 19 del T.U. sull’Immigrazione – coerente con quanto stabilito dal diritto internazionale dei diritti umani in materia di limiti alla libertà statale di allontanamento dei cittadini stranieri dal proprio territorio – merita una valutazione positiva. I divieti di espulsione, peraltro, sono parte integrante di una disciplina più ampia e non possono essere isolati dalla cornice normativa in cui si collocano. Una volta riconosciuto il diritto di una persona straniera a rimanere in Italia, si pone il problema del regime giuridico applicabile ed entrano in gioco altre norme – il cui esame fuoriesce dai limiti di questo commento. La circostanza che una questione sensibile, come quella dei limiti al potere sovrano di uno Stato di regolare l’accesso al proprio territorio, sia disciplinata in modo razionale e rispettoso degli standard internazionali è nondimeno, di per sé, un risultato la cui importanza non deve essere sottovalutata, soprattutto in questa fase storica.

ospitante e diritto di ingresso e soggiorno: la prospettiva del Patto internazionale sui diritti civili e politici, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, vol. I, Napoli, 2014, p. 387 ss.

IL DECRETO IMMIGRAZIONE 2020
E IL DILEMMA DELLA PROTEZIONE UMANITARIA
ALLA LUCE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Salvatore Fabio Nicolosi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La protezione complementare nel diritto internazionale ed europeo. – 3. La protezione umanitaria e alcune sue controverse applicazioni. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Notevoli reazioni¹ hanno accompagnato le recenti riforme in materia di asilo e immigrazione intervenute attraverso una serie di decreti-legge approvati dall'inizio della recente legislatura a partire dal Decreto-legge 113/2018, noto come "Decreto Salvini" convertito con modificazioni dalla Legge 1° dicembre 2018, n. 132².

Tra i vari aspetti disciplinati, tali dibattiti hanno riguardato in particolare l'istituto della protezione umanitaria, ossia quella forma di protezione complementare e a carattere residuale ed atipica³ riconosciuta a individui che, pur non potendo beneficiare del riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951,⁴ o della protezione sussidiaria, disciplinata dal diritto dell'Unione europea, non possono essere rimpatriati a causa di profili di vulnerabilità, quali gravi pro-

* Assistant professor in European and International law, Utrecht University Law School.

¹ Cf. per tutti F. CURI (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1° dicembre 2018, n. 132*, Pisa, 2019.

² Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132, in *Gazzetta Ufficiale* 3 Dicembre 2018, n. 281.

³ Cf. Cass. n. 08571/2020, Rv. 657814-01; Sez. 1, n. 21123/2019, Rv. 655294-01; Sez. 1, n. 13096/2019, Rv. 653885-01; Sez. 1, n. 13088/2019, Rv. 653884-02; Sez. 1, n. 13079/2019, Rv. 654164-01.

⁴ Convenzione sullo status dei rifugiati, adottata il 28 luglio 1951 dalla Conferenza dei plenipotenziari sullo status dei rifugiati e degli apolidi convocata dalle Nazioni Unite, entrata in vigore internazionale: 22 aprile 1954, ratificata dall'Italia il 15 novembre 1954, *Gazzetta Ufficiale* 23 dicembre 1954, n. 294, entrata in vigore per l'Italia: 13 febbraio 1955.

blemi di salute o altri seri motivi di carattere umanitario,⁵ da accertarsi caso per caso.

Introdotta dalla legge n. 40/98 (Turco-Napolitano)⁶ e trasfusa nel Testo Unico Immigrazione (d.lgs. 286/98),⁷ la protezione umanitaria ha recentemente subito modifiche rilevanti. Essa è stata prima abrogata e sostituita da diverse forme altamente tipizzate di protezione⁸ dal citato Decreto Salvini del 2018, per essere poi rievocata nei novellati termini della protezione speciale nell'ultimo Decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130 ("Decreto Immigrazione") convertito con l. n. 173 del 18 dicembre 2020.⁹ Tali vicende legislative offrono, pertanto, l'occasione per riflettere sulla portata della protezione umanitaria nel quadro del più ampio contesto normativo relativo alla protezione complementare nel diritto internazionale ed europeo.¹⁰

Pur evidenziando come la previsione di forme di protezione umanitaria sia sicuramente un elemento apprezzabile dal punto di vista della tutela dei diritti, tale contributo vuole, tuttavia, fare luce, in senso critico, sui limiti connessi all'applicazione di forme di protezione complementare e residuale. In tal senso, infatti, è di precipua rilevanza che tali forme di tutela non siano applicate a discapito del riconoscimento, ove possibile, di protezioni più solide, quali, in primis, lo status di rifugiato.

⁵ N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, vol. 1/2018, pp. 1-33.

⁶ Legge 6 marzo 1998, n. 40, "Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", in *Gazzetta Ufficiale* 12 marzo 1998, n. 59, Supplemento Ordinario n. 40.

⁷ Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", in *Gazzetta Ufficiale* 18 agosto 1998 n. 191, Supplemento Ordinario n. 139.

⁸ Il Decreto-legge 113/2018 scomponiva la protezione umanitaria in una serie eterogenea di permessi quali: il permesso di soggiorno per calamità naturali; il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile; il permesso di soggiorno per cure mediche; il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica; il permesso per le vittime di sfruttamento lavorativo; il permesso di soggiorno per i minori vulnerabili; il permesso per protezione speciale. Per ulteriori riferimenti in dottrina si veda M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il Decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, pp. 1-39.

⁹ Legge 18 dicembre 2020, n. 173, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, in *Gazzetta Ufficiale* 19 dicembre 2020, n. 314.

¹⁰ Per una più ampia trattazione dell'argomento si rinvia a J. MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007.

2. *La protezione complementare nel diritto internazionale ed europeo*

Al fine d'inquadrare la rilevanza pratica delle diverse forme di protezione internazionale, in particolare nell'Unione europea (UE) e nello specifico contesto italiano, appare utile premettere alcuni dati al quadro normativo. Secondo le informazioni rese disponibili dall'Ufficio statistico europeo, nel 2019 sulle 540.800 decisioni di primo grado relative alle domande di asilo presentate negli Stati membri dell'UE, 109.000 individui sono stati riconosciuti come rifugiati, 52.000 hanno ricevuto lo status di protezione sussidiaria e 45.100 hanno ottenuto l'autorizzazione a soggiornare per motivi umanitari.¹¹

Sebbene gli status di rifugiato e di beneficiario della protezione sussidiaria siano definiti dal diritto dell'UE, la protezione umanitaria è regolamentata autonomamente dalle legislazioni nazionali. Sul piano normativo, infatti, ai sensi dell'Articolo 78 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE),¹² il diritto dell'UE, da un lato, riconosce lo status di rifugiato, come disciplinato dal diritto internazionale, ed in particolare, alla Convenzione di Ginevra del 1951, nei confronti della quale l'UE è soggetta ad un obbligo di conformità;¹³ d'altra parte, il trattato codifica e armonizza lo status di protezione sussidiaria. Quest'ultimo, quale status complementare, è riconosciuto a coloro i quali non possono essere riconosciuti come rifugiati, sulla base della Convenzione di Ginevra del 1951, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornassero nel paese di origine, o, nel caso di apolidi, nel paese in cui avevano dimora abituale, correrebbero un rischio effettivo di subire un grave danno.¹⁴

Com'è noto, infatti, lo status di rifugiato è riconosciuto dal diritto internazionale su base essenzialmente individualistica a chi 'temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova al di fuori del paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo paese.'¹⁵

¹¹ Eurostat, *Statistiche in materia di asilo*, 2019, disponibili in: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics/it>.

¹² Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), Gazzetta ufficiale dell'UE 26 ottobre 2012, C 326, pp. 47-390.

¹³ Sul punto si veda anche F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, p. 179 ss.

¹⁴ Cf. R. PIOTROWICZ, *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2003, p. 345.

¹⁵ Convenzione sullo status dei rifugiati, Art. 1 (A) 2.

Regimi di protezione complementare, volti ad espandere gli status di protezione, oltre quello previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951, si sono affermati soprattutto a partire dagli anni Novanta nella normativa di molti Paesi. Tuttavia, il concetto di ‘protezione complementare’ non sottende una specifica definizione sul piano internazionale, limitandosi piuttosto a comprendere i diversi status di protezione previsti dalle varie legislazioni nazionali al di fuori di quello di rifugiato.¹⁶ Pertanto, l’elemento comune a queste forme di protezione è il loro rapporto complementare al regime di protezione previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951. Nonostante questo elemento comune, i criteri adottati dagli Stati per delineare l’ambito di applicazione della protezione complementare variano notevolmente. Essi includono principalmente obblighi previsti dal diritto internazionale, come il principio di *non-refoulement* ed il divieto di tortura, ma anche motivi puramente compassionevoli quali il grave stato d’infermità.

In tale contesto, particolare rilievo assume la protezione sussidiaria disciplinata dal diritto dell’UE con la Direttiva 2011/95/UE (Qualifiche),¹⁷ che costituisce la forma più progredita, se non l’unica, di regime di protezione complementare disciplinata a livello internazionale. Occorre, tra l’altro, segnalare che, a differenza delle forme di protezione umanitaria, previste nel diritto interno, la protezione sussidiaria armonizzata a livello europeo, non ha carattere residuale. In altre parole, nonostante l’iniziale proposta della Commissione europea¹⁸ di codificare una clausola generale di tutela dei diritti umani, l’Articolo 15 della Direttiva Qualifiche, definisce il danno grave quale condizione per poter accedere alla protezione sussidiaria in tre specifiche situazioni. Queste includono: a) la condanna o l’esecuzione della pena di morte; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradan-

¹⁶ Si v. United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), ‘Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”)', June 2005, PPLA/2005/02, p. 2.

¹⁷ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), in Gazzetta ufficiale dell’UE 20 dicembre 2011, L 337, pp. 9-26.

¹⁸ Commissione europea, Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello status di protezione, COM(2011) 510, 12 settembre 2011, p. 26.

te; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

La mancata previsione di una clausola generale a tutela dei diritti umani costituisce una lacuna, non solo perché non favorisce un allineamento coerente con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in merito all'Articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU),¹⁹ nel senso di completare la tutela ricavata da quest'ultima norma con la previsione di uno status individuale specifico,²⁰ ma anche per varie divergenze interpretative a livello giurisprudenziale. Tali aporie si sono riscontrate soprattutto con riferimento all'interpretazione della fattispecie di cui all'Articolo 15 *sub* b) della Direttiva Qualifiche, concernente la fattispecie di danno grave dovuto a tortura o trattamento inumano o degradante. Nel caso *M'Body*,²¹ ad esempio, la Corte di giustizia dell'UE, pur riconoscendo la rilevanza della giurisprudenza di Strasburgo, ha apertamente evidenziato come il fatto che un individuo sia protetto sulla base del principio di *non-refoulement* ex Articolo 3 CEDU, non significa che egli soddisfi i criteri per poter beneficiare della protezione sussidiaria ai sensi della Direttiva Qualifiche, ed in particolare l'Articolo 15 *sub* b). In tal modo, la Corte di Lussemburgo ha operato un'inversione di rotta rispetto a quanto sancito qualche anno prima in *Elgafaji* in cui, invece, la stessa Corte aveva affermato che l'Articolo 15 *sub* b) della Direttiva Qualifiche avrebbe essenzialmente la stessa portata dell'Articolo 3 CEDU.²²

Pur non disciplinando espressamente ulteriori forme di protezione complementare, il diritto dell'UE legittima la possibilità per gli Stati membri di rilasciare 'per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare.' Tale clausola di natura permissiva, prevista dalla

¹⁹ Consiglio d'Europa, *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, ETS/STE N. 005, Roma, 4 Novembre 1950.

²⁰ In questo senso si veda anche C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, 2012, p. 216.

²¹ Corte di giustizia dell'UE, sentenza della Corte (Grande Sezione), Caso C-542/13, *M'Body*, 18 dicembre 2014.

²² Corte di giustizia dell'UE, sentenza della Corte (Grande Sezione), Caso C-465/07, *Elgafaji*, 17 febbraio 2009, par. 28.

dell'Articolo 6 (4) della Direttiva 2008/115/CE (Rimpatri),²³ sospende, dunque, la procedura di rimpatrio. La stessa Corte di giustizia in *B. e D.* ha confermato la compatibilità col diritto dell'UE di ulteriori forme di protezione per motivi umanitari, ma nella misura in cui queste non creino confusione rispetto a status di tutela più solidi, quali lo status di rifugiato.²⁴

3. *La protezione umanitaria e alcune sue controverse applicazioni*

La facoltà di prevedere ulteriori forme di tutela a livello nazionale ha consentito la proliferazione in diversi ordinamenti interni di forme di protezione umanitaria.²⁵ Circa venti Stati membri, Italia compresa, prevedono, a varie condizioni, il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Premesso che, com'è stato reiterato, 'il permesso umanitario è una misura residuale ed atipica, rispondente all'esigenza di proteggere situazioni di vulnerabilità in presenza di un'esigenza qualificabile come "umanitaria",²⁶ tale forma di tutela è intesa ad integrare il sistema di protezione internazionale qualora sussistano gravi motivi riconducibili al contesto socio-politico o ambientale del Paese di origine o alle circostanze personali del richiedente, senza, tuttavia, richiedere un pericolo individuale di persecuzione o danno grave. A tal riguardo, la Corte di Cassazione ha anche recentemente avuto l'occasione di reiterare la propria giurisprudenza, affermando che, per quanto concerne la protezione umanitaria, l'esame della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente è completata dall'esame del grado di integrazione conseguito in Italia dal richiedente, circostanza, quest'ultima, che non rileva ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato o della protezione sussidia-

²³ 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 Gazzetta ufficiale dell'UE, 24 dicembre 2008 L 348, pp. 98-107.

²⁴ Corte di giustizia dell'UE, sentenza della Corte (Grande Sezione), Cause riunite C-57/09 e C-101/09, *B. e D.*, 9 novembre 2010, par. 119.

²⁵ E. COLOMBO, *Il ruolo della protezione umanitaria nel panorama normativo europeo e le possibili implicazioni della sua abolizione*, in *Eurojus*, 2019, pp. 1-22.

²⁶ M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, disponibile in: <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-protezione-umanitaria-nelsistema-deidiritti-umani_536.php>.

ria.²⁷ Inoltre, la stessa Cassazione ha ribadito come nell'ordinamento italiano la protezione umanitaria è intesa a completare la portata del diritto di asilo costituzionalmente garantito dall'Articolo 10 della Costituzione e non integralmente realizzato dai soli istituti dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria.²⁸

È bene, tuttavia, rammentare il monito della Corte di giustizia circa i limiti di tali forme di tutela che, talvolta, sul piano della prassi, si traducono nella scelta arbitraria o, comunque errata, di offrire garanzie minime, a soggetti che avrebbero potuto accedere a status giuridici più solidi, compreso, appunto il riconoscimento dello status di rifugiato.

A tal proposito, lungi da una disamina sistematica, appare opportuno richiamare alcune significative decisioni del giudice di merito che, in sede di appello avverso diniego da parte delle Commissioni territoriali, hanno talvolta riconosciuto la protezione umanitaria a discapito del riconoscimento dello status di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria. Per la loro particolare rilevanza si vuole porre l'attenzione sulle richieste di protezione sulla base del genere o dell'orientamento sessuale.

Si può, anzitutto, menzionare, a tal riguardo, una decisione del Tribunale di Bologna²⁹ che riconosce la protezione umanitaria a una donna nigeriana vittima di violenza domestica in ragione dell'ineffettività, nel sistema giudiziario nigeriano, di strumenti di repressione per tali reati contro le donne e l'omertà spesso mostrata dalle forze di polizia che si occupano delle indagini. Il giudice di merito, in tale occasione, non ha ravvisato la sussistenza degli elementi idonei a riconoscere la protezione sussidiaria richiesta in principalità dalla ricorrente. Pur confermando che il sistema nigeriano non è assolutamente attrezzato a trattare casi di violenza domestica soprattutto nei confronti di vittime di genere femminile, non ha rinvenuto l'esistenza di un danno grave di trattamento inumano o degradante, a causa di fattori quali il temporeggiamento della vittima a lasciare il Paese di origine. Occorre precisare che le Linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR-UNHCR)³⁰ sottolineano come le donne siano un chiaro

²⁷ Cass., ordinanza 12 febbraio 2021, n. 3705.

²⁸ Cass., ordinanza 26 giugno 2012, n. 10686.

²⁹ Tribunale di Bologna, ordinanza 4 agosto 2016, *est. Mascarino, XXX (avv. Urbinati) c. Ministero dell'Interno, Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Bologna, Sez. Forlì e Cesena*.

³⁰ UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 7 maggio 2002, HCR/GIP/02/01, par. 30.

esempio di gruppo sociale definito da caratteristiche innate e immutabili che è spesso trattato in modo diverso dagli uomini. Diverse giurisdizioni hanno riconosciuto lo status di rifugiato a donne vittime di violenza domestica, lascia perplessi, pertanto, nell'ottica di una maggiore protezione dei diritti umani dei migranti in situazione di vulnerabilità, l'orientamento della giurisprudenza di merito che ha optato per una forma di protezione minima a fronte della possibilità di riconoscere addirittura lo status di rifugiato.

D'altra parte, è, però apprezzabile il più recente contributo della Corte di cassazione che con la sentenza n. 12333/2017³¹ ha inaugurato un approccio conforme ad una lettura estensiva delle condizioni per riconoscere quanto meno la protezione sussidiaria. La vicenda riguardava una cittadina marocchina vittima per anni di abusi e violenze da parte del marito anche dopo aver ottenuto il divorzio. Lasciato il Marocco, la donna aveva fatto richiesta di protezione internazionale adducendo che in caso di rientro in Marocco sarebbe stata nuovamente esposta agli abusi e alle violenze dell'ex-marito. Tuttavia, sia la Commissione territoriale che il giudice di primo e secondo grado hanno rigettato la richiesta in ragione del fatto che la vicenda narrata rientrerebbe nell'ambito dei rapporti familiari non meritevoli di protezione internazionale, considerate le possibilità di tutela offerte alla donna dal suo Paese di origine.³²

Analogamente, si può menzionare la decisione del Tribunale di Venezia³³ che ha riconosciuto la protezione umanitaria a un cittadino camerunese che aveva in Italia una relazione omosessuale, a causa del rischio che questi avrebbe corso se fosse stato rimpatriato in Camerun dove l'omosessualità costituisce reato. Con riferimento a questo caso, non appare del tutto convincente la *ratio decidendi* del giudice ordinario. Quest'ultimo, infatti, in sede di appello avverso la decisione della Commissione territoriale, pur acclarando la sussistenza di una relazione sentimentale di natura omosessuale in Italia, e consapevole dei rischi derivanti da un eventuale rimpatrio in Camerun, dove

³¹ Cass., ordinanza 17 maggio 2017, n. 12333.

³² D. GENOVESE, *Violenza di genere e protezione internazionale. Note a margine di un recente orientamento della Corte di cassazione*, in *Quesitone Giustizia*, 2018, disponibile in: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/violenza-di-genere-e-protezione-internazionale-not_05-02-2018.php>.

³³ Tribunale di Venezia, sez. III civ. ordinanza 15.11.2015, *est. Balletti, XXX (avv. Pernechele) c. Ministero dell'interno e Commissione per il riconoscimento dello status di rifugiato di Verona, sez. di Padova*.

l'omosessualità è punita con il carcere,³⁴ si limita a concedere la protezione umanitaria anziché valorizzare il rischio di danno grave derivante da tortura o trattamento inumano o degradante, tale da poter riconoscere la protezione sussidiaria.

Appare necessario sottolineare, inoltre, che il fondato timore di essere soggetto a persecuzione o danno grave può insorgere anche mentre il richiedente è già al di fuori del proprio Paese di origine per motivi completamente diversi. Tale circostanza non può escludere il riconoscimento, ove necessario, dello status di rifugiato, in tal senso la dottrina ha pacificamente accettato, infatti, la cosiddetta categoria dei rifugiati '*sur place*'.³⁵

4. Osservazioni conclusive

Le vicende processuali che sono state brevemente richiamate dimostrano come il regime di protezione umanitaria talvolta sia stato concesso con eccessiva ampiezza dal giudice di merito, adito a seguito di iniziale diniego di protezione da parte delle Commissioni territoriali, in casi che avrebbero richiesto invece forme di protezione più solida.

Tale circostanza non ha soltanto aggravato il rischio di sminuire la rilevanza delle altre forme di protezione internazionale, ma ha anche destato dubbi sulla portata estremamente ampia della protezione umanitaria.³⁶ Circostanza, quest'ultima, che si è, infine, tradotta nell'esigenza di comprimere lo stesso spettro applicativo della protezione umanitaria, come avvenuto con il Decreto Salvini del 2018, al fine di ridurre la discrezionalità giudiziale nell'ambito della protezione umanitaria.

L'abrogazione della protezione umanitaria, com'era stato previsto dal decreto del 2018, riflette diversi punti di criticità legati senz'altro alla compressione delle ipotesi di tutela dei profili di vulnerabilità dei richiedenti pro-

³⁴ Amnesty International, *Essere gay in Africa può costare la vita: la situazione Paese per Paese*, 2019.

³⁵ P. WEISS, *Nationality and Statelessness in International Law*, II ed, 1979, p. 192, definisce "rifugiato *sur place*" "a person who has left his country for whatever reason but subsequently owing to well-founded fear of being persecuted refuses or becomes unable to avail himself of the protection of that country or, in the case of a stateless person owing to well-founded fear of being persecuted refuses or becomes unable to return to the country of his former habitual residence, is equally a refugee."

³⁶ Cass., ordinanza 22 giugno 2020, n. 12134.

tezione internazionale. Pertanto, è da valutare positivamente dal punto di vista delle garanzie individuali il rimodellamento da parte del decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130 delle disposizioni previste dal decreto del 2018 in un'ottica che richiama la portata dell'originario istituto della protezione umanitaria.

Il nuovo 'Decreto Immigrazione', infatti, amplia le categorie di soggetti che possono beneficiare dei permessi per motivi umanitari, includendo anche chi rischia la violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, da valutare in considerazione dei vincoli familiari effettivi del soggetto, della sua integrazione in Italia e dell'esistenza di legami familiari, sociali e culturali con il proprio Paese di origine.³⁷ Viene, inoltre, ampliata anche la portata del permesso per calamità, che non deve più essere vincolato ad una situazione di eccezionalità, essendo sufficiente una situazione di gravità.

L'impostazione della norma, dunque, si colloca nell'ottica di riorientare il sistema di tutela verso i principi di diritto internazionale a cui si apre la stessa Costituzione e, sulla cui rilevanza si erano appunto attestate le critiche mosse alla precedente abrogazione della protezione umanitaria. In tal senso si era depositato il ricorso per legittimità costituzionale, sostenendo come, appunto, la suddetta abrogazione potrebbe comportare *la riespansione della portata applicativa dell'Articolo 10 della Costituzione che, essendo una fattispecie aperta, potrebbe determinare incertezze applicative in mancanza di più specifiche disposizioni di rango primario*.³⁸

Tuttavia, per quanto la previsione di una forma residuale di protezione sia funzionale ad onorare gli stessi obblighi internazionali e costituzionali dello Stato italiano, è necessario che sul piano della prassi applicativa ne vengano anche riconosciuti i limiti. S'intravede, dunque, l'esigenza di assicurare orientamenti chiari in materia di protezione internazionale per gli operatori di settore al fine di valorizzare il più possibile il riconoscimento delle forme di tutela che meritano precedenza, quali lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria, ed apprezzare, invece, il carattere prettamente residuale che caratterizza l'istituto della protezione umanitaria.

³⁷ Sul punto si veda C. DE CHIARA, Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate, testo dell'intervento svolto al webinar *D.L. 130/2020: Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e sicurezza* organizzato dall'Associazione sindacale dei funzionari prefettizi (SINPREF) e tenutosi il 25 novembre 2020, disponibile in <<https://www.asgi.it/notizie/asilo-dl-130-2020-progressi-e-occasioni-mancate/>>.

³⁸ Ricorso n. 19 per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria l'8 febbraio 2019 (della Regione Piemonte).

UNA QUESTIONE DI DIGNITÀ.
IL SUPERAMENTO DELL'ABOLIZIONE
DELL'ISCRIZIONE ANAGRAFICA
DEI RICHIEDENTI ASILO IN ITALIA

Emanuela Pistoia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'impatto della mancata iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo. – 3. La mancata iscrizione anagrafica nella valutazione della Corte costituzionale. – 4. I profili di diritto dell'UE non presi in considerazione nel giudizio costituzionale. – 5. La disciplina dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo nel d.l. 21 ottobre 2020, n. 130.

1. *Introduzione*

Se alcune disposizioni dei «decreti sicurezza» hanno guadagnato le luci della ribalta per l'evidenza dei disagi procurati a migranti e operatori del settore, nonché per i *vulnera* da esse chiaramente arrecati all'ordine internazionale e costituzionale, un'altra è passata inosservata ai più, salvo rivelarsi all'origine di disagi e di *vulnera* comunque gravi. Si tratta dell'art. 13, co. 1, lett. a), numero 2), del provvedimento noto come «decreto sicurezza», cioè a dire il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, nella legge 1° dicembre 2018, n. 132. Questa disposizione introduceva, nella legge di attuazione delle direttive 2013/33/UE (c.d. direttiva «accoglienza») e 2013/32/UE (c.d. direttiva «procedure»), un art. 4, comma 1-bis, con il seguente contenuto: «Il permesso di soggiorno [per richiesta asilo] non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».

La mancata iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, legalmente soggiornanti nel Paese sulla base della mera richiesta, ha creato enormi difficol-

* Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo.

tà, sfociate in procedure giudiziarie da cui sono emersi due filoni interpretativi: per il primo, la nuova disposizione aveva effetto preclusivo dell'iscrizione anagrafica, con l'effetto di impedire agli interessati l'accesso a una serie di servizi e, dunque, l'esercizio di vari diritti fondamentali¹; per il secondo, la nuova disposizione si limitava a escludere che il possesso del solo permesso di soggiorno per richiesta di asilo fosse sufficiente per ottenere l'iscrizione all'anagrafe². Dal primo filone è scaturito un ricorso alla Corte costituzionale, che ha portato alla declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione *de quo* (Corte Cost., sentenza del 9 luglio 2020, n. 186). Il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito nella legge 18 dicembre 2020, n. 173, dà sistemazione alla disciplina mettendo fine alla vicenda.

Il commento prenderà in esame l'impatto della mancata iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, con le ragioni addotte a sostegno della modifica legislativa, per poi concentrarsi sulle censure accolte dalla Corte costituzionale, che saranno lette anche in relazione con la direttiva «accoglienza» e con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Si darà infine conto della disciplina introdotta, per chiudere la vicenda, dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130³.

2. *L'impatto della mancata iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo*

La mancata iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo ha immediatamente sollevato gravi difficoltà in relazione all'esercizio di tutti quei diritti collegati

¹ Aveva un ruolo fondamentale, per addivenire a questa tesi, la *ratio legis*: P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Vecchi e nuovi problemi riguardanti la residenza anagrafica nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Questione giustizia*, 16 gennaio 2019.

² Per un'argomentazione accurata di questa tesi v. E. SANTORO, *In direzione ostinata e contraria. Parere sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo alla luce del Decreto Salvini*, in *L'altro diritto*, 2019. Per le stesse conclusioni, con particolare riferimento all'opportunità di superare la *ratio legis* orientata in senso opposto, D. CONSOLI, N. ZORZELLA, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, in *Questione giustizia*, 8 gennaio 2019.

³ Una ricostruzione dell'intera parabola del divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, alla sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2020, fino alla nuova disciplina del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, è in A. BUZZI, F. CONTE, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo prima e dopo il "Decreto Lamorgese"*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Adelante con juicio: asilo e protezione degli stranieri dopo il d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2021, pp. 111 ss.

alla residenza e più precisamente alla sua durata⁴. Nel ricorso alla Corte costituzionale, si è fatto riferimento a questo secondo profilo citando il diritto all'acquisizione della cittadinanza, all'accesso all'edilizia popolare e al cosiddetto reddito di cittadinanza. Come la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto, la residenza anagrafica costituisce inoltre il presupposto del rilascio della carta d'identità che, pertanto, in mancanza di residenza non poteva essere ottenuta.

Nella prassi è emerso come la mancata iscrizione anagrafica precludesse tra l'altro l'iscrizione alle aziende sanitarie locali (ASL) per le prestazioni ordinarie, nonché l'iscrizione ai centri per l'impiego, con conseguenze dirette e indirette per la fruizione del diritto di accesso al lavoro. Riguardo al diritto alla salute, va precisato che, nonostante la mancata iscrizione a un'ASL, sotto molti aspetti esso fosse comunque salvo. Da autorevoli esponenti delle amministrazioni comunali e provinciali è stato fatto presente come, sulla base del d. lgs. n. 286/1998 («Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»), tutti i cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale in modo irregolare abbiano accesso alle prestazioni sanitarie di base nei presidi pubblici e accreditati⁵: a maggior ragione, pertanto, questi servizi dovevano ritenersi fruibili da stranieri dotati di regolare permesso di soggiorno quali i richiedenti asilo. Le suddette prestazioni sanitarie di base comprendono le cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti o comunque essenziali, anche se continuative, per malattia e infortunio; i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva (vaccinazioni); la profilassi, diagnosi e cura delle malattie infettive; la tutela sociale della gravidanza e della maternità; la tutela della salute del minore; gli interventi di profilassi di natura internazionale; tutte le prestazioni scolastiche obbligatorie. Il d. lgs. n. 286/1998 stabilisce altresì, anche per i richiedenti asilo, l'obbligo di iscrizione al Servizio sanitario nazionale, con parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani per quanto attiene all'obbligo contributivo (art. 34). Quanto, infine, all'iscrizione ai centri per l'impiego, si è argomentato

⁴ Per il rilievo secondo cui, per la Corte di cassazione, l'iscrizione anagrafica è oggetto di un diritto soggettivo, ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti i permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, 15 ottobre 2018, <https://www.asgi.it>, p. 26.

⁵ S.M. MOSCARA, *Art. 13 del dl n. 113/2018 – Le iscrizioni anagrafiche degli stranieri richiedenti asilo - servizi e prestazioni*, 2018, <http://www.segretarietilocali.it>.

come essa dovesse considerarsi consentita anche in mancanza di iscrizione anagrafica⁶.

Va aggiunto che un'altra disposizione introdotta dal citato «decreto sicurezza», il comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. 142/2015, stabiliva che l'accesso ai servizi da esso previsti e a quelli comunque erogati sul territorio venisse assicurato nel luogo di domicilio: il che doveva servire a escludere che la mancata iscrizione anagrafica impedisse il concreto esercizio di certi diritti.

Restano le difficoltà, testimoniate dal volume dei procedimenti giurisdizionali avviati, sviluppate dall'eliminazione dell'iscrizione anagrafica. Se pure, in ipotesi, tali difficoltà fossero state effettivamente superabili dalle interpretazioni ricordate e, soprattutto, dalla disposizione relativa al luogo di domicilio, le rigidità dimostrate dalle amministrazioni locali hanno certamente condotto alla sospensione o alla violazione di diritti individuali in un numero notevole di casi, ovvero a gravi difficoltà del loro esercizio. Lo ha riconosciuto la Corte costituzionale, rifiutando di esaminare la questione se effettivamente la mancata residenza anagrafica avesse effetto preclusivo rispetto all'erogazione di certi servizi pubblici: «la previsione della fornitura dei servizi nel luogo di domicilio, anziché in quello di residenza (...), rende, quantomeno, ingiustificatamente più difficile l'accesso ai servizi stessi, non fosse altro che per gli ostacoli di ordine pratico e burocratico connessi alle modalità di richiesta dell'erogazione – che fanno quasi sempre riferimento alla residenza e alla sua certificazione a mezzo dell'anagrafe – e per la stessa difficoltà di individuare il luogo di domicilio, a fronte della certezza offerta invece dal dato formale della residenza anagrafica.» (sentenza, *motivi*, par. 4.2, *in fine*).

È interessante la finalità specifica della misura che, se correttamente interpretata, diversamente dalle più note «porti chiusi» e dall'eliminazione del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, non può ritenersi preordinata alla riduzione dei diritti degli stranieri. Secondo la ricostruzione della Corte costituzionale, «il legislatore avrebbe inteso liberare le amministrazioni comunali, sul cui territorio sono situati i centri di accoglienza degli stranieri richiedenti asilo, dell'onere di far fronte agli adempimenti in materia di iscrizione anagrafica degli stessi» (sentenza, *motivi*, par. 4.1).

⁶ S.M. MOSCARA, *op. cit.*

3. *La mancata iscrizione anagrafica nella valutazione della Corte costituzionale*

La violazione dei diritti illustrata nel paragrafo precedente (indiretta, peraltro) non è stata portata all'attenzione della Corte costituzionale. Il giudizio dinanzi a quest'ultima si è invece incentrato su profili più generali e alti, che hanno inglobato anche la valutazione sul più difficile accesso ai servizi che servono a garantire i diritti menzionati, come accennato alla fine del paragrafo precedente. La considerazione dei profili in questione - due - attinge alla censura relativa alla violazione dell'art. 3 Cost.

Il primo profilo che ha indotto la Corte ad accogliere la censura sull'art. 3 Cost. riguarda la manifesta irragionevolezza della norma dedotta in giudizio rispetto alla finalità perseguita dal d.l. n. 113 del 2018 nel suo complesso, cioè a dire aumentare il livello di sicurezza pubblica. Non solo alla disposizione denunciata tale finalità risulta estranea; tale finalità essa addirittura contraddice. La mancata iscrizione anagrafica, infatti, impedendo alle pubbliche amministrazioni interessate una rappresentazione veritiera della popolazione stabilmente presente *in loco*, limita «le capacità di controllo e monitoraggio dell'autorità pubblica sulla popolazione» *de quo* (sentenza, *motivi*, par. 4.1). Di conseguenza, la misura «accresce, anziché ridurre, i problemi connessi al monitoraggio degli stranieri», con riflessi in più aree: il disbrigo della procedura di asilo, l'accoglienza, la gestione dei profili sanitari. In altre parole, sulla base dell'art. 3 Cost. la Corte ha censurato l'assoluta inidoneità della misura di non effettuare l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo rispetto alla finalità di sicurezza che hanno ispirato il d.l. nel suo complesso.

Sempre sulla base dell'art. 3 Cost., la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione sul divieto di iscrizione anagrafica anche per il trattamento ingiustificatamente discriminatorio accordato ai richiedenti asilo rispetto agli altri stranieri regolarmente soggiornanti (sentenza, *motivi*, par. 4.2). La Corte lega infatti l'iscrizione anagrafica a un semplice requisito oggettivo: la legittima dimora abituale in un determinato territorio. Pertanto, nella logica del divieto di discriminazione, un richiedente asilo che dimori abitualmente in un dato territorio non può essere escluso dall'iscrizione anagrafica, essendo questa accordata ad altri stranieri in situazione analoga, a meno di valide giustificazioni. Ebbene, queste risultano assenti. La temporaneità del soggiorno non è infatti ritenuta spiegazione convincente, poiché riguarda anche altri stranieri cui la deroga non si applica: la Corte cita i titolari di tutti i permessi di durata limitata.

Il giudizio negativo non si limita a un mero confronto dei presupposti fattuali e del trattamento riservato in loro corrispondenza, riguardo rispetti-

vamente ai richiedenti asilo e agli stranieri presenti in modo temporaneo. La valutazione si estende infatti alle conseguenze della discriminazione perpetrata, che consistono nello «stigma sociale» derivante ai richiedenti asilo per effetto della *lex specialis* loro dedicata: in particolare, unici tra gli stranieri presenti in modo regolare, dell'impossibilità di ottenere la carta d'identità. È in questo modo che la sentenza in esame si eleva a sbarramento dell'approccio culturale di cui sono espressione i salviniani «decreti sicurezza». Se infatti si è prima sottolineato il carattere eterogeneo della misura sul diniego dell'iscrizione anagrafica rispetto alle misure caratterizzanti tali decreti, dovuto alla natura squisitamente burocratica del suo contenuto e delle sue finalità specifiche, il ragionamento della Corte costituzionale ha il merito di chiarire impietosamente il *milieu* culturale di cui questa grigia misura è espressione e concausa. Si tratta di un *milieu* culturale aperto al diverso trattamento di cittadini e stranieri per il solo fatto della (non) cittadinanza. Nel sottolineare la «“minorazione” sociale senza idonea giustificazione» cui i richiedenti asilo privati della residenza anagrafica sono sottoposti, la Corte chiarisce che la condizione di straniero può, sì, astrattamente essere valorizzata dal legislatore, ma non nel senso che lo status di straniero possa «essere di per sé considerato “come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi”» (enfasi aggiunta). Il secondo profilo di violazione dell'art. 3 accertato dalla sentenza è dunque che la norma impugnata «incide (...) irragionevolmente sulla “pari dignità sociale”, riconosciuta dall'art. 3 Cost. alla persona in quanto tale, a prescindere dal suo status e dal grado di stabilità della sua permanenza regolare nel territorio italiano».

4. *I profili di diritto dell'UE non presi in considerazione nel giudizio costituzionale*

Nonostante la disposizione impugnata fosse contenuta nella normativa di attuazione di due direttive UE, sotto nessun profilo è stato lamentato il contrasto con queste ultime. Le due associazioni costituite dinanzi alla Corte costituzionale (ASGI – Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione e Avvocati per niente Onlus) hanno sostenuto la violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (articoli 7, 18, 20 e 29), ma la Corte ha ritenuto di non prendere in considerazione questi profili in quanto ulteriori rispetto a quelli indicati nelle ordinanze di rimessione (sentenza, *motivi*, par. 1.2). Altre censure giudicate non manifestamente infondate riguardavano invece (per via del contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.) disposizioni della CE-

DU e del Patto internazionale sui diritti civili e politici (motivi della sentenza, par. 1.5), ma sono state assorbite (sentenza, *motivi*, par. 6).

In effetti, il tema dell'iscrizione anagrafica non è trattato nelle due direttive, mentre l'unica disposizione che in esse è dedicata alla residenza – l'art. 7 della direttiva 2013/33 – sembra riferirsi non già allo strumento tecnico della residenza anagrafica quanto al luogo di stabilimento di un richiedente protezione internazionale. Riprendendo le ultime considerazioni della Corte costituzionale, un eventuale contrasto della disposizione superata si poteva ipotizzare solo riguardo allo scopo della direttiva 2013/33, che è quello di adottare norme sufficienti a garantire ai richiedenti un livello di vita dignitoso.

Il profilo tecnicamente più interessante era quello dell'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali, vale a dire la possibilità di valutare la norma sul divieto di iscrizione anagrafica alla luce delle sue disposizioni. Infatti, in assenza di disposizioni sul tema specifico nelle due direttive evocate, non è affatto certo che la norma *de quo* costituisse «attuazione del diritto dell'Unione» a sensi dell'art. 51, par. 1 della Carta, il che costituiva *condicio sine qua non* per una sua valutazione alla luce della stessa Carta. Una conclusione in senso positivo sulla sola base del fatto che il tema dell'accoglienza dei richiedenti asilo è oggetto di competenza concorrente esercitata dall'Unione era forse eccessiva, ma sostenibile. Forse il rilievo della disposizione del «decreto sicurezza» per la realizzazione dello scopo della direttiva 2013/33 poteva essere determinante per la sua attrazione nell'orbita della Carta. Peraltro, il requisito della rilevanza per lo scopo della direttiva avrebbe limitato la forza attrattiva della Carta rispetto all'opzione dell'obiettivo cadere della normativa nazionale in un settore oggetto di competenza concorrente esercitata.

5. *La disciplina dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo nel d.l. 21 ottobre 2020, n. 130*

La sentenza del 9 luglio 2020 ha determinato l'espunzione dall'ordinamento dell'art. 4, comma 1-bis, del D.lgs. 142/2015, introdotto dal c.d. decreto sicurezza, nonché di tutte le disposizioni a esso collegate, che erano state modificate o introdotte dal medesimo decreto sicurezza (nello specifico, dallo stesso art. 13, recante «Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica», del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, il quale aveva inserito la disposizione censurata dalla Corte costituzionale). Tra queste ultime vi era l'abrogazione dell'art. 5 bis, rubricato «Iscrizione anagrafica», che era stato

inserito nella legislazione attuativa delle direttive «accoglienza» e «procedere» (il D.lgs. 142/2015) dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 («Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale»). Per effetto della sentenza del 9 luglio 2020 quell'art. 5 bis ha così ripreso vigore. È alla modifica di questo art. 5 bis che il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 ha proceduto: in questo modo, la triste vicenda della mancata iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo si è chiusa, come preannunciato nell'introduzione.

Il nuovo art. 5 bis contiene soprattutto piccoli perfezionamenti della disciplina previgente, volti essenzialmente a dare maggior certezza ovvero a meglio coordinare le regole dell'iscrizione anagrafica con la realtà del sistema di accoglienza del Paese. Così, in modo più preciso che in precedenza il nuovo art. 5 bis stabilisce che siano presupposti dell'iscrizione anagrafica il permesso di soggiorno rilasciato al richiedente asilo ovvero la ricevuta della richiesta di asilo, la quale costituisce permesso di soggiorno provvisorio. Ora come allora, nei casi diversi dall'iscrizione individuale, per i richiedenti asilo ospitati nei Centri governativi di prima accoglienza si utilizza l'istituto della convivenza anagrafica di cui all'art. 5 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223. Si continua a sancire l'obbligo del responsabile della convivenza di dare comunicazione delle variazioni della convivenza entro venti giorni dai fatti, così come si continua a stabilire che la revoca delle misure di accoglienza e l'allontanamento non giustificato del richiedente costituiscano motivo di cancellazione anagrafica con effetto immediato. È il comma 4 del nuovo art. 5 bis a portare l'impronta della sentenza costituzionale: prevede il rilascio ai richiedenti protezione internazionale di una carta d'identità, con validità limitata al territorio nazionale, di durata triennale. Questa disposizione evidentemente trae le fila del collegamento tra dignità degli stranieri e possesso di un vero e proprio documento di identità, tracciato dalla Corte costituzionale.

UNA NUOVA FORMULA PER L'ACCOGLIENZA DEI RICHIEDENTI ASILO

Simona D'Antonio*

SOMMARIO: 1. Le tre tappe dell'evoluzione normativa. – 2. Il sistema di accoglienza disegnato in attuazione del diritto dell'Unione europea. – 3. La disarticolazione del sistema e l'accoglienza selettiva. – 4. La ricomposizione del sistema nel segno della sinergia tra accoglienza e integrazione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Le tre tappe dell'evoluzione normativa*

Per descrivere l'evoluzione del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo, dei beneficiari di protezione internazionale e dei minori stranieri non accompagnati, alla luce delle riforme che si sono susseguite negli ultimi anni, occorre innanzitutto individuare le principali tappe degli sviluppi normativi della materia per poi evidenziare, per ciascuna tappa, il modo in cui sono state articolate le varie funzioni riconducibili al concetto di accoglienza, cercando di mettere a fuoco, per ogni funzione, le categorie dei destinatari, le strutture utilizzate ed i servizi erogati.

Nella più recente legislazione di settore possono essere individuati tre stadi evolutivi: la disciplina dettata dal d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142 in attuazione della direttiva 2013/33/UE, c.d. “direttiva accoglienza”; le modifiche ad essa apportate dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito in legge 1° dicembre 2018, n. 132; le ulteriori modifiche introdotte dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito in legge 18 dicembre 2020, n. 173.

2. *Il sistema di accoglienza disegnato in attuazione del diritto dell'Unione europea*

Nella disciplina posta dal d. lgs. 142/2015 in sede di recepimento della “direttiva accoglienza” si distinguevano tre funzioni: una funzione di soccorso, prima assistenza e identificazione; una funzione di prima accoglienza; una funzione di seconda accoglienza.

* Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università di Teramo.

Per le attività volte a soccorrere lo straniero e a prestargli una prima assistenza, nel contempo identificandolo, si è stabilito che si dovessero utilizzare le strutture, già destinate a quello scopo, istituite a metà degli anni Novanta per fare fronte agli sbarchi sulle coste pugliesi dei profughi provenienti dall'Albania, denominate centri di primo soccorso e accoglienza (CPSA). Ad esse si sono ben presto affiancati gli *hotspot* o “punti di crisi”, allestiti nei luoghi di sbarco secondo quanto previsto dall'Agenda europea sulla migrazione del 2015¹ e poi disciplinati dall'art. 10-ter d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, adibiti anche al rilevamento delle impronte digitali ai fini del “regolamento Eurodac”² e all'attività di informazione degli stranieri.

La prima accoglienza è identificata con la fase in cui si espletano le operazioni necessarie a definire la posizione giuridica dello straniero come quella di richiedente asilo: l'identificazione, se non ancora completata, la verbalizzazione della domanda, l'avvio del procedimento di esame della stessa e l'accertamento delle condizioni di salute, volto anche ad individuare eventuali situazioni di vulnerabilità da trattare con misure specifiche e mirate. Alla funzione di prima accoglienza sono stati destinati, in via ordinaria, appositi centri governativi (CPA) istituiti con decreto del Ministro dell'interno e affidati in gestione a terzi secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici (art. 9 d. lgs. 142/2015). Qualora tali centri fossero risultati pieni, si sarebbero potute allestire strutture temporanee, denominate centri di accoglienza straordinaria (CAS) (art. 11 d. lgs. 142/2015), individuate dalle prefetture con procedure di evidenza pubblica o, nei casi di estrema urgenza, con affidamento diretto, al fine di soddisfare le «esigenze essenziali di accoglienza» dei richiedenti asilo per il tempo strettamente necessario al loro trasferimento nei centri ordinari.

La puntuale individuazione dei servizi offerti nelle strutture governative sinora citate (CPSA, *hotspot*, CPA e CAS) era affidata a un capitolato di gara d'appalto da adottarsi con decreto del Ministro dell'interno, in modo da garantire standard di accoglienza uniformi sul territorio nazionale.

La funzione di seconda accoglienza comprendeva il sostentamento, l'accoglienza e l'integrazione dei richiedenti asilo, dei titolari di protezione

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 13 maggio 2015, COM(2015)240 final.

² Regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013.

internazionale e dei minori stranieri non accompagnati (MSNA) per tutto l'arco di tempo in cui erano autorizzati a rimanere in Italia, e aveva luogo nelle strutture del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), disciplinate dall'art. 14 d. lgs. 142/2015 e dall'art. 1-*sexies* d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito in legge 28 febbraio 1990, n. 39³. Il richiedente asilo privo di mezzi di sostentamento poteva chiedere di accedervi subito dopo aver formalizzato la domanda di protezione. Il sistema, finanziato dal Ministero dell'interno con l'apposito Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo (FNPSA), era connotato dal protagonismo degli enti locali, chiamati a presentare e realizzare progetti in conformità a linee guida ministeriali che individuavano i servizi da erogare. Oltre all'accoglienza materiale erano garantiti la mediazione linguistico-culturale, l'orientamento e l'accesso ai servizi del territorio, l'insegnamento della lingua italiana e l'inserimento scolastico per i minori, la formazione e la riqualificazione professionale, l'orientamento e l'accompagnamento all'inserimento lavorativo, l'orientamento e l'accompagnamento all'inserimento abitativo, l'orientamento e l'accompagnamento all'inserimento sociale, l'orientamento e l'accompagnamento legale, la tutela psico-socio-sanitaria.

Specifiche disposizioni per i minori non accompagnati sono state poi introdotte dalla legge 7 aprile 2017, n. 47, che ha previsto per tale categoria di soggetti l'impiego di appositi centri governativi per la prima accoglienza e l'attivazione di progetti mirati all'interno dello SPRAR, limitando a casi eccezionali il loro soggiorno in strutture temporanee, in ogni caso ad essi riservate e separate dalle altre.

L'attuazione pratica del disegno normativo aveva messo in luce alcune importanti criticità, principalmente connesse alla scarsità, rispetto all'effettivo fabbisogno, dei posti disponibili nei centri ordinari sia di prima che di seconda accoglienza, con il conseguente sistematico ricorso alle strutture temporanee, ben presto divenute la soluzione organizzativa maggiormente utilizzata. L'insufficiente tasso di adesione degli enti locali allo SPRAR faceva sì che l'accoglienza territoriale integrata, lungi dal rappresentare il sistema di gestione ordinario, rimanesse un'opportunità accessibile solo ad una parte minoritaria dei potenziali utenti⁴. Era stata pertanto segnalata

³ Il d.l. 416/1989 è tra i primi interventi del nostro legislatore in materia di immigrazione; l'art. 1-*sexies* vi è stato inserito dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, che ha istituito lo SPRAR.

⁴ I dati numerici hanno sempre evidenziato un forte squilibrio tra prima e seconda accoglienza e la circostanza è stata segnalata da molti, tra i quali cfr. S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n.

l'esigenza di introdurre correttivi al modello, proprio al fine di garantirne l'effettiva realizzazione⁵. Si era inoltre evidenziato il rischio che i tempi eccessivamente lunghi di decisione delle domande di asilo si traducessero in un'accoglienza prolungata anche di immigrati che non ne avessero titolo, non potendosi riconoscere a tutti un «diritto di permanenza indistinto», che avrebbe prodotto gravose conseguenze finanziarie a carico del bilancio dello Stato⁶.

3. *La disarticolazione del sistema e l'accoglienza selettiva*

La seconda tappa dell'evoluzione normativa che si sta ripercorrendo è segnata dal d.l. 113/2018, che intervenendo sia sull'art. 1-*sexies* d.l. 416/1989, sia su numerosi articoli del d. lgs. 142/2015, ha modificato in modo consistente il sistema di accoglienza, strutturandone diversamente le funzioni costitutive.

Immutata rimane la funzione di soccorso, prima assistenza e identificazione, sempre svolta nei CPSA e negli *hotspot*, con la novità che questi ultimi diventano anche luoghi di trattenimento dei richiedenti asilo dei quali si debba determinare o verificare l'identità o la cittadinanza.

Alla distinzione tra prima e seconda accoglienza, concepite come due fasi successive di un percorso unitario, subentra la distinzione tra accoglienza dei richiedenti (cioè di coloro che hanno presentato una domanda di protezione internazionale e sono in attesa della decisione), che rimane disciplinata dal d. lgs. 142/2015, ed accoglienza dei titolari di protezione internazionale (cioè di coloro la cui domanda è stata accolta), la cui disciplina viene stralciata dal d.lgs. 142/2015 e resta affidata al solo art. 1-*sexies* d.l. n. 416/1989. Per le

1/2017; sia consentito rinviare altresì a S. D'ANTONIO, *Sistema di accoglienza dei migranti e percorsi di integrazione*, in E. BETTINI, D. TONDINI (a cura di), *Dove il passato incontra il Futuro. Il contributo delle Università e dei Centri di Ricerca in Europa*, vol. 1, Diocesi di Teramo e Atri, Teramo, 2019, p. 241 ss.

⁵ Cfr. Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, *Relazione sul sistema di protezione e di accoglienza dei richiedenti asilo*, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 dicembre 2017, p. 121 ss.

⁶ Cfr. Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *La 'prima' accoglienza degli immigrati: la gestione del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo (2013 – 2016)*, Deliberazione 7 marzo 2018, n. 3/2018/G, p. 99 ss.

due categorie di beneficiari sono previsti due percorsi paralleli, ciascuno con regole e strutture proprie.

L'accoglienza dei richiedenti viene a coincidere con quella che nel precedente quadro normativo era la prima accoglienza, vale a dire una sistemazione provvisoria che doveva unicamente consentire il disbrigo delle formalità indispensabili per l'accesso all'accoglienza vera e propria; con una duplice differenza. In primo luogo, la sua durata si estende a tutto l'arco temporale per il quale il richiedente è autorizzato a rimanere sul territorio nazionale, precisamente fino alla decisione della Commissione territoriale o, in caso di rigetto, fino alla scadenza del termine per impugnare la decisione o, in caso di ricorso, fino alla conclusione del giudizio⁷: per il richiedente, in definitiva, la prima accoglienza diventa la sola accoglienza possibile. In secondo luogo, la sua portata appare fortemente ridimensionata per effetto dell'approvazione del nuovo schema di capitolato d'appalto per la gestione dei centri di prima accoglienza: rispetto al capitolato precedente risultano eliminati, tra l'altro, il servizio di assistenza psicologica, il servizio di supporto all'integrazione (articolato in orientamento al territorio, corsi di lingua italiana e organizzazione del tempo libero) e i servizi di comunicazione con l'esterno, mentre può dirsi sostanzialmente svuotato, pur se nominalmente conservato, il servizio di assistenza sanitaria⁸.

L'accoglienza dei titolari di protezione conserva invece le caratteristiche di quella che era stata denominata seconda accoglienza, concepita dal legislatore come territoriale, diffusa e spiccatamente orientata verso obiettivi di autonomia personale ed inclusione sociale del beneficiario.

In ultima analisi l'accoglienza vera e propria, intesa come sistema organico di misure volte a soddisfare nella loro globalità i bisogni delle persone accolte, viene riservata a coloro, tra i richiedenti asilo, che abbiano già ottenuto il riconoscimento di una forma di protezione internazionale (*rectius* di una delle forme di protezione rimaste, data l'abolizione della protezione umanitaria disposta dal d.l. 113/2018), con il risultato di ridurre drasticamente la platea dei fruitori.

⁷ Si veda in tal senso l'art. 14, c. 4, d. lgs. 142/2015, come modificato dal d.l. 113/2018. Con qualche incongruenza, resta invariato l'art. 9, c. 4, d. lgs. 142/2015, secondo cui «il richiedente è accolto per il tempo necessario all'espletamento delle operazioni di identificazione, ove non completate precedentemente, alla verbalizzazione della domanda ed all'avvio della procedura di esame della medesima domanda, nonché all'accertamento delle condizioni di salute».

⁸ Cfr. il *Nuovo schema di capitolato di appalto dei servizi di accoglienza* approvato con DM 20 novembre 2018, che ha preso il posto dello *Schema di capitolato di appalto* approvato con DM 7 marzo 2017.

Ne diventano destinatari esclusivi, oltre ai titolari dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria, i MSNA e i titolari dei permessi di soggiorno elencati dal riformulato art. 1-*sexies*, c. 1, d.l. 416/1989, tutti variamente riconducibili a ragioni di natura umanitaria⁹; mentre ne rimangono esclusi, oltre ai richiedenti asilo, anche i titolari del nuovo permesso di soggiorno per protezione speciale¹⁰. Apposite disposizioni transitorie regolano la progressiva uscita dal sistema dei richiedenti asilo e dei titolari di protezione umanitaria che si trovavano nei centri SPRAR alla data di entrata in vigore del d.l. 113/2018¹¹.

Per effetto della loro esclusione dal circuito della seconda accoglienza, i richiedenti perdono la possibilità di frequentare corsi di formazione professionale; anche la partecipazione volontaria ad attività di utilità sociale in favore delle collettività locali viene riservata ai titolari di protezione¹².

La modifica delle categorie dei soggetti ammessi determina il cambio di denominazione da SPRAR a SIPROIMI (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati), mentre restano invariate le caratteristiche organizzative del sistema e le tipologie dei servizi erogati¹³.

4. *La ricomposizione del sistema nel segno della sinergia tra accoglienza e integrazione*

La terza tappa del percorso evolutivo in esame è rappresentata dal d.l. 130/2020, che modificando ancora una volta il d. lgs. 142/2015 e l'art. 1-

⁹ Si tratta dei permessi di soggiorno per cure mediche, per motivi di protezione sociale, per le vittime di violenza domestica, per calamità, per particolare sfruttamento lavorativo e per atti di particolare valore civile.

¹⁰ Il permesso di soggiorno per protezione speciale, introdotto dal d.l. 113/2018 riscrivendo l'art. 32, c. 3, d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, è rilasciato dal questore quando la Commissione territoriale non abbia accolto la domanda di protezione internazionale ma ricorrano i presupposti del divieto di espulsione o respingimento di cui all'art. 19, cc. 1 e 1.1, d. lgs. 286/1998.

¹¹ Si vedano i cc. 5, 5-*bis* e 6 dell'art. 12 d.l. 113/2018.

¹² Ci si riferisce, rispettivamente, all'abrogazione dell'art. 22, c. 3, d. lgs. 142/2015 e alla riscrittura dell'art. 22-*bis*, c. 3, d. lgs. 142/2015.

¹³ Cfr. il DM 18 novembre 2019, con il quale sono state dettate le modalità di accesso degli enti locali al FNPSA e le nuove linee guida sul funzionamento del sistema, in sostituzione del DM 10 agosto 2016.

sexies d.l. 416/1989, ridefinisce ulteriormente le funzioni costitutive dell'accoglienza.

La funzione di soccorso, identificazione e informazione degli stranieri irregolarmente giunti, svolta negli *hotspot*, appare opportunamente distinta, nel nuovo testo dell'art. 8 d. lgs. 142/2015, da quella di prima assistenza, che viene assorbita dalla prima accoglienza e svolta negli omonimi centri¹⁴.

La prima accoglienza torna a coprire solo il lasso di tempo occorrente per espletare quegli adempimenti che consentono allo straniero di acquisire lo status di richiedente asilo, quali l'effettiva identificazione, la verbalizzazione della domanda e l'avvio della relativa procedura di esame, l'accertamento delle condizioni di salute e di eventuali situazioni di vulnerabilità, rilevanti sia ai fini dell'erogazione di servizi speciali di accoglienza, sia ai fini del passaggio in via prioritaria alla fase successiva. terminate tali operazioni, il richiedente è trasferito nei centri del Sistema di accoglienza e integrazione (SAI), nuovo nome della seconda accoglienza. La prima accoglienza recupera dunque il suo originario carattere di transitorietà, cessando di rappresentare la condizione stabile di chi è in attesa della decisione sulla domanda di protezione internazionale. La soluzione ordinaria al problema dell'accoglienza, anche per chi non ha ancora ottenuto il riconoscimento di una qualche forma di protezione, torna ad essere quella offerta dalle strutture diffuse sul territorio e gestite dagli enti locali ai sensi dell'art. 1-*sexies* d.l. 416/1989.

Non si tratta, tuttavia, di un mero ritorno al passato, operato con la semplice rimozione delle modifiche introdotte dal d.l. 113/2018; rispetto alla disciplina in vigore prima di quest'ultimo, si colgono diverse novità, alcune delle quali sembrano denotare una visione più matura e consapevole del modello di gestione adottato.

Viene innanzitutto modificata la disciplina dei centri adibiti alla prima accoglienza ai sensi degli artt. 9 e 11 d. lgs. 142/2015, con l'aggiunta di alcuni requisiti senz'altro migliorativi. Nell'istituzione dei CPA e nella relativa programmazione deve tenersi conto delle «esigenze di contenimento della capienza massima», all'evidente scopo di evitare strutture con un numero di ospiti così elevato da pregiudicarne la buona gestione. Se da un lato resta

¹⁴ Recita infatti l'art. 8, c. 2, d. lgs. 142/2015, come novellato dal d.l. 130/2020: «Le funzioni di prima assistenza sono assicurate nei centri di cui agli articoli 9 e 11, fermo restando quanto previsto dall'articolo 10-*ter* del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, per le procedure di soccorso e di identificazione dei cittadini stranieri irregolarmente giunti nel territorio nazionale».

ferma la possibilità di avvalersi di strutture temporanee (CAS), dall'altro si esigono per queste ultime i medesimi requisiti prescritti per le strutture ordinarie (CPA), prevedendo altresì che nelle une e nelle altre siano offerti i medesimi servizi. Ed infatti, in entrambe le categorie di centri occorre garantire «adeguati standard igienico-sanitari, abitativi e di sicurezza» e adottare «idonee misure di prevenzione, controllo e vigilanza» nei confronti dell'eventuale coinvolgimento degli ospiti in organizzazioni terroristiche internazionali. L'offerta dei servizi, la cui individuazione non è più affidata soltanto al decreto del Ministro dell'interno, ma è in parte già operata dalla norma di rango primario, risulta arricchita rispetto a quella che caratterizzava la prima accoglienza nella disciplina originaria. Oltre all'accoglienza materiale, sono infatti assicurati anche l'assistenza sanitaria, l'assistenza sociale e psicologica, la mediazione linguistico-culturale, la somministrazione di corsi di lingua italiana e i servizi di orientamento legale e al territorio, secondo modalità da specificare nel capitolato di gara. L'aver stabilito già in sede legislativa che determinati servizi debbano essere garantiti mette al riparo da scelte ministeriali troppo restrittive: basti considerare che, senza modificare l'art. 10 d. lgs. 142/2015, relativo alle modalità della prima accoglienza, era stato possibile, con il decreto ministeriale di approvazione del nuovo capitolato di gara, eliminare alcuni servizi e svuotarne in modo sostanziale altri, come si è visto sopra. Va poi evidenziato che lo spettro dei servizi garantiti per legge in prima accoglienza copre quasi integralmente l'offerta erogata all'interno del SAI, con le sole eccezioni dell'orientamento al lavoro e della formazione professionale: un livellamento verso l'alto dei servizi di accoglienza che va oltre il semplice ripristino del modello originario e merita, a parere di chi scrive, una valutazione positiva.

La terza funzione, l'accoglienza vera e propria, appare ora strettamente collegata all'integrazione, fino al punto di fondersi con essa in una funzione unitaria, di accoglienza e integrazione, che dà il nome al nuovo sistema. Il legislatore ha voluto imprimere al servizio pubblico di accoglienza¹⁵ una direzione precisa, collocandolo nell'orizzonte teleologico dell'integrazione, interesse pubblico primario individuato dalla legge in materia di gestione

¹⁵ Per la qualificazione dell'accoglienza dei richiedenti asilo come servizio pubblico e, in particolare, come «servizio sociale alla persona», cfr. M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, Napoli, 2016, pp. 192-197; nonché N. VETTORI, *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della riforma introdotta dal d.l. n. 113/2018*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2019, p. 135 ss., p. 142.

dell'immigrazione¹⁶. Oltre al nome, le modifiche apportate all'art. 1-*sexies* d.l. 416/1989 riguardano i soggetti che possono accedere al sistema e i servizi che vi sono erogati.

La lista dei soggetti ammessi torna a comprendere, oltre ai titolari di protezione internazionale, ai MSNA e ai titolari dei permessi di soggiorno già indicati dal d.l. 113/2018, anche i richiedenti asilo in attesa di decisione; vi sono inseriti *ex novo* i titolari del permesso di soggiorno per protezione speciale, i titolari del permesso di soggiorno per casi speciali *ex art.* 1, c. 9, d.l. 113/2018 e i minori affidati ai servizi sociali, al compimento della maggiore età, ai sensi dell'art. 13, c. 2, legge 47/2017.

In tema di servizi offerti, viene introdotta la distinzione tra servizi di primo livello, coincidenti con quelli erogati anche in prima accoglienza, e servizi di secondo livello, più direttamente finalizzati all'integrazione, che includono, oltre a quelli di primo livello, l'orientamento al lavoro e la formazione professionale. I primi sono destinati ai richiedenti asilo in attesa di decisione, i secondi a tutti gli altri beneficiari del sistema. Coerentemente, non viene ripristinato l'abrogato art. 22, c. 3, d. lgs. 142/2015, che consentiva ai richiedenti asilo di frequentare corsi di formazione professionale nell'ambito della seconda accoglienza¹⁷; viene però reintrodotta, modificando l'art. 22-*bis*, c. 3, d. lgs. 142/2015, la possibilità del loro coinvolgimento in attività di volontariato.

L'unitarietà della funzione di accoglienza e integrazione è confermata dall'art. 5 d.l. 130/2020, che pone a carico delle amministrazioni competenti

¹⁶ Il documento programmatico triennale relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato deve tra l'altro delineare, ai sensi dell'art. 3, c. 3, d. lgs. 286/1998, «gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone, purché non confliggenti con l'ordinamento giuridico». Si veda anche l'art. 42 d. lgs. 286/1998, relativo alle «misure di integrazione sociale» che Stato, regioni, province e comuni devono favorire, nell'ambito delle proprie competenze, anche in collaborazione con le associazioni di stranieri e con le organizzazioni operanti in loro favore, nonché con gli enti pubblici e privati dei Paesi d'origine.

¹⁷ Il permanere di un regime parzialmente differenziato per i richiedenti in attesa di decisione ha sollevato perplessità in alcuni commentatori. Si vedano ad es. F. BIONDI DAL MONTE, *Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, p. 121 ss., p. 126 s. e p. 133; nonché M. CONSITO, *L'accoglienza e il trattenimento del richiedente asilo dopo il c.d. decreto immigrazione 2020: tra (tiepidi) ritorni al passato e nuove restrizioni*, ADiM Blog, *Analisi & Opinioni*, dicembre 2020, p. 7 s.

il dovere di avviare «ulteriori percorsi di integrazione» a favore degli utenti del SAI, una volta che siano usciti dalle strutture di cui all'art. 1-*sexies* d.l. 416/1989. La programmazione dei relativi interventi è affidata al Piano nazionale di integrazione dei beneficiari di protezione internazionale di cui all'art. 29, c. 3, d. lgs. 19 novembre 2007, n. 251, predisposto dal Tavolo di coordinamento nazionale insediato presso il Ministero dell'interno, al quale spetta anche formulare concrete proposte attuative. Viene così opportunamente rilanciato un importante atto di pianificazione, finora adottato una sola volta il 26 settembre 2017.

L'accento che il legislatore ha voluto porre sull'integrazione dei beneficiari di protezione internazionale richiama e conferma la centralità dell'integrazione degli stranieri nel tessuto sociale come obiettivo cardine che l'ordinamento italiano assegna alle politiche in materia di immigrazione. I beneficiari di protezione internazionale non sono infatti che una particolare categoria di stranieri, qualificata da una specifica esigenza di integrazione derivante dalla circostanza di aver perso la protezione del Paese di origine¹⁸ e come tale destinataria di interventi mirati, ma pur sempre volti al conseguimento dell'autonomia individuale della persona attraverso il suo effettivo inserimento nella società. Strumenti prioritari di inclusione sono il lavoro e l'accesso ai servizi pubblici essenziali, quali l'assistenza sanitaria e sociale, l'alloggio, l'istruzione e la formazione linguistica, individuati come contenuti del Piano nazionale di integrazione già dall'art. 29, c. 3, d. lgs. 251/2007 ed ora anche dall'art. 5, c. 2, d.l. 130/2020¹⁹. Su questo tema il legislatore italiano appare in piena sintonia con le istituzioni dell'Unione europea, che da tempo riconoscono all'inclusione dei cittadini di Paesi terzi un ruolo essenziale nel governo dell'immigrazione ed individuano a tal fine come strumenti prioritari di intervento l'istruzione e la formazione, l'occupazione e le competenze, la salute, l'alloggio²⁰.

¹⁸ In tal senso cfr. l'art. 29, c. 2, d. lgs. 251/2007.

¹⁹ L'art. 5, c. 2, d.l. 130/2020 menziona, come possibili ambiti di intervento, la formazione linguistica finalizzata alla conoscenza della lingua italiana, la conoscenza dei diritti e dei doveri fondamentali sanciti nella Costituzione italiana, l'orientamento ai servizi pubblici essenziali e l'orientamento all'inserimento lavorativo.

²⁰ Si veda il Piano d'azione su integrazione e inclusione 2021-2027 del 24 novembre 2020, COM(2020) 758 final; ma già il Piano d'azione sull'integrazione dei cittadini di Paesi terzi del 7 giugno 2016, COM(2016) 377 final.

5. *Considerazioni conclusive*

La disciplina del servizio pubblico di accoglienza risultante dalle modifiche operate dal d.l. 113/2018 si poneva in tensione, se non in aperto conflitto, con le fonti internazionali, con il diritto dell'Unione europea e con la stessa Costituzione italiana in materia di protezione internazionale, accoglienza dei richiedenti asilo e tutela dei diritti fondamentali²¹. Particolarmente problematica appariva la divaricazione tra il percorso dei richiedenti asilo e quello dei titolari di protezione, non contemplata dalle direttive europee, che poneva i richiedenti in una condizione stabilmente precaria, gestita secondo un approccio centralistico ed emergenziale e largamente insoddisfacente dal punto di vista della qualità e della quantità dei servizi. L'obiettivo di una disciplina dell'accoglienza rispettosa delle fonti sovraordinate, consapevole del carattere strutturale del fenomeno migratorio e in grado di consentirne una gestione pianificata e integrata nel welfare locale, sembrava sfumato o comunque accantonato.

Tanto premesso, non v'è dubbio che il d.l. 130/2020 e la relativa legge di conversione abbiano nel complesso riallineato la disciplina italiana dell'accoglienza ai principi internazionali, europei e costituzionali, riunificando i percorsi di chi cerca, chiede e ottiene protezione, restituendo centralità all'accoglienza territoriale diffusa e rilanciando la prospettiva dell'integrazione; nonché innalzando gli standard qualitativi delle strutture, rafforzando la tutela dei diritti degli utenti e incrementando i servizi offerti, già nella fase della prima accoglienza.

Pare a chi scrive che la riforma in commento abbia anche il merito di aver ricostituito un sistema dotato di una qualche organicità e ispirato a una

²¹ Rilievi critici nei confronti del d.l. 113/2018 sono stati formulati sotto diversi aspetti e da numerosi autori. Con particolare riferimento al tema dell'accoglienza si vedano F. MANGANO, *Principio di solidarietà e strutture di accoglienza dei migranti*, in *Studi in onore di Antonio Ruggeri*, in corso di pubblicazione; ID., *Politiche e strutture di accoglienza delle persone migranti*, in *federalismi.it*, n. 21/2019, p. 14; M. INTERLANDI, *La dimensione organizzativa dell'accoglienza degli immigrati nella prospettiva del diritto ad una "buona amministrazione": il ruolo degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità "ospitanti"*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, p. 301 ss., p. 308 ss.; N. VETTORI, *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, cit.; M. GIOVANNETTI, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2019, p. 16 ss.

visione d'insieme. A tale proposito si osserva che la denominazione di "Sistema di accoglienza e integrazione", letteralmente riferita solo ai servizi di cui all'art.1-*sexies* d.l. 416/1989, andrebbe piuttosto intesa come comprensiva anche della prima accoglienza disciplinata dal d. lgs. 142/2015. Sarebbe forse opportuno, a questo punto, tornare a ricompattare la disciplina, tuttora spezzata in due testi, in un solo testo normativo che si ponga come unitario atto di recepimento del diritto dell'Unione europea.

La valutazione positiva che precede non toglie che la disciplina dell'accoglienza continui a presentare criticità e nodi irrisolti. Tra le sfide aperte vi è quella di garantire, nei fatti, una reale diversità di funzione, durata e caratteristiche tra la prima e la seconda accoglienza, in modo tale che la prima conservi la natura transitoria che le norme le conferiscono e la seconda assuma quella centralità che ne faccia la risposta ordinaria e prevalente al problema dell'accoglienza. A monte di tale questione vi è l'effettivo sviluppo della rete SAI, che permanendo il carattere volontario dell'adesione degli enti locali dipende necessariamente dalle scelte dei territori e continua pertanto a rappresentare una variabile incerta. Fino a quando i posti disponibili nel SAI saranno insufficienti rispetto al fabbisogno, sarà inevitabile un uso dei centri di prima accoglienza più intenso e prolungato del dovuto. Da questo punto di vista, l'innalzamento degli standard qualitativi e l'ampliamento dei servizi erogati all'interno di tali centri sono senz'altro misure necessarie per garantire la tutela dei diritti delle persone accolte, proprio in considerazione del prevedibile protrarsi dei relativi tempi di permanenza. Resta tuttavia una sfasatura tra il disegno normativo e la sua realizzazione pratica che pare uno dei principali limiti di un modello non solo ancora inattuato, ma soprattutto ad attuazione ancora non garantita.

L'ACCOGLIENZA E IL TRATTENIMENTO
DEL RICHIEDENTE ASILO
DOPO IL C.D. DECRETO IMMIGRAZIONE 2020:
TRA (TIEPIDI) RITORNI AL PASSATO E NUOVE RESTRIZIONI

Manuela Consito *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ampliamento delle misure di trattenimento per i richiedenti asilo. – 3. Primo soccorso, prima assistenza e prima accoglienza. – 4. Seconda accoglienza di primo e di secondo livello.

1. *Introduzione*

La conversione del d.l. n. 130 del 21 ottobre 2020, n. 130, c.d. Decreto Immigrazione, avvenuta con l. n. 173 del 18 dicembre 2020, offre l'occasione di meglio puntualizzare quali siano le novità apportate da questa disciplina al sistema di c.d. accoglienza e integrazione dei migranti, senza dimenticare il parallelo profilo del trattenimento. L'attenzione vuole rivolgersi, in particolare, ai richiedenti asilo, che il legislatore, a tratti alterni, ritiene come più o meno meritevoli di attenzione, prevedendone il coinvolgimento nell'ambito di programmi variamente definiti di accoglienza secondo obiettivi di integrazione e inclusione sociale che potrebbero definirsi «a tutela progressiva».

2. *L'ampliamento delle misure di trattenimento per i richiedenti asilo*

Nel quadro più ampio del trattenimento e dell'accoglienza dello straniero la novella normativa consente di ricordare come possa ormai dirsi classica la distinzione tra le forme *latu sensu* di accoglienza, che vanno dall'adozione di interventi c.d. di prima accoglienza e soccorso, e le varie forme di c.d. detenzione amministrativa, comprese quelle più restrittive che confluiscono nel trattenimento in centri di permanenza per i rimpatri (CPR).

Con riguardo a quest'ultimi non pare sfumare nemmeno nella più recente decretazione quell'idea di «globalizzazione della cultura del controllo¹»

* Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università di Torino.

¹ M. WELCH, L. SCHUSTER, *Detention of Asylum Seekers in US, UK, France, Germany and*

nei confronti dello straniero e, *in primis*, del richiedente asilo, che, pur a fronte di una generale declamazione della libertà di circolazione nel territorio dello Stato membro ospite ne vede un progressivo contenimento per il tramite di misure di limitazione (assegnazione di un luogo di residenza o a un centro di accoglienza), quando non di privazione della libertà personale (trattenimento), con l'ampliamento dei presupposti per il trattenimento dei richiedenti asilo in un centro di permanenza per i rimpatri².

Alla disciplina previgente sono infatti aggiunte le seguenti ipotesi: il ricorrere delle condizioni per il diniego dello *status* di rifugiato o di esclusione dalla protezione sussidiaria (d.lgs. n. 251, 19 novembre 2007, art. 12, co. 1, lett. b e c e art. 16); la presentazione di domanda reiterata in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento da parte del richiedente asilo (d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, art. 29 bis); l'ipotesi in cui il richiedente costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, per la cui valutazione si tiene conto di condanne – anche rese in sede di c.d. patteggiamento e in caso di sentenza non definitiva – per i reati la cui commissione sia causa di diniego dello *status* di rifugiato e di esclusione dalla protezione sussidiaria. Si tratta di ipotesi condizionate alla disponibilità di posti nei CPR o in altre strutture idonee, previste dall'art. 13 comma 5-bis del Testo Unico sull'Immigrazione (il riferimento è alle modifiche apportate al d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, art. 6, co. 2).

3. *Primo soccorso, prima assistenza e prima accoglienza*

Con riguardo alle ipotesi di accoglienza si conferma la classificazione dei centri articolata secondo tre categorie o livelli³: di primo soccorso e assisten-

Italy. A critical view of the globalizing culture of control, in *Criminal Justice*, 5(4), 2005, pp. 331 ss.

² Su libertà di circolazione del richiedente asilo e del rifugiato: Direttiva 2013/33/UE, art. 7 § 1; Direttiva 2011/95/UE, art. 33 e, per l'ordinamento italiano, d.lgs. 9.11.2007 n. 251, art. 29; Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, art. 26; sulla compatibilità della fissazione di limiti quali la residenza con il disposto dell'Unione europea v. Conclusioni dell'Avvocato generale, 6 ottobre 2015, *Kreis Warendorf c. Ibrahim Alo* e *Amira Osso c. Regione di Hannover* cause riunite C-443/14 e C-444/14.

³ Per un inquadramento generale del sistema di accoglienza e trattenimento dei migranti si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *L'accoglienza dei migranti involontari e il servizio sociale: una proposta di inquadramento*, F. ASTONE, A. LUPO, V. PRUDENTE, A. ROMEO (a cura di),

za, di prima accoglienza, anche d'emergenza, e di seconda accoglienza e integrazione, di cui sono titolari rispettivamente lo Stato e gli enti locali.

È utile premettere come il tema debba essere collocato nel quadro generale delle competenze in materia di servizi sociali e di assistenza, dove la disciplina circa le funzioni amministrative per i servizi di soccorso e assistenza, di prima accoglienza e per i servizi c.d. straordinari o d'emergenza pone in capo allo Stato gli interventi di prima assistenza in favore dei profughi, di stranieri e di apolidi, seppur limitatamente al periodo necessario alle operazioni di identificazione ed eventualmente fino alla concessione del permesso di soggiorno. Vi si affiancano gli interventi di ricetto e di assistenza temporanea degli stranieri da respingere o da espellere, unitamente alle misure straordinarie di accoglienza e gli interventi di accoglienza per i richiedenti asilo che siano privi dei mezzi sufficienti di sussistenza (l. n. 328/2000, art. 1, art. 9, co. 1; d.lgs. n. 112/1998, art. 129, co. 1, lett h; d.lgs. n. 142/2015, artt. 8 e 9, co. 1 e co. 3).

Letta in tale contesto normativo la disciplina ora in esame anzitutto non incide sui servizi di soccorso e prima assistenza presso i valichi di frontiera. Risulta infatti confermato il fermo all'arrivo, effettuato normalmente presso i centri posti alle frontiere e nelle zone di sbarco (o accesso), funzionale a evitare l'ingresso delle persone non autorizzate, oltre che a consentirne l'identificazione (*transit zone, zone d'attente, centri di primo soccorso, centri di prima assistenza, centri di assistenza, centri di primo soccorso e assistenza, hotspot*). Vi è anzi in merito un espresso richiamo ai c.d. «punti di crisi» o *hotspots* o «aree di sbarco attrezzate», previsti, come noto, dall'Agenda europea sulla migrazione (d.lgs. n. 142/2015, art. 8, co. 2, che rinvia al d.lgs. n. 286/1998, art. 10 *ter*). Del pari trovano richiamo i *centri di primo soccorso e accoglienza* (CPSA), per la prevista possibilità di attivazione di nuove strutture su altre parti del territorio nazionale ove se ne ravvisi la necessità per fronteggiare situazioni di emergenza che si verificano in altre aree del territorio nazionale (d.lgs. n. 142/2015, art. 9 co. 3; d.l. n. 451/1995, art. 2 co. 2; d.m. n. 233/1996, art. 2, cpv. 1).

I diritti sociali al tempo delle migrazioni, ESI, Napoli, 2019, pp. 325 ss.; C. CORSI, *Immigrazione, accoglienza, diritto*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, pp. 305 ss.; Ead., *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in A. BARTOLINI - A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2017, pp. 133 ss.; Ead., *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *federalismi.it*, 2020; V. BERLINGÒ, *La problematica tutela della dignità dei migranti nelle fasi del rimpatrio*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Collane@unito.it, Torino, 2019, pp. 41 ss.

A questi servizi segue il livello successivo, di prima accoglienza e di identificazione, cui oggi possono ricondursi i CPA (Centri di prima accoglienza: d.lgs. n. 142/2015, art. 9) e i CAS (centri di accoglienza straordinari, per i quali: d.lgs. n. 142/2015, art. 11, cui fa espresso richiamo l'art. 8, co. 2, ora nell'ultima stesura con esplicito riferimento alle funzioni di «prima assistenza»), che vedono come costante direttrice l'organizzazione dell'accoglienza per i richiedenti asilo presso centri governativi appositi (d.lgs. n. 142/2015, art. 9, co. 3).

L'articolazione della previsione normativa non impedisce di sussumerne il tratto unificante nell'essere tutte «strutture alloggiative ove, anche gratuitamente, si provvede alle immediate esigenze alloggiative ed alimentari dello straniero» (d.lgs. n. 286/1998, art. 40 co. 3), cui altri servizi possono aggiungersi⁴.

Sono centri destinati a garantire una prima assistenza e accoglienza ai migranti stranieri privi di titolo di ingresso sul territorio italiano o di cui occorra comunque la previa identificazione e «l'espletamento delle operazioni necessarie alla definizione della posizione giuridica» (d.lgs. n. 142/2015, art. 9, co. 1).

È perciò una forma di accoglienza limitata e temporanea, poiché a copertura di quella situazione transeunte che va dall'accesso o approdo sul territorio nazionale del migrante che manifesti espressamente la volontà di richiedere protezione sino alla definizione del relativo procedimento, ma che deve essere in ogni caso assicurata secondo modalità che offrano la necessaria assistenza e il pieno rispetto della dignità.

L'accoglienza, accompagnata da una limitazione della libertà di circolazione attesa la libera uscita dal centro nelle ore diurne e l'obbligo di rientro nelle ore notturne (d.lgs. n. 142/2015, art. 10, co. 2), va limitata al periodo di tempo «necessario» alle verifiche utili all'autorizzazione della permanenza sul territorio oppure all'allontanamento, consentendo nel frattempo lo svolgimento di interventi straordinari a carattere assistenziale, alloggiativo e igienico-sanitario.

In tal senso si pone come standard prestazionale minimo per la gestione dei centri il rispetto di «adeguati standard igienico-sanitari, abitativi e di sicurezza», in uno con obiettivi di ordine e di sicurezza pubblici, attese le

⁴ Sulla gestione dei centri di prima accoglienza: Corte dei conti, Sezione centrale di Controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *La "prima accoglienza" degli immigrati: la gestione del fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo (2013-2016)*, Deliberazione 7 marzo 2018, n. 3).

«idonee misure di prevenzione, controllo e vigilanza relativamente alla partecipazione o alla propaganda attiva a favore di organizzazioni terroristiche internazionali» che debbono del pari essere assicurate (d.lgs. n. 142/2015, art. 10, co. 1).

Il carattere «necessario» è inteso come riferito al tempo utile all'espletamento delle operazioni di identificazione, alla verbalizzazione della domanda di protezione e all'avvio della procedura di esame della medesima domanda, nonché all'accertamento delle condizioni di salute e la sussistenza di situazioni di vulnerabilità (d.lgs. n. 142/2015, art. 9, co. 4; art. 17, co. 1). Non si rinvergono modifiche rispetto all'originaria previsione di servizi speciali di accoglienza assicurati in tali ipotesi anche in collaborazione con la ASL competente per territorio, che dovrebbero garantire misure assistenziali particolari e un adeguato supporto psicologico (d.lgs. n. 142/2015, art. 17, co. 3).

È un'accoglienza tradotta in prestazioni a carattere misto di assistenza sanitaria e sociale, la cui fruizione è a tutela dei diritti assoluti degli individui in prima battuta soccorsi e accolti, cui si affiancano anche prestazioni e interventi funzionali a esigenze di pubblica sicurezza.

L'assunto trova riscontro anche nella recente disciplina, ove l'esigenza di assicurare il rispetto di standard minimi di prestazione (art. 2 Cost.) può indirettamente ritrovarsi nell'enunciazione di quel nucleo di garanzie che resta evocato in via generale come tutela di particolari condizioni di vulnerabilità (d.lgs. n. 142/2015, art. 10, co. 1 e art. 17) e come «rispetto della sfera privata, comprese le differenze di genere, delle esigenze connesse all'età, la tutela della salute fisica e mentale dei richiedenti, l'unità dei nuclei familiari» (d.lgs. n. 142/2015, art. 10, co. 1) da intendersi però ora, secondo una specificazione di sicura portata restrittiva, come solo riferita ai nuclei «composti da coniugi e da parenti entro il primo grado».

La definizione di quali siano nel dettaglio le prestazioni di primo soccorso, assistenza e di prima accoglienza da rendersi agli stranieri al momento dell'ingresso resta demandata ad atti generali di organizzazione, di programmazione e di pianificazione nazionali e regionali: il riferimento è ai capitolati speciali o generali d'appalto del Ministero degli interni, da adottarsi sempre in ragione del Piano nazionale per l'accoglienza che individua il fabbisogno di posti da destinare a tale scopo (d.lgs. n. 142/2015, art. 16, co. 2).

Non può revocarsi in dubbio che vi si debbano ricondurre servizi alla persona e prestazioni economiche, da qualificarsi come «servizi di base» funzionali al carattere straordinario e temporaneo dell'accoglienza. Accanto a prestazioni di gestione amministrativa e di minuta sussistenza e manutenzio-

ne, il riferimento deve essere alla fornitura di beni e dei servizi materiali di base, quali vitto, vestiario, biancheria, un *pocket money*, prodotti personali, nel rispetto delle tradizioni culturali e religiose, nonché delle esigenze individuali, il servizio di tutela della salute e di assistenza per le persone vulnerabili, l'informazione sulla normativa in materia di asilo e immigrazione.

A queste tornano ad accedere (prestazioni accessorie) - dopo la contrazione registrata con il d.l. n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza del 2018) - i servizi di assistenza generica alla persona, quali l'assistenza sociale e psicologica, la mediazione linguistico-culturale, la somministrazione di corsi di lingua italiana e i servizi di orientamento legale e al territorio (d.lgs. n. 142/2015, art. 10, co. 1).

Si supera in tale senso l'idea di quella progressiva riconduzione dei centri di prima accoglienza al modello dei CPR, che si era registrato con la decretazione del 2018 intesa a sottolineare come la precarietà della posizione del richiedente asilo fosse solo un prodromo alla sua successiva espulsione sulla base di una presunta infondatezza *a priori* della domanda di protezione. In tale ottica si era registrata una forte contrazione sul piano degli atti di pianificazione (capitolati generali di appalto) di quei servizi ritenuti non più fondamentali e volti alla prospettiva di supporto alla persona e a un successivo inserimento sociale del richiedente asilo, almeno potenziale a fronte del possibile accoglimento dell'istanza di protezione.

4. *Seconda accoglienza di primo e di secondo livello*

Al sistema di c.d. seconda accoglienza vanno ricondotte le prestazioni rese nell'ambito dei servizi di accoglienza integrata di cui sono titolari gli enti locali parte della rete, nata come «Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati – SPRAR» (d.l. n. 416/1989, art. 1 *sexies*, conv. in l. 28 febbraio 1990, n. 39).

Il modello, come noto, è stato poi sostituito, con il d.l. 113 del 2018 (c.d. decreto sicurezza), dal «Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati - SIPROIMI», in forza di una scelta del legislatore d'emergenza che ha inteso escludere dalla seconda accoglienza i richiedenti asilo in attesa della definizione del procedimento di riconoscimento della protezione internazionale.

La nuova decretazione introduce ora il «Sistema di accoglienza integrato - SAI», che ripropone in parte il modello SPRAR, con centri gestiti a livello

locale secondo il paradigma⁵ dell'accoglienza diffusa sulla base di proposte progettuali degli enti locali, destinate all'accoglienza e all'avvio del processo di integrazione di richiedenti asilo e di titolari di protezione che siano temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza.

Sul piano oggettivo, condizione per l'accesso è la mancanza di «mezzi sufficienti a garantire una qualità di vita adeguata al sostentamento proprio e dei propri familiari», la cui valutazione è parametrata con riferimento all'importo annuo dell'assegno sociale (d.lgs. n. 142/2015, art. 14, co. 1, co. 3). L'accesso ai servizi di seconda accoglienza è subordinato inoltre sia all'espletamento delle procedure cui è funzionalizzata la prima accoglienza, sia – per i richiedenti asilo – alla disponibilità di posti nell'ambito dei servizi in parola, con un accesso prioritario per i soggetti vulnerabili.

Sul piano soggettivo, si confermano come beneficiari i titolari di protezione internazionale, i minori stranieri non accompagnati e, qualora non accedano a sistemi di protezione specificamente dedicati, i titolari dei permessi di soggiorno per motivi di protezione speciale, per cure mediche, protezione sociale, violenza domestica, calamità, particolare sfruttamento lavorativo, atti di particolare valore civile, casi speciali e neomaggiorenni per cui sia stato disposto il prosieguo amministrativo.

Tornano ad aggiungersi ora i richiedenti asilo, per i quali l'accesso alla seconda accoglienza già aveva previsto un progressivo percorso di accesso a servizi di assistenza sociale e integrazione, poi interrotto con l'emanazione del d.l. n. 113 del 2018 (decreto sicurezza⁶).

In base al nuovo decreto convertito, la riapertura della seconda accoglienza ai richiedenti asilo risulta peraltro parziale e non meglio definita, attesa la separazione tra servizi di primo e secondo livello, unici quest'ultimi a essere finalizzati all'integrazione (così espressamente la lettera del disposto normativo appena modificato: d.lgs. n. 142/2015, art. 9, co. 4 bis, che rinvia al d.l. n. 416/1989, art. 1 sexies, co. 2 bis).

Solo ai primi infatti possono avere accesso i richiedenti protezione inter-

⁵ In un comunicato ufficiale l'UNHCR accenna a un cambio di paradigma: *L'UNHCR accoglie con favore le nuove norme su immigrazione e asilo: un positivo cambio di paradigma*, 21 dicembre 2020, in www.unhcr.org.

⁶ M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi, Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020; M. GIOVANNETTI, *Disposizioni in materia di accoglienza dei richiedenti asilo*, in F. CURI (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pacini, Pisa, 2019, pp. 147 ss.

nazionale, che risultano esclusi in particolare da servizi di orientamento al lavoro e dalla formazione professionale, riducendosi le prestazioni a loro riservate ai servizi di accoglienza materiale e di assistenza sanitaria, cui tornano – questo il dato positivo – ad affiancarsi l’assistenza sociale e psicologica, la mediazione linguistico-culturale, la somministrazione di corsi di lingua italiana e i servizi di orientamento legale e al territorio.

Il disegno normativo pare voler articolare un sistema pluri-livello, che dal primo soccorso e assistenza passa alla prima accoglienza per poi confluire sulla seconda accoglienza, a propria volta distinta secondo due piani differenti. Siamo di fronte alla prospettazione di un modello che potremmo definire «a tutela progressiva»: da un primissimo livello di servizi emergenziali e di soccorso, si procede con servizi di base sino a giungere a un’accolgienza strutturata secondo fini di inclusione e integrazione. Il tutto anche in ragione dell’evolvere della condizione giuridica dello straniero, che da «approdato» diviene «richiedente asilo» e poi, infine, «protetto». Lo stabilizzarsi progressivo dello *status* del migrante si accompagna all’accesso a forme di accoglienza sempre più strutturate.

Questo l’impianto teorico, che è congruente con quella necessità di «evitare di riconoscere un “diritto di permanenza indistinto” a tutti coloro che sbarcano e, quindi, ammettere un’accolgienza di molti mesi durante i quali i migranti, non avendone titolo, vengono di fatto inseriti nei c.d. percorsi di formazione professionale finalizzati all’integrazione» col rischio di inserire nel circuito dell’integrazione anche migranti che poi non risultano avere titolo al soggiorno», già posta in evidenza dalla Corte dei conti⁷.

A una lettura più approfondita emergono tuttavia tratti di incoerenza anzitutto sul fronte organizzativo e di progettazione. Non è infatti affatto chiaro come debbano distinguersi le attività di prima accoglienza da quelle di seconda accoglienza di primo livello, dal momento che la tipologia di servizi resi pare la medesima.

La disciplina in entrambi i casi richiama quelle prestazioni che, nella classificazione che qui si è tentata nell’intento di offrire un’analisi sistemica, si sono chiamate “accessorie” o di “assistenza generica alla persona” (d.lgs. n. 142/2015, art. 10, co. 1 e d.l. n. 416/1989, art. 1 sexies, co. 2 bis), che la normazione secondaria definisce come “servizi minimi” (d.m. Interno, 18 novembre 2019, Allegato A, art. 4).

⁷ Corte dei conti, Sezione centrale di Controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *La “prima accoglienza” degli immigrati: la gestione del fondo nazionale per le politiche e i servizi dell’asilo (2013-2016)*, cit., pp. 100.

Inoltre, sul piano applicativo non risulta chiara la differenza ove si ponga attenzione anche alla titolarità delle funzioni: le prestazioni sono le medesime, così i beneficiari cui sono rivolte, ma la risposta in termini di titolarità dei servizi e di omogeneità degli standard diverge necessariamente con evidenti disparità nell'accesso da parte dei beneficiari pur a parità di condizioni.

La prima accoglienza, di competenza statale, trova infatti definizione in modo uniforme al livello nazionale per tutti i centri governativi previsti (parla di livelli di accoglienza uniformi nel territorio nazionale, in relazione alle peculiarità di ciascuna tipologia di centro: d.lgs. n. 142/2015, cit., art. 12, co. 1). La seconda accoglienza di primo livello è fondata invece su un modello di progettualità predisposta con atti di autonomia di quei soli enti locali che intendano accedere ai finanziamenti dedicati, a valere sul Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo (d.m. Interno, 18 novembre 2019).

Forse l'intento del legislatore potrebbe leggersi nell'ottica di promozione di una continuità tra la prima accoglienza e la seconda accoglienza di primo livello onde evitare sospensioni o interruzioni a svantaggio del beneficiario richiedente asilo, ma non si comprende come ciò possa essere garantito a fronte della variabilità sia territoriale sia numerica dei progetti di seconda accoglienza che di volta in volta possono avviarsi o rinnovarsi (a luglio 2020, ancora nel contesto del SIPROIMI, si contano 1800 comuni coinvolti nei progetti territoriali, per un totale di 795 progetti; a gennaio 2021 si registra una flessione: 650 enti locali coinvolti, per un totale di 760 progetti).

In sintesi, l'impianto originario (2015) vedeva una più chiara distinzione in termini di tipologia di servizi resi, dove lo Stato era competente per i servizi di soccorso e assistenza, di prima accoglienza e per i servizi c.d. straordinari intesi come servizi di base e di assistenza generica alla persona, mentre agli enti locali spettavano i servizi di seconda accoglienza e integrazione che si specificavano chiaramente in prestazioni di recupero, di accoglienza, di assistenza e di successiva integrazione dei beneficiari, secondo un modello di «accoglienza integrata» funzionale al perseguimento dell'autonomia individuale e a supportare percorsi di integrazione e di inclusione sociale dei soggetti accolti.

La riforma in esame, tanto annunciata, risulta per questo un tiepido e non del tutto congruente ritorno al passato e non può dirsi esente da critiche, già sollevate sul piano fattuale⁸ con particolare riguardo alla suddivisione della seconda accoglienza nei due livelli ricordati: si è infatti evidenziato

⁸ Per un esempio: S. PROIETTI, *SAI, ex-SIPROIMI ed ex-SPRAR: come cambia l'accoglienza*, 18 novembre 2020, in <https://www.piuculture.it/2020/11/sai/>.

come non sia agevole nell'ambito di un medesimo progetto SIA articolare i servizi destinati ai richiedenti asilo, da un lato, e quelli riservati ai titolari di uno *status* di protezione, dall'altro.

IL LAVORO DEGLI STRANIERI
E LE MODIFICHE INTRODOTTE
DAL DECRETO IMMIGRAZIONE 2020

Micaela Vitaletti*

SOMMARIO: 1. Immigrazione irregolare e pandemia: un quadro sintetico delle interazioni. – 2. Il contesto disciplinare: il (primo e quasi improbabile) accesso al permesso di soggiorno per lavoro subordinato. – 3. La “programmazione” del numero di lavoratori stranieri nel nostro Paese. – 4. È possibile il lavoro regolare degli stranieri in Italia?

1. *Immigrazione irregolare e pandemia: un quadro sintetico delle interazioni*

L’obiettivo di tracciare la popolazione per controllare il numero di contagi ha posto la questione dei cittadini stranieri presenti in Italia senza alcuna autorizzazione e, dunque, ‘invisibili’ all’ordinamento anche sotto il profilo sanitario.

Si stima che in Italia, a decorrere dal 1° gennaio 2019, fossero presenti 562.000 cittadini stranieri irregolari su una popolazione straniera complessiva di 6.220.000 persone¹.

Il Governo, tra i diversi interventi, con il D.L. 130/2020, poi convertito dalla legge n. 173/2020, ha modificato il Testo Unico in materia di immigrazione², ampliando le ipotesi di conversione dei permessi di soggiorno, a vario titolo rilasciati e non più rinnovabili, in permessi di soggiorno per lavoro subordinato, ove ricorrano i requisiti.

Il nuovo comma 1-bis dell’art. 6 del D.lgs. n. 286/1998, consente, infatti, la conversione in permessi di soggiorno dei seguenti permessi: protezione speciale, salvo il caso in cui sia stato negato per gravi condotte criminose, pericolosità per la sicurezza dello Stato o l’ordine e la sicurezza pubblica); calamità; residenza elettiva concessa allo straniero che dimostri di poter essere autosufficiente anche senza svolgere una attività lavorativa; acquisto della cit-

* Professoressa associata di Diritto del lavoro, Università di Teramo.

¹ Rapporto XXV Fondazione ISMU -Iniziativa e Studi sulla Multietnicità.

² In generale sul T.U. in materia di immigrazione, prima delle recenti modifiche, L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2012, W. CHIAROMONTE, M. F. DOLORES, *Migranti e lavoro*, Il Mulino, 2020.

tadinanza o dello stato di apolide; attività sportiva; lavoro dal contenuto artistico; motivi religiosi; assistenza minori.

I suddetti permessi presentano una durata diversa e in alcune ipotesi autorizzano lo svolgimento di attività lavorativa. Tuttavia, prima delle modifiche introdotte, la continuità del rapporto di lavoro era vincolata alla validità del permesso che, ove scaduto e non più rinnovabile, non era trasformabile in un ordinario permesso di lavoro.

Diversamente, con il D.L. 130/2020 coloro che continuano a risiedere nel nostro Paese, pur essendo venuto il permesso in precedenza acquisito, potranno ora avviare le pratiche di conversione in permesso di soggiorno di lavoro, tornando “visibili” all’ordinamento.

Si tratta di un intervento entrato in vigore ad ottobre dello scorso anno, quando nel nostro paese la diffusione del virus Covid-19, che sembrava ormai sopita con l’estate, ritorna alla sua dimensione pandemica³. Alla politica di contenimento del virus, si è così aggiunta l’azione su un tema tanto importante, quanto spesso oggetto di condizionamenti politici e sociali, come quello dell’immigrazione irregolare⁴.

2. *Il contesto disciplinare: il (primo e quasi improbabile) accesso al permesso di soggiorno per lavoro subordinato*

Il provvedimento del Governo non modifica le modalità di accesso al permesso di soggiorno per lavoro, ma consente, dunque, di riportare nel tracciato di un percorso riconosciuto dallo Stato italiano coloro che sono caduti nella condizione di illegalità, intervenendo così su un fenomeno che ha grandissima diffusione.

Per comprendere le ragioni per cui spesso il cittadino straniero, pur dopo aver soggiornato nel nostro Paese in modo regolare, si trovi poi in una situazione di irregolarità, occorre considerare, nelle sue linee essenziali, quanto prescritto dal TU in materia di immigrazione che disciplina gli ingressi degli

³ W. CHIAROMONTE, *The Italian regularisation of migrant workers facing the Covid-19 pandemic: a first critical analysis*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, July 2020; M. D’ONGHIA, *Gli immigrati resi ancora più invisibili dal Coronavirus: una vita sospesa tra emergenza sanitaria e lockdown*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, aprile 2020; Id., *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *Riv.trim.dir.publ.*, 2019, 463.

⁴ L. CALAFA, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, in *Lavoro e diritto*, 2017, 1, pp. 67-90

stranieri nel nostro territorio, intendendo con l'espressione "straniero" tutti coloro che non appartengono all'Unione europea e agli apolidi.

Come si ottiene, il permesso di soggiorno per lavoro subordinato e perché quasi mai costituisce il primo permesso a cui accede un cittadino straniero intenzionato a recarsi nel nostro Paese?

L'art. 22 del d.lgs. n. 286/1998 si occupa di disciplinare il permesso di soggiorno per lavoro subordinato a tempo determinato e a tempo indeterminato. La durata del permesso di soggiorno ha validità massima di un anno, se si tratti di rapporto di lavoro a tempo determinato; di due anni, se a tempo indeterminato. In questa seconda ipotesi, dunque, la validità del permesso non è agganciata alla durata indeterminata del contratto di lavoro.

Secondo quanto prescritto dalla disposizione in esame, un cittadino straniero non può recarsi in Italia e cercare lavoro, ma deve arrivare nel nostro paese già munito di un contratto di lavoro subordinato.

Per ottenere il suddetto contratto, un datore di lavoro italiano o straniero che risiede regolarmente in Italia deve recarsi allo Sportello Unico per l'immigrazione della Provincia di residenza o dove ha la sede legale l'impresa o, ancora, dove avrà luogo l'attività lavorativa, per fare richiesta del nulla osta al lavoro, indicare la sistemazione alloggiativa; impegnarsi a sostenere le spese di rientro nel paese di origine dello straniero

L'art. 22 distingue due ipotesi, la prima riguarda la conoscenza diretta del lavoratore straniero da parte del datore di lavoro che dovrà documentare la mancanza di altro lavoratore sul territorio italiano a svolgere l'attività di lavoro per il quale intende impiegare il cittadino straniero.

Lo Sportello Unico per l'immigrazione a fronte della documentazione richiesta e delle garanzie prestate dal datore di lavoro dovrà verificare quanto dichiarato anche con riferimento all'indisponibilità di un lavoratore presente sul territorio nazionale ad eseguire l'attività lavorativa per il quale il datore di lavoro ha offerto l'assunzione ad un lavoratore straniero.

Nel caso in cui il datore di lavoro non abbia, invece, conoscenza diretta del cittadino straniero, potrà, presentando la documentazione di cui sopra, fatta eccezione per il nulla osta nominativo, accedere alle persone iscritte in apposite liste, prodotto di intese o accordi bilaterali in cui sono elencati i cittadini stranieri interessati alla ricerca di lavoro in Italia.

Entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda, termine che comunque non appare perentorio e non soggetto ad alcuna sanzione, ove non rispettato, lo Sportello Unico per l'Immigrazione, potrà rilasciare, il nulla osta nel rispetto dei limiti numerici, quantitativi e qualitativi determinati dalle quote di ingresso nel nostro paese. Il nulla osta al lavoro subor-

dinato ha validità per un periodo non superiore a sei mesi dalla data del rilascio.

Qualora il lavoratore straniero perdesse il lavoro, potrà continuare a soggiornare regolarmente nel nostro paese fino al termine di validità del permesso di soggiorno.

La stessa procedura, escluso il comma 11 dell'art. 6 in materia di perdita del posto di lavoro, si applica qualora il datore di lavoro o le associazioni di categoria, per conto dei loro associati, intendano instaurare un rapporto di lavoro subordinato a carattere stagionale nei settori agricolo e turistico/alberghiero. Il permesso di soggiorno ha una durata fino ad un massimo di nove mesi per un periodo di dodici mesi⁵.

Se, invece, il datore di lavoro continua ad impiegare lavoratori il cui permesso di soggiorno sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato. Le pene previste sono aumentate da un terzo alla metà: a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; b) se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa; c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'articolo 603-bis del codice penale.

La disciplina prescritta sembra limitare notevolmente le migrazioni per ragioni economiche, essendo di fatto poco praticabile. Si presuppone, da un lato, che vi sia un sistema di incontro tra domanda e offerta di lavoro tale da poter consentire la ricerca del lavoro dall'estero verso il nostro Paese e viceversa. Dall'altro appare molto difficile escludere che non vi sia alcun lavoratore su tutto il territorio nazionale disponibile a svolgere le mansioni di cui il datore di lavoro fa richiesta. La dichiarazione resa al datore di lavoro al momento della domanda deve essere documentata e rivela la preferenza dell'ordinamento per i lavoratori cittadini italiani⁶.

Alle molteplici barriere introdotte per disincentivare il ricorso al permesso di soggiorno di lavoro da parte del cittadino straniero, si aggiungono non di rado l'impossibilità di accedere a strumenti informatici, alle elementari informazioni giuridiche del Paese di arrivo, oltre alle difficoltà linguistiche.

⁵ V. PAPA, *Il lavoro stagionale dei migranti*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *Migranti e lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2020.

⁶ M. MCBRITTON, *Lavoro extracomunitario, mercato del lavoro, contratti*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, pp. 582-598.

Anche nell'ipotesi di conoscenza diretta del datore di lavoro, gli oneri a suo carico sembrano talmente gravosi da costituire un deterrente all'avvio della procedura per ottenere il permesso di soggiorno.

L'effetto prodotto non è certo quello di aver ridotto i flussi migratori, quanto semmai di aver spostato i primi verso la richiesta di altre forme di permesso (es. protezione internazionale, calamità naturale...) le cui pratiche vengono avviate quanto ormai il cittadino straniero ha raggiunto il nostro Paese. Si tratta, tuttavia, di permessi provvisori che, fino alle modifiche introdotte dal d.l. n. 130/2020, non potevano essere trasformati in permessi di soggiorno di lavoro, con il risultato di posticipare, da un lato, il momento in cui quel cittadino straniero sarebbe comunque entrato nel circuito dell'illegalità e, dall'altro, di far ricadere il lavoro svolto per poter continuare a vivere nel territorio italiano nell'ambito del fenomeno del lavoro c.d. sommerso.

3. *La "programmazione" del numero di lavoratori stranieri nel nostro Paese*

Si aggiunga che la domanda del datore di lavoro è subordinata al c.d. decreto flussi ovvero al documento che annualmente dovrebbe stabilire le quote massime di stranieri da ammettere nel nostro paese per motivi di lavoro. Questo strumento di programmazione è preceduto dal documento di programmazione triennale "relativo alla politica dell'immigrazione degli stranieri nel territorio dello Stato" (art. 3, prima parte della l.n. 286/1998) che indica "le azioni e gli interventi che lo Stato italiano, anche in cooperazione con gli altri Stati membri dell'Unione europea, con le organizzazioni internazionali, con le istituzioni comunitarie e con organizzazioni non governative, si propone di svolgere in materia di immigrazione, anche mediante la conclusione di accordi con i Paesi di origine, oltre misure di carattere economico e sociale nei confronti degli stranieri soggiornanti nel territorio dello Stato, nelle materie che non debbono essere disciplinate con legge".

Il documento individua inoltre "i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato, delinea gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone, purché non confliggenti con l'ordinamento giuridico, e prevede ogni possibile strumento per un positivo reinserimento nei Paesi di origine".

Sono esclusi dalle quote i lavoratori che svolgono attività altamente quali-

ficato ai sensi dell'art. 27 *quater* del TU introdotto dal d.lgs. n. 104/2012 in attuazione della Direttiva EU 2009/50/EU.

Nella pratica il documento di programmazione triennale è fermo al triennio 2004- 2006 e il c.d. decreto flussi ha assunto una funzione affatto diversa da quella assegnata, in quanto volto non a determinare quanti lavoratori stranieri potranno entrare nel nostro territorio per motivi di lavoro, ma a sanare la posizione di coloro che già svolgono attività lavorativa in Italia, ma in modo irregolare.

Il decreto c.d. flussi è diventato così uno strumento di regolarizzazione *ex post* dei lavoratori stranieri attivi nel nostro Paese, in mancanza di qualsiasi programmazione, da parte del Governo, in materia di immigrazione ai fini lavorativi⁷.

L'ultimo decreto flussi pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 12 ottobre 2020 e approvato dal Presidente del Consiglio il 7 luglio 2020, ammette in Italia, per motivi di lavoro subordinato stagionale e non stagionale e di lavoro autonomo, i cittadini non comunitari entro una quota complessiva massima di 30.850 unità.

4. È possibile il lavoro regolare degli stranieri in Italia?

Il d.l. 130/2020 si inserisce all'interno di questa scansione, senza, tuttavia, allontanarsi dalla logica di un intervento che opera a valle della questione migratoria. Le modifiche introdotte non riguardano in alcun modo i flussi migratori, ma intervengono a regolarizzare coloro che sono già residenti nel territorio italiano.

In termini generali, dunque, l'intervento "sana", soprattutto in un periodo in cui la necessità di tracciare la popolazione diviene essenziale ai fini sanitari, la posizione di coloro che ormai sono entrati nel nostro Paese e hanno fruito di un permesso di soggiorno ad altro titolo in precedenza autorizzato.

Si tratta dunque di un intervento senz'altro importante che, tra l'altro, è entrato in vigore subito dopo una precedente misura, adottata pochi mesi prima nell'ambito dei c.d. decreti emergenziali per la regolarizzazione di lavoratori impiegati in determinati settori produttivi.

Si tratta della possibilità di presentare apposite istanze di regolarizzazione dei lavoratori impiegati in alcuni settori notoriamente caratterizzati da una forte irregolarità negli adempimenti formali richiesti per l'instaurazione

⁷ G. RECCHIA, *L'accesso al lavoro dei migranti economici*, in *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, 93-110.

del rapporto di lavoro: agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura, assistenza alla persona e lavoro domestico (art. 110 bis del d.l. 19 maggio 2020, n. 34). Le domande presentate nei limiti di tempo previsti sono state 207.000 di cui i due terzi relative allo svolgimento di attività di cura⁸

Entrambi gli interventi, dunque, se pur su piani diversi, hanno contribuito e contribuiranno a migliorare le condizioni di lavoro di molti cittadini stranieri presenti sul territorio italiano e, al contempo, ad arginare gli effetti che la condizione di irregolarità avrebbe riversato sul sistema sanitario.

Per coloro che, invece, arriveranno, spinti dalla necessità di trovare una vita più dignitosa, non viene meno l'incognita del lavoro regolare, ultimo tassello di un percorso che passa comunque attraverso la concessione di altri permessi di soggiorno.

Resta, allora, il monito degli effetti fin qui prodotti da un sistema poco accessibile.

Le restrizioni all'autorizzazione del permesso di soggiorno non scoraggiano la mobilità di popoli stranieri, ma favoriscono soltanto nell'immediato la formazione di circuiti di illegalità paralleli (il lavoro sommerso e la criminalità) ed un effetto distorsivo sulla struttura generale di concessione dei permessi.

Resta allora l'esigenza di cambiare il sistema dalle fondamenta, senza limitarsi a promuovere interventi occasionali e privi di una visione organica di una questione che, in un mondo globalizzato, non appare più rinviabile.

⁸ W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, fasc. 3, 2020.

PRIME OSSERVAZIONI IN MATERIA
DI IMMIGRAZIONE VIA MARE
A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE
DEL DECRETO IMMIGRAZIONE 2020

Elisabetta Giovanna Rosafio*

SOMMARIO: 1. Introduzione e antecedenti normativi d. l. 14 giugno 2019, n. 53, come convertito. – 2. Gli effetti in materia di immigrazione via mare del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173. – 3. Il soccorso in mare quale limite di applicazione del contenuto dell'art. 1 del d.l. n. 130/2020, prima parte.

1. *Introduzione e antecedenti normativi d. l. 14 giugno 2019, n. 53, come convertito*

Al fine di meglio inquadrare gli effetti del d. l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173 ed entrato in vigore in data 20 dicembre 2020 è opportuno dare conto del quadro normativo precedente. Il d. l. 14 giugno 2019, n. 53, recante «Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica», convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 2019, n. 77, aveva apportato alcune incisive modifiche all'art. 11 del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», il cui comma 1-bis riserva al Ministro dell'interno, sentito, ove necessario, il Comitato nazionale per l'ordine e la sicurezza pubblica, il potere di emanare le misure necessarie per il coordinamento unificato dei controlli sulla frontiera marittima e terrestre italiana¹.

* Professoressa ordinaria di Diritto della navigazione, Università di Teramo.

¹ In argomento, *ex multis*, cfr. A. ZAMPONE, *Il c.d. decreto sicurezza-bis: profili di diritto della navigazione*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 693 ss.; E.G. ROSAFIO, *Osservazioni sul controllo delle frontiere esterne marittime*, in *Riv. dir. nav.*, 2020, 55, 88. Sul testo del decreto prima della conversione in legge, cfr. F. CAFFIO, *La protezione della sovranità sul mare nel nuovo Decreto Sicurezza*, in *Sicurezza marittima*, giugno 2019, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.analisedifesa.it/2019/06/la-protezione-della-sovranita-sul-mare-nel-nuovo-decreto-sicurezza/>; S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. contemp.*, 18 giugno 2019, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.dirpen.it/2019/06/18-decreto-sicurezza-bis-novita-e-profilo-critici/>

In particolare, dopo il comma 1-bis, era stato inserito un nuovo comma, 1-ter, per il quale al Ministro dell'interno, quale autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 1 della l. 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis sopra citato e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, era conferito il potere di «limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si» trattasse «di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando» si fossero concretizzate «le condizioni» di cui all'art. 19, § 2, lett. g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla l. 2 dicembre 1994, n. 689». Il provvedimento di cui sopra avrebbe dovuto essere adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri.

Nell'art. 12 del d. lgs. n. 286/1998 erano stati poi introdotti, dopo il comma 6, ulteriori tre commi, che avevano suscitato molte tensioni, in specie per la loro ripercussione sull'attività delle organizzazioni umanitarie impegnate nel soccorso in mare, vista la finalità fortemente deterrente e punitiva delle stesse.

In particolare, con il comma 6-bis, oltre a far obbligo al comandante della nave di osservare la normativa internazionale, i divieti e le limitazioni eventualmente disposti ai sensi dell'art. 11, era stata prevista, in caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, salve le sanzioni penali quando il fatto costituisse reato, l'ingente sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 150.000 a euro 1.000.000, con estensione della responsabilità solidale di cui all'art. 6 della l. 24 novembre 1981, n. 689 in capo all'armatore della nave. Era sempre disposta la confisca della nave utilizzata per commettere la violazione, previo

//archiviopcdiritto penaleuomo.org/d/6738-decreto-sicurezza-bis-novita-e-profili-critici, per il quale, in tale ambito, il richiamo pressoché testuale delle direttive emanate dal Ministro dell'Interno per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto all'immigrazione a partire dal 18 marzo 2019, nell'ambito della c.d. politica dei «porti chiusi» era stata oggetto di severe critiche da parte dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, (in particolare con lettera del 15 maggio 2019, inviata per conoscenza anche al governo libico e all'Unione europea)che aveva rilevato una sua «incompatibilità con gli obblighi derivanti dalle Convenzioni UNCLOS, SOLAS e SAR sul diritto internazionale del mare, nonché con il principio del *non-refoulement*».

immediato sequestro cautelare della medesima, con oneri di custodia a carico dell'armatore e del proprietario della nave, una volta divenuto definitivo il provvedimento di confisca. Il prefetto territorialmente competente era chiamato ad irrogare le sanzioni, rispetto alle violazioni accertate dagli organi addetti al controllo².

² Per una applicazione del decreto, cfr. Cass. pen. 16 gennaio-20 febbraio 2020, n. 6626, relativa al caso della nave «Sea Watch 3» e alla questione della convalida dell'arresto in flagranza del comandante Carola Rackete, eseguito da militari della Guardia di Finanza, per i reati di cui agli artt. 1100 c. nav. e art. 337 c. p. La sentenza è pubblicata in *Riv. dir. nav.*, 2020, 565, con annotazione di M. M. COMENALE PINTO, *ivi*, 578 ss. *Ex multis*, cfr., in particolare, i commenti di F. MUNARI, *Migrazioni, SAR, ruolo e responsabilità delle ONG, degli Stati e dei funzionari delle competenti amministrazioni nella recente giurisprudenza italiana*, in *Dir. maritt.*, 2020, 328 ss., 359 ss.; M. P. RIZZO, *Soccorso in mare di persone in pericolo tra norme consolidate e problematiche ancora aperte*, in *Riv. dir. nav.*, 2020, § 5, in corso di stampa; E. MEZZASALMA, *Una nuova concezione dell'obbligo di salvataggio in mare alla luce della sentenza della Cassazione sul caso Sea Watch 3?*, in *Giur. penale*, 2020, 4. È opportuno qui ricordare, anche ai fini di quanto si dirà più oltre al § 3 di questo lavoro, i complessi fatti (puntualmente indicati in Trib. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, pubblicata in *Riv. dir. nav.*, 2019, 365, con commento di M.M. COMENALE PINTO, *ivi*, 375 e in *Dir. maritt.*, 2020, 518, con nota di C. TINCANI, *Soccorso in mare e adempimento di un dovere da parte del comandante*, *ivi* 519) che hanno dato origine alla vicenda giudiziaria. Il comandante, dopo aver soccorso in zona SAR libica dei naufraghi facendoli salire a bordo della nave «Sea Watch 3» (battente bandiera olandese e di proprietà della Ong tedesca Sea Watch), pur avendo ricevuto l'indicazione di sbarcare a Tripoli, aveva proseguito verso Lampedusa, chiedendo all'Italia e a Malta un *place of safety*. Dopo essere rimasta alcuni giorni fuori dalle acque territoriali italiane e aver reiterato la richiesta di POS alle autorità italiane e maltesi, nella serata del 15 giugno 2019, in attuazione dell'art. 1 del d.l. 14 giugno 2019 n. 53, aveva ricevuto un provvedimento interministeriale a firma del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e trasporti (in relazione al quale si veda Tar Lazio, ord. 18 giugno 2020 n. 70414), con il quale veniva disposto il divieto di ingresso, transito e sosta della nave «Sea Watch 3» nel mare territoriale italiano. Nel primo pomeriggio del 26 giugno 2019, la nave, forzando il blocco navale e disattendendo al sopra accennato divieto, faceva ingresso nelle acque italiane, invocando lo stato di necessità, viste le gravi condizioni in cui versavano i migranti a bordo. Dopo un serrato e drammatico confronto durato molti giorni con le autorità italiane, nelle primissime ore del 29 giugno 2019, la nave fece ingresso nel Porto di Lampedusa e durante la manovra di ormeggio presso la banchina commerciale, urtò un'unità della Guardia di finanza, che si era frapposta fra la banchina e la «Sea Watch 3», nel tentativo di impedirne l'attracco.

2. *Gli effetti in materia di immigrazione via mare del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173*

In questo contesto, «ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di garantire la corretta applicazione delle disposizioni in materia di immigrazione, nel rispetto dei principi costituzionali e internazionali vigenti in materia», si è inserito il d. l. n. 130 del 2020, il cui effetto immediato è stata l'abrogazione, molto attesa da molte parti politiche e sociali, di tutti i commi aggiunti dal d. l. n. 53/2019 all'art. 11 (comma 1-ter) e 12 (commi 6-bis, 6-ter e 6-quater) del Testo unico sull'immigrazione³.

Il suo art. 1, comma 2, interamente sostituito nella legge di conversione rispetto al testo originario del decreto, ha disposto che, fermo restando quanto previsto dall'art. 83 c. nav., per motivi di ordine e sicurezza pubblica e in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, possa «limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale».

La nuova formulazione, ancora più del testo originario presente nel d. l. n. 130/2020, suscita perplessità sotto vari profili e non sembra raggiungere appieno l'obiettivo di garantire una corretta applicazione della normativa interna, unionale e internazionale, in materia di immigrazione e soccorso in mare, per i motivi che di seguito saranno brevemente esposti⁴.

Si pensi, ma solo a titolo esemplificativo a livello europeo, alle necessità di coordinamento con il reg. Ue 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 (che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone), con il reg. Ue 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 (relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i reg. Ue n.

³ F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Adelante con juicio: asilo e protezione degli stranieri dopo il d.l. n. 130 del 2020. Presentazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021.

⁴ In argomento F. VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Adelante con juicio: asilo e protezione degli stranieri dopo il d.l. n. 130 del 2020. Presentazione*, cit., 87. Pone in rilievo la difficoltà di raccordare la normativa in materia F. MUNARI, *Migrazioni, SAR, ruolo e responsabilità delle ONG, degli Stati e dei funzionari delle competenti amministrazioni nella recente giurisprudenza italiana*, cit., 365.

1052/2013 e Ue 2016/1624) con il reg. Ue n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 Regolamento n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014 (recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea)⁵.

Quasi a voler dare un segnale di discontinuità con il d.l. n. 53/2019 (o per renderne più agevole una futura abrogazione), si è optato per collocare la disposizione in commento al di fuori del Testo unico sull'immigrazione, ovvero del d. lgs. n. 286/1998, a differenza di quanto, invece, è stato fatto con altre previsioni, quali, ad esempio, quelle sul respingimento o sull'espulsione o con i provvedimenti in materia di assegnazione di beni sequestrati o confiscati, le cui modifiche hanno inciso direttamente sull'articolato del Testo unico, in modo, peraltro, anche piuttosto complesso.

La scelta operata, da un lato, non aiuta a rendere organico il quadro di riferimento, già fortemente frammentato per la molteplicità di fonti, collocate su differenti livelli; dall'altro, pone al di fuori di quella che avrebbe dovuto essere la sua sistemazione naturale una modalità di controllo delle frontiere in uno spazio specifico, quale è il mare territoriale⁶.

Entrando nel merito, l'abrogato art. 11, comma 1-ter, del d. lgs. n. 286/1998, come si è sopra fatto cenno, a differenza della formulazione del comma in commento, conferiva al Ministro dell'interno poteri strettamente contestualizzati e legati al fatto che essi dovessero essere assunti non solo nel suo ruolo (generale) di autorità nazionale di pubblica sicurezza, ma, specialmente, nell'esercizio (specifico) del potere di cui all'art. 1 bis del d. lgs. n. 286 del 1998, consistente nell'emanazione di misure necessarie al coordinamento unificato attraverso il coinvolgimento di forze di polizia, facenti capo, quindi, anche ad altre amministrazioni, dei controlli sulla frontiera marittima e terrestre italiana, «sentito, ove necessario, il Comitato nazionale per

⁵ Sui regolamenti citati, nel testo nell'ottica del controllo delle frontiere marittime, cfr. E.G. ROSAFIO, *Osservazioni sul controllo delle frontiere esterne marittime*, in *Riv. dir. nav.*, 2020, 55, passim, cui si rinvia per la dottrina ivi citata.

⁶ Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, che nel reg. Ue n. 515/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che istituisce, nell'ambito del Fondo sicurezza interna, lo strumento di sostegno finanziario per le frontiere esterne e i visti e che abroga la decisione n. 574/2007/CE, con l'espressione «frontiere marittime esterne» (art. 8, § 5, lett. b) si intende il limite esterno del mare territoriale degli Stati membri, ai sensi degli artt. da 4 a 16 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare.

l'ordine e la sicurezza pubblica». Si aggiungeva il richiamo, in effetti ultroneo, al rispetto (che si presumeva e si presume dover essere scontato) degli obblighi internazionali dell'Italia. Al riguardo, va premesso che la materia degli attraversamenti delle frontiere, ivi comprese quelle marittime, intese come linea estrema del mare territoriale, è disciplinata, a livello europeo, quanto meno dal sopra esaminato reg. Ue 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016⁷. La disposizione in esame sembrava estendere i poteri che, sulla base del quadro normativo in materia di immigrazione, già appartenevano (e tuttora, comunque, appartengono) al Ministro dell'interno, introducendo un (ulteriore) limite al principio del diritto di passaggio inoffensivo, fondato sui «motivi di ordine e sicurezza pubblica», rispetto al caso, previsto dalla lettera g, dell'art. 19, § 2 della Convenzione di Montego Bay, che pure richiamava espressamente. Tale soluzione sarebbe stata fondata su una lettura sistematica del quadro di diritto internazionale, riferita, in particolare, all'art. 21 della medesima Convenzione di Montego Bay⁸.

Dai primi commentatori della disposizione⁹ era stata messa in luce la dif-

⁷ È appena il caso di ricordare che l'art. 2 definisce frontiere esterne come «le frontiere terrestri, comprese quelle fluviali e lacustri, le frontiere marittime e gli aeroporti, i porti fluviali, marittimi e lacustri degli Stati membri, che non siano frontiere interne»; quelle interne come «a) le frontiere terrestri comuni, comprese le frontiere fluviali e lacustri, degli Stati membri; b) gli aeroporti degli Stati membri adibiti ai voli interni; c) i porti marittimi, fluviali e lacustri degli Stati membri per i collegamenti regolari interni effettuati da traghetti».

⁸ Per l'art. 21 UNCLOS: «1. The coastal State may adopt laws and regulations, in conformity with the provisions of this Convention and other rules of international law, relating to innocent passage through the territorial sea, in respect of all or any of the following:

(a) the safety of navigation and the regulation of maritime traffic; [...]

(h) the prevention of infringement of the customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State.

2. Such laws and regulations shall not apply to the design, construction, manning or equipment of foreign ships unless they are giving effect to generally accepted international rules or standards.

3. The coastal State shall give due publicity to all such laws and regulations.

4. Foreign ships exercising the right of innocent passage through the territorial sea shall comply with all such laws and regulations and all generally accepted international regulations relating to the prevention of collisions at sea».

⁹ Cfr., in particolare, A. ZAMPONE, *Il c.d. decreto sicurezza-bis: profili di diritto della navigazione*, cit., 701, il quale, sul presupposto che il comma ter dell'art. 11 t.u.i. fosse una disposizione speciale di diritto della navigazione, aveva ritenuto che l'art. 83 c. nav. si potesse in

ficoltà di individuare nel mare territoriale l'ambito di operatività dei poteri riconosciuti al Ministero degli interni rispetto a quelli propri del Ministro dei trasporti e delle infrastrutture, come individuati dal codice della navigazione. In particolare, in tale ultimo contesto, l'art. 83 c. nav., a seguito delle modifiche di cui alla l. 7 marzo 2001, n. 51, attribuisce al Ministro dei trasporti e della navigazione (ora Ministro delle infrastrutture e dei trasporti), in via esclusiva, se non ricorrono profili ambientali, il potere di limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale «per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione».

Le problematiche ora accennate non sono state risolte con la nuova normativa. Anzi, esse sembrano persino divenute più complesse e delicate, per una serie di motivazioni, cui si farà cenno nel prosieguo di queste osservazioni.

Innanzitutto, una volta sganciato il contesto dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 dalla finalità espressa di attività di polizia delle frontiere marittime (esterne) che l'inserimento nel Testo unico sull'immigrazione aveva impresso, gli eventuali casi di sovrapposizione tra le due disposizioni sembrano destinati ad aumentare.

Entrambe, infatti, si riferiscono a provvedimenti volti a limitare o vietare il transito e la sosta nel mare territoriale di navi mercantili (specifica l'art. 83 c. nav.), «salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale» (ex art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020), con difficoltà di individuare quali fattispecie possano essere regolate nel concreto dal Ministero dell'intero e quali dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

«rapporto di specialità proprio nei confronti dell'art. 11, comma 1 ter, t.u.i., essendo caratterizzato rispetto a quest'ultimo dall'identificazione specifica delle esigenze di sicurezza presupposte in quelle di sicurezza della navigazione (e protezione dell'ambiente marino), fattispecie che rappresenta una caratterizzazione di quella generale della sicurezza pubblica». Di differente avviso, M. BENVENUTI, *Audizione innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante «Conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019 n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica»*, in *Osservatorio cost.*, 2019, fasc. V, 1 (disponibile su <https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/marco-benvenuti/audizione-resa-il-30-luglio-2019-alla-commissione-affari-costituzionali-del-senato-sul-disegno-di-legge-recante-conversione-in-legge-del-decreto-legge-14-giugno-2019-n-53-recante-disposizioni-urgenti-in-materia-di-ordine-e-sicurezza-pubblica> *t*), per il quale (ivi, 2 s.), nonostante il contenuto della relazione di accompagnamento al d.l. n. 53/2019, la novella si sarebbe frapposta all'art. 83 c. nav., «stante l'evidente coincidenza lessicale tra i “motivi di ordine pubblico” ivi recati e i “motivi di ordine e sicurezza pubblica”, di cui al primo periodo dell'art. 1 d.l. n. 53/2019, tanto da determinare la parziale abrogazione tacita» della prima disposizione.

Né, ai fini di una demarcazione, sembra essere di aiuto l'incipit di cui all'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020, «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 83 del codice della navigazione», né il fatto che il Ministro dell'interno debba assumere il provvedimento di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti né, infine, la previsione di una preventiva informazione al Presidente del Consiglio dei ministri anziché nella fase conclusiva del procedimento di emanazione dell'atto (con una maggiore attenzione istituzionale, dettata con ogni probabilità dall'esperienza applicativa del c.d. «decreto Salvini»).

Vi è di più.

Le possibili sovrapposizioni tra discipline (il cui *discrimen* applicativo potrebbe essere rinvenuto nell'esile riferimento alla nozione di «nave mercantile» di cui all'art. 83 c. nav.) sembrano, poi, aumentare per un'altra ragione.

In fase di conversione, tra i motivi che possono giustificare l'emanazione da parte del Ministro dell'interno del provvedimento di limitazione e divieto di transito o di sosta di navi nel mare territoriale, accanto all'ordine e sicurezza pubblica, è scomparso il riferimento al concretizzarsi delle condizioni di cui all'art. 19, § 2, lett. g, limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. Tale ultima disposizione, infatti, nel definire, come sopra accennato al primo paragrafo che: «*Passage is innocent so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State*», prevede poi, al secondo paragrafo, una serie di ipotesi nelle quali il passaggio di una nave straniera nel mare territoriale «*shall be considered to be prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State*». Tra queste, la lettera g) indica «*the loading or unloading of any commodity, currency or person contrary to the customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State*».

L'eliminazione del riferimento a tale ultima disposizione dall'attuale art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 dettata, con ogni probabilità, dall'esigenza di lanciare un segnale politico sul differente contesto che ha portato all'adozione del provvedimento in commento, sembra potersi prestare a letture immediate tendenti ad ampliare (in relazione alla portata che si intenda attribuire ai motivi di ordine e sicurezza pubblica), anziché a restringere, i poteri del Ministro degli interni, pur vincolato in ogni caso al rispetto del contenuto di una Convenzione internazionale (e, quindi, dell'art. 19, § 2, lett. g, UNCLOS, specie nella sua lettura con il successivo art. 21, al quale si è fatto sopra menzione). È appena poi il caso di ricordare che ai sensi dell'articolo da ultimo citato, lo Stato costiero che emana leggi e regolamenti, relativamente al passaggio inoffensivo attraverso il proprio mare territoriale,

sulla prevenzione di violazioni delle leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione dello Stato costiero (oltre che, per i fini che qui interessano, per «*safety of navigation and the regulation of maritime traffic*», entrambi concetti ben differenti dai «motivi di ordine e sicurezza» di cui al decreto in commento) «*shall give due publicity to all such laws and regulations*» e le navi straniere «*exercising the right of innocent passage through the territorial sea shall comply with all such laws and regulations and all generally accepted international regulations relating to the prevention of collisions at sea*».

Un altro aspetto deve essere evidenziato.

Mentre l'abrogato art. 11, comma 1-ter, del d. lgs. n. 286/1998, consentiva al Ministro dell'interno di vietare l'ingresso nel mare territoriale alle navi, più opportunamente l'attuale formulazione dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 riconosce il potere di limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale¹⁰.

La modifica sembra appropriata proprio per la specificità dei regimi degli spazi marittimi. Nella costanza della precedente disciplina era stato, infatti, espresso¹¹ qualche dubbio sull'attitudine della stessa (anche in relazione al contenuto dell'art. 27 della convenzione di Montego Bay relativo alla giurisdizione penale dello Stato costiero) ad essere applicata verso le navi che recassero una bandiera differente rispetto a quella italiana, visto che il provvedimento volto a vietare l'ingresso sarebbe dovuto essere indirizzato a una nave situata in un'area esterna a quella del mare territoriale. Ciò anche ove si fosse inteso dare rilievo alla zona contigua, allo stato mai dichiarata dall'Italia, come area funzionalmente (*ex art. 12, comma 9 bis ss. d. lgs. n. 286/1998*) collegata alla materia dell'immigrazione; in accordo anche con un ormai affermato ma non sempre condivisibile, orientamento giurisprudenzia-

¹⁰ Sulla qualificazione della nave appartenente al Corpo della Guardia di finanza, cfr. Cass. pen. 16 gennaio-20 febbraio 2020, n. 6626, che, basandosi sul contenuto degli artt. 239 e 243 d. lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (codice dell'ordinamento militare), ha stabilito nel senso della riconducibilità immediata delle navi della Guardia di finanza nell'ambito delle navi militari, ma non anche in quello delle navi da guerra. Al fine di poter accedere a tale ultima categoria, ha ravvisato la necessità di «ulteriori requisiti sopra indicati: qualora “appartengano alle Forze armate”, qualora “portino i segni distintivi esteriori delle navi militari”, qualora “siano poste sotto il comando di un ufficiale di marina al servizio dello Stato e iscritto nell'apposito ruolo degli ufficiali o in documento equipollente”, e qualora il loro equipaggio “sia sottoposto alle regole della disciplina militare”».

¹¹ Cfr. E. G. ROSAFIO, *Osservazioni sul controllo delle frontiere esterne marittime*, cit., 89.

le di legittimità¹². Del resto, la comminazione di un divieto di ingresso alle navi per motivi generici «di ordine e sicurezza pubblica», al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 19, § 2, lett. g), della Convenzione di Montego Bay, rispetto alla violazione delle leggi di immigrazione, avrebbe convissuto in modo non pacifico anche con la normativa europea in materia di attraversamento e di controllo delle frontiere.

3. *Il soccorso in mare quale limite di applicazione del contenuto dell'art. 1 del d.l. n. 130/2020, prima parte*

In fine di queste osservazioni, qualche cenno merita la questione del soccorso in mare, in relazione al quale l'attenzione è stata altissima, visti i casi (tra cui solo a titolo esemplificativo si menzionano quelli relativi alle navi

¹² Cfr. il caso *Iuventa*, in relazione al quale Cass. pen. 23 aprile 2018-13 dicembre 2018, n. 56138, ove è stato stabilito che a norma dell'art. 6 c.p., la giurisdizione penale italiana sussiste anche quando la fattispecie penalmente rilevante descritta dall'art. 12 del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 si sia consumata in parte in acque internazionali ed in parte in acque sottoposte alla sovranità nazionale. In particolare «[...] le norme della convenzione [di Montego Bay n.d.r.] non paiono escludere in modo assoluto, anche in alto mare, l'esercizio della giurisdizione da parte di Stati diversi da quello di bandiera, quando non si tratti di navi da guerra (per le stesse disponendo in tal senso l'art. 95) e delle navi da ritenersi di proprietà o al servizio governativo, non commerciale, di un altro Stato (in tal senso disponendo l'art. 96). Le navi di natura privata, destinate a uso commerciale o equiparato, al lume dell'art. 97 della convenzione, appaiono immuni dalla giurisdizione di Stato diverso da quello di bandiera limitatamente al caso di abbordo o di qualunque altro incidente di navigazione nell'alto mare, tale da implicare la responsabilità penale del comandante della nave o di qualunque altro membro dell'equipaggio. Per questo preciso e circoscritto ambito, nei confronti delle suddette persone non possono essere intraprese, con riguardo a situazione determinatesi in alto mare, azioni penali o disciplinari se non da parte delle autorità giurisdizionali o amministrative dello Stato di bandiera o dello Stato di cui tali persone hanno la cittadinanza. Epperò, siccome per le navi private, qual è la *Iuventa*, l'immunità è delimitata ai soli casi di abbordo e, in generale, di incidenti di navigazione, non potrebbe ritenersi – anche a voler collocare (ciò che dall'analisi di merito allo stato consegnata dai giudici della cautela non pare potersi affermare) l'azione rilevante soltanto in alto mare – che il reato oggetto della contestazione qui rilevante, ossia quello di favoreggiamento dell'immigrazione illegale di cui all'art. 12 d. lgs. n. 286/1998, rientri nel relativo novero. Non potendo, di conseguenza, rinvenirsi il reclamato ambito di immunità convenzionale degli ignoti componenti dell'equipaggio della succitata nave, deve per la fattispecie loro ascritta considerarsi correttamente affermata dai giudici della cautela la giurisdizione italiana».

«Open Arms»¹³, «Diciotti»¹⁴ e «Sea Watch 3») che si sono verificati nella fase precedente e successiva all'approvazione del c.d. decreto Sicurezza *bis*.

Sono eccettuate dall'applicazione dell'art. 1 del d. l. n. 130/2020, prima parte «le operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare, emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali [...]» vigenti¹⁵.

La disposizione, per le ragioni umanitarie sottese, merita apprezzamento. Qualche perplessità può, tuttavia, essere sollevata circa l'interpretazione che le debba essere data in merito alla sua operatività.

Non sembra infatti sufficientemente chiaro, ad esempio, se essa debba trovare applicazione esclusivamente quando ricorrano contemporaneamente tutte le condizioni da essa richiamate (comunicazione al centro per coordinamento, allo stato di bandiera della nave ed avvenuta effettuazione del soc-

¹³ Cfr. S. PITTO, L. ZUPPA, *Il difficile bilanciamento tra regole internazionali per il coordinamento delle operazioni di soccorso e rispetto dei diritti dei migranti: riflessioni a partire dai casi «Open Arms» e «Diciotti»*, in *Dir. maritt.*, 2020, 23, 36 ss.

¹⁴ Sul caso «U. Diciotti», ex multis, cfr. L. MASERA, *Il parere della giunta del Senato per le immunità del caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa dell'assemblea del Senato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2019, 1; L. AMBROSINI, *Riflessioni in tema di reati ministeriali ed illecito civile: il caso Diciotti*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1674 ss.; S. PITTO, L. ZUPPA, *Il difficile bilanciamento tra regole internazionali per il coordinamento delle operazioni di soccorso e rispetto dei diritti dei migranti: riflessioni a partire dai casi «Open Arms» e «Diciotti»*, cit., 39 ss.

¹⁵ Sul soccorso la bibliografia è davvero imponente. Cfr., ex multis, M. M. COMENALE PINTO, *Immigrazione clandestina e salvaguardia della vita umana in mare*, in *Riv. dir. nav.*, 2011, 585; E. TURCO BULGHERINI, *L'Italia di fronte alla sfida del traffico di migranti via mare*, in *Riv. dir. nav.*, 2019, 643, 644; ID., *Soccorso, controllo delle frontiere e contrasto alla criminalità nel traffico via mare dei clandestini*, in *Immigrazione marginalizzazione integrazione*, a cura di A. C. AMATO MANGIAMELI, L. DANIELE, M. R. DI SIMONE, E. TURCO BULGHERINI, Torino, 2018, 123 ss. F. PELLEGRINO, *L'obbligo di soccorso e il divieto di respingimento nel diritto internazionale e sovranazionale*, in *Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud*, cit., 11 ss.; M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2019, 5 ss.; F. MUNARI, *Migrazioni, SAR, ruolo e responsabilità delle ONG, degli Stati e dei funzionari delle competenti amministrazioni nella recente giurisprudenza italiana*, cit., 359 ss.; M.P. RIZZO, *Soccorso in mare di persone in pericolo tra norme consolidate e problematiche ancora aperte*, cit. Tra i lavori monografici, v. M. P. RIZZO, *La nuova disciplina internazionale sul soccorso in acqua e il codice della navigazione*, Napoli, 1996; G. CAMARDA, *Il soccorso in mare. Profili contrattuali ed extracontrattuali*, Milano, 2006.

corso nel rispetto dell'indicazione della competente autorità SAR) e quali siano le eventuali conseguenze del venire meno di una di esse, trattandosi comunque di un'operazione di soccorso in mare in cui sono coinvolte vite umane e molte autorità differenti (Ministro degli interni, Corpo delle Capitanerie di porto-Guardia costiera, cui spettano, in via esclusiva, e fatto comunque salvo il concorso delle altre forze di polizia, le competenze SAR, Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, quale autorità nazionale responsabile dell'esecuzione della convenzione di Amburgo del 1979, Guardia di finanza per la sicurezza del mare, Marina militare, quanto meno, per il controllo nelle acque internazionali).

Al fine di cogliere le implicazioni di quanto accennato, sia sufficiente ricordare che nel caso «Sea Watch 3»¹⁶, il comandante, dopo aver soccorso naufraghi in zona SAR libica, facendoli salire a bordo della nave (battente bandiera olandese e di proprietà della Ong tedesca Sea Watch), pur avendo ricevuto l'indicazione di sbarcare a Tripoli dall'autorità libica, aveva proseguito verso Lampedusa, chiedendo all'Italia e a Malta un *place of safety*. Ebbene, sorge la domanda se, in una situazione analoga, il Ministro dell'Interno possa, anche nella costanza della vigente formulazione, «limitare o vietare il transito e la sosta» della nave nel mare territoriale, non essendo stato il soccorso effettuato nel rispetto delle indicazioni della competente autorità SAR (pur con tutte le considerazioni sulla qualificazione di un porto libico come PoS).

Un'ulteriore problematicità potrebbe sorgere dalla considerazione se essa riguardi esclusivamente le operazioni che interessino l'area SAR italiana (si pensi al d. interm. n. 150 del 7 aprile 2020 che ha dichiarato i porti italiani «non sicuri» per tutta la durata dello stato di emergenza sanitaria da Covid-19, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana) oppure anche quella di altri Paesi. In questo ultimo caso, occorrerebbe riflettere sulla posizione di Malta che, come è noto, non ha aderito all'Annex 34, Resolution MSC.167(78), adottato il 20 maggio 2004, dal *Maritime Safety Committee*, in seno all'IMO, con quello che ne deriva sulla indicazione del *place of safety* (POS) (la cui definizione è contenuta nelle *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea* di cui all'annesso ora menzionato) e sulla gestione della zona SAR di competenza¹⁷.

¹⁶ Si veda la nota 2 del presente lavoro, per una breve ricostruzione dei fatti e per qualche riferimento bibliografico in commento alla sentenza Cass. pen. 16 gennaio-20 febbraio 2020, n. 6626.

¹⁷ Cfr. il recente d. ministro infrastrutture e trasporti 4 febbraio 2021 n. 45 di approva-

Il comma si chiude con la previsione, nei casi di inosservanza del divieto o del limite di navigazione stabilito ai sensi del primo periodo del medesimo, dell'applicazione dell'articolo 1102 c. nav., il quale nella sua ordinaria estensione punisce, sotto la rubrica «Navigazione in zone vietate», e fuori dei casi previsti nell'art. 260 c.p., con la reclusione fino a due anni il comandante della nave o del galleggiante, nazionali o stranieri, che non osserva il divieto o il limite di navigazione stabiliti nell'art. 83 c. nav. Nel caso di violazione dell'art. 1, comma 2, del d. l. n. 130 del 2020, la multa è da euro 10.000 ad euro 50.000.

zione, in attuazione dell'art. 2 del d.P.R. 28 settembre 1994 n. 662, del Piano nazionale per la ricerca e il salvataggio in mare, edizione 2020, allegato al decreto, di cui costituisce parte integrante.

IL DECRETO SICUREZZA I: LUCI E OMBRE
PER IL NUOVO SISTEMA DI ACCOGLIENZA E INTEGRAZIONE

Andrea De Petris*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Protezione speciale e convertibilità dei permessi di soggiorno. – 3. Divieto di respingimento in caso di rischio di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti. – 4. Disposizioni in materia di trattenimento. – 5. Transito e sosta nel mare territoriale. – 6. Revisione della procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato. – 7. Iscrizione anagrafica per richiedenti asilo. – 8. Riforma del sistema di accoglienza e integrazione. – 9. Reati commessi nei centri di permanenza per i rimpatri. – 10. Acquisizione della cittadinanza. – 11. Conclusioni: una valutazione di insieme.

1. *Introduzione*

Il 21 ottobre 2020 è stato pubblicato sul n. 261 della Gazzetta Ufficiale il decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130. Il cd. Decreto Immigrazione, in vigore dal 22 ottobre scorso, introduce sostanziali modifiche alla previgente disciplina in tema di immigrazione e sicurezza contenuta nel Testo Unico sull'Immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), intervenendo in particolare sulle disposizioni emanate in materia dai cd. Decreti Sicurezza o Decreti Salvini tra il 2018 ed il 2019 (d.l. 04/10/2018 n. 113 e d.l. 14/06/2019 n. 53). La novella era stata in realtà congegnata dal Consiglio dei Ministri già il 5 ottobre, dopo un lungo confronto all'interno della Maggioranza tra il Partito Democratico, intenzionato a rivedere profondamente la disciplina emanata dal precedente Esecutivo, e il Movimento 5 Stelle, che aveva concorso all'approvazione dei due Decreti Sicurezza e che non voleva sconfessarne del tutto l'impianto normativo.

Da notare come il testo della revisione fosse stato definito dal Governo già alla fine di luglio, ma si era deciso di procedere alla sua emanazione solo all'inizio di ottobre per attendere la celebrazione delle elezioni regionali degli scorsi 20 e 21 settembre. Il decreto modifica in modo rilevante la disciplina di accoglienza ed integrazione dei migranti giunti nel territorio nazionale, eliminando buona parte dell'impianto normativo previgente: è dunque op-

* Professore aggregato di Diritto costituzionale presso l'Università Giustino Fortunato di Benevento e Direttore scientifico Cep Italia.

portuno dare conto in modo puntuale degli specifici cambiamenti introdotti nella materia, che per comodità di esposizione vengono riportati di seguito per punti tematici, anche per verificare in che misura la nuova disciplina si discosta dalle precedenti, e se il suo contenuto sia in grado di rispondere alle richieste di correttivi che erano state sollevate da soggetti pubblici e privati all'indomani dell'emanazione dei citati Decreti Sicurezza.

2. Protezione speciale e convertibilità dei permessi di soggiorno

La scelta del precedente Governo di abolire di fatto la protezione umanitaria, originariamente prevista dal T.U. del 1998, viene superata dal nuovo decreto, che ne ripristina una forma assai simile denominata "protezione speciale". Il permesso di soggiorno connesso a questa forma di protezione viene concesso a stranieri che dimostrino l'esistenza di gravi motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano (art. 5 c. 6 T.U. nuova versione), avrà una durata di due anni e differisce dai cd. permessi speciali previsti dal primo Decreto Sicurezza 113/2018. L'art. 1 del d.l. 130/2020, dal titolo "Disposizioni in materia di permesso di soggiorno e controlli di frontiera", prevede inoltre un'ampia casistica di permessi, che, a differenza dal passato, possono ora essere convertiti in permessi di soggiorno per motivi di lavoro, "ove ne ricorrano i requisiti".

In particolare, le tipologie di permesso interessate da questa possibilità sono:

- permessi di soggiorno per protezione speciale (art. 3 c. 2 d.lgs. 25/2008), con l'esclusione dei casi a cui si applichino le cause di diniego ed esclusione dalla protezione internazionale (art. 10 c. 2, art. 12 c. 1 lett. b) e c) d.lgs. 251/2007);
- permessi di soggiorno per calamità (art. 20 bis d.lgs. 286/1998);
- permessi di soggiorno per residenza elettiva (art. 11 c. 1 lett. c) *quarter* DPR 394/1999);
- permessi di soggiorno per acquisizione della cittadinanza o dello stato di apolide (art. 11 c. 1 lett. c) DPR 394/1999), con l'eccezione dello straniero precedentemente in possesso di un permesso per richiesta di asilo);
- permessi di soggiorno per attività sportiva (art. 27 c. 1 lett. p), d.lgs. 286/1998);
- permessi di soggiorno per lavoro di tipo artistico (art. 27 c. 1 lett. m), n), o), d.lgs. 286/1998);
- permessi di soggiorno per motivi religiosi (art. 5 c. 2 d.lgs. 286/1998);

- permessi di soggiorno per assistenza minori (art. 3 c. 3 d.lgs. 286/1998).

3. *Divieto di respingimento in caso di rischio di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti*

Il nuovo decreto modifica l'art. 19 d.lgs. n. 286/1998, dal titolo "Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili", che nella versione precedente vietava l'espulsione o il respingimento solo nel caso in cui il ritorno in patria comportasse per il destinatario del provvedimento il rischio di subire torture. Il comma 1.1. dell'articolo in oggetto viene modificato, prevedendo ora un novero molto più ampio di fattispecie nelle quali si applica il divieto di respingimento, espulsione o estradizione. In particolare, la novella stabilisce che i provvedimenti citati non sono applicabili nei casi i cui sussistano fondati motivi per ritenere che la persona a rischio di espulsione corra il pericolo di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, precisando che nella valutazione della sussistenza di tali rischi debba essere accertato se nello Stato di provenienza ricorrano violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani. Inoltre, gli stessi divieti si applicano nel caso in cui esistano fondati motivi per ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale determini una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, a meno che il provvedimento non si renda necessario per ragioni di sicurezza nazionale, ovvero di ordine e sicurezza pubblica. Al fine di valutare adeguatamente il rischio connesso al divieto di esecuzione di procedure di espulsione, il nuovo decreto prescrive che debba tenersi conto "della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine".

Nel caso in cui il migrante si sia visto respingere la domanda di protezione internazionale, qualora ricorrano i requisiti sopra menzionati, la Commissione territoriale competente deve trasmettere gli atti dell'istanza al Questore, il quale rilascia all'interessato un permesso di soggiorno per protezione speciale, previo parere della stessa Commissione territoriale (nuovo c. 1.2. aggiunto all'art. 19 del d.l. 130/2020).

4. *Disposizioni in materia di trattenimento*

Con l'art. 3 c. 1 del d.l. 130/2020 vengono modificate le disposizioni in materia di trattenimento per identificazione dei cittadini stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale e di coloro che sono soccorsi nell'ambito di operazioni di salvataggio in mare (art. 10 ter d. lgs. 286/1998), nonché ai fini dell'esecuzione delle misure di espulsione (art. 14 d.lgs. 286/1998). Riguardo al primo tema, viene aggiunta un'ulteriore disposizione all'art. 10 *ter* c. 3, secondo la quale lo straniero ospite di un centro di permanenza deve essere “tempestivamente informato dei diritti e delle facoltà derivanti dal procedimento di convalida del decreto di trattenimento in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola”.

Attraverso la modifica dei cc. 1 e 5 dell'art. 14 del d.lgs. 130/2020, si stabilisce poi che “il trattenimento dello straniero di cui non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione o il respingimento alla frontiera è disposto con priorità per coloro che siano considerati una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica”, e che il periodo massimo di trattenimento dello straniero all'interno di un centro di permanenza per i rimpatri (CPR) non possa eccedere i 90 giorni (a fronte del precedente limite di 180 giorni), prorogabili di altri 30 nel caso in cui lo straniero sia cittadino di uno Stato con il quale l'Italia abbia firmato un accordo di riammissione. Qualora il cittadino straniero sia stato trattenuto in una struttura carceraria per un periodo superiore ai 90 giorni (contro i 180 del limite precedente), questi può essere ulteriormente confinato in un centro di permanenza per un periodo massimo di 30 giorni, prorogabile di ulteriori 30 nel caso in cui lo straniero sia cittadino di uno Stato con il quale l'Italia abbia firmato un accordo in materia di rimpatri.

5. *Transito e sosta nel mare territoriale*

Con l'art. 1 c. 2 del d.l. 130/2020 viene stabilita, in presenza di ragioni di ordine e sicurezza pubblica, o di violazione delle norme sul traffico di migranti per mare, la facoltà per il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, e previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, di limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale. Tali limitazioni e

divieti tuttavia non si applicano nel caso in cui si stiano svolgendo operazioni di soccorso, che vanno d'altro canto immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera del natante che sta conducendo le operazioni; queste ultime devono in ogni caso essere effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità nazionale per la ricerca e soccorso in mare e delle norme di diritto internazionale vigenti in materia.

La stessa disposizione prevede una sanzione variabile dai 10 mila ai 50 mila Euro in caso di violazioni dei divieti in questione, che devono essere necessariamente accertate da un magistrato nell'ambito di un processo penale. Il nuovo decreto abroga inoltre l'art. 11 c. 1 ter del d.lgs. 286/1998 relativo al "potenziamento e coordinamento dei controlli di frontiera", introdotto dal cd. Decreto Sicurezza bis n. 53/2019; parimenti vengono abrogate le disposizioni riguardanti le sanzioni per il comandante che non abbia rispettato il divieto o la limitazione di transito nel mare territoriale (multa da 150.000 a un milione di Euro) e la misura della confisca della nave.

6. Revisione della procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato

Con l'art. 2 del d.l. 130/2020 viene modificato il d.lgs. 25/2008, attuativo della Direttiva 2005/85/CE contenente "norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato". Nello specifico, vengono modificate le norme relative all'esame prioritario della domanda dello status di rifugiato, alle procedure accelerate di valutazione della domanda e ai casi di domanda reiterata nel corso dell'esecuzione di un provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale. La nuova procedura conserva l'impianto precedente, inserendovi due novità: riforma l'esame prioritario della domanda, che mira a rendere più rapido e snello l'esame dell'istanza con particolare fondatezza e possibilità di essere accolta, o che proviene da soggetti vulnerabili, e introduce la procedura accelerata per la domanda che si ritiene presentata per meri scopi dilatori o strumentali, la quale verrà pertanto esaminata con modalità più rapide e stringenti.

Le domande presentate da richiedenti trattenuti in centri di permanenza per il rimpatrio, o provenienti da Paesi di origine considerati sicuri, o ancora da soggetti sottoposti a procedimento penale o condannati, anche in via non definitiva, per uno dei reati che costituiscono causa di rifiuto dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria, sono escluse dall'esame prioritario e

rientrano soltanto nella procedura accelerata. Da segnalare, sullo stesso tema, la modifica all'art. 32 del d.lgs. 25/2008, con la quale si prevede che in caso di rigetto della domanda di protezione internazionale venga estesa la potestà decisionale della Commissione territoriale, che può occuparsi anche delle questioni relative al divieto di espulsione di stranieri che si trovano in condizioni di salute di particolare gravità.

7. Iscrizione anagrafica per richiedenti asilo

In reazione alla sent. 186/2020 della Corte Costituzionale, che aveva decretato l'illegittimità costituzionale del divieto di iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo – introdotto dalla modifica del d.lgs. 142/2015 (c.d. Decreto accoglienza), ad opera dell'art. 13 c. 1 lett. a) n. 2 del Decreto Sicurezza del 2018 – l'art. 3 c. 2 del nuovo decreto modifica completamente la disciplina previgente. La disposizione prevede che lo straniero, quando sia titolare di permesso di soggiorno a seguito di richiesta di asilo o detenga una ricevuta che attesti la presentazione di una richiesta di protezione internazionale, debba essere iscritto nell'anagrafe della popolazione residente. Al richiedente asilo iscritto all'anagrafe viene inoltre rilasciata una carta di identità valida per tre anni soltanto nel territorio nazionale.

8. Riforma del sistema di accoglienza e integrazione

Il nuovo decreto introduce una profonda riforma del sistema di accoglienza ed integrazione per i richiedenti protezione internazionale, riorganizzandola su un assetto a due livelli in base alla condizione giuridica del soggetto che vi accede. L'art. 4 del d.l. 130/2020 introduce infatti per i richiedenti protezione internazionale un primo livello di accoglienza, da espletarsi nei centri governativi, che comprende i servizi di accoglienza materiale, assistenza sanitaria, assistenza sociale e psicologica, mediazione linguistico-culturale, i corsi di lingua italiana ed i servizi di orientamento legale e al territorio, e un secondo livello di accoglienza, finalizzato all'integrazione delle altre categorie di beneficiari, costituito da servizi di orientamento al lavoro e formazione professionale. Il nuovo assetto, denominato Sistema di Accoglienza e Integrazione (SAI), recupera l'approccio del sistema Sprar/Siproimi, basato sul coinvolgimento volontario dei Comuni, e si pone come modello di accoglienza diffusa, destinata non solo ai soggetti vulnerabi-

li e ai beneficiari di protezione internazionale, ma anche ai richiedenti asilo, che ne erano stati esclusi dalla normativa previgente.

Il nuovo decreto impone che nelle strutture di accoglienza, sia di primo che di secondo livello, siano assicurati standard adeguati sul piano igienico-sanitario ed abitativo, nel rispetto dei criteri stabiliti dalla legge. Il nuovo sistema deve inoltre assicurare ai destinatari dei servizi il rispetto della loro sfera privata, in cui rientrano le differenze di genere, le esigenze legate all'età, la tutela della salute fisica e mentale dei richiedenti, nonché l'unità dei nuclei familiari, da intendersi come composti dai coniugi ed i parenti entro il primo grado. Si prevedono poi disposizioni finalizzate a prevenire ogni forma di violenza, inclusa quella di genere, ed a garantire la sicurezza e la protezione tanto dei richiedenti ospitati nelle strutture di accoglienza che del personale che vi opera. L'art. 5 del nuovo decreto introduce una logica di prospettiva nel processo di accoglienza e integrazione dei soggetti interessati, i quali al termine del periodo di accoglienza devono essere inseriti in ulteriori programmi di integrazione, gestiti dalle amministrazioni locali competenti, con lo scopo di garantire ai destinatari di tale percorso un adeguato livello di inclusione sociale con cui raggiungere un sufficiente grado di autonomia individuale.

9. Reati commessi nei centri di permanenza per i rimpatri

Con l'art. 6, il d.l. 130/2020 rivede la regolamentazione dei delitti che vengono commessi nei CPR, sancendo che “nei casi di delitti commessi con violenza alle persone o alle cose in occasione o a causa del trattenimento in uno dei centri di cui al presente articolo o durante la permanenza in una delle strutture di cui all'articolo 10-ter, per i quali è obbligatorio o facoltativo l'arresto ai sensi degli articoli 380 e 381 del codice di procedura penale, quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera in stato di flagranza ai sensi dell'articolo 382 del codice di procedura penale colui il quale, anche sulla base di documentazione video o fotografica, risulta l'autore del fatto, e l'arresto è consentito entro quarantotto ore dal fatto. La nuova disciplina prevede inoltre che per i reati citati si debba procedere sempre con giudizio direttissimo, “salvo che siano necessarie speciali indagini”.

10. *Acquisizione della cittadinanza*

Il nuovo decreto interviene anche sulle modalità di acquisizione della cittadinanza da parte di uno straniero naturalizzato in Italia, con tempi ridotti da quattro a tre anni: un termine che resta comunque superiore a quello di due anni previsto dalla normativa precedente alle modifiche introdotte dal primo Decreto Sicurezza. Resta inoltre in vigore la disposizione che prevede la revoca della cittadinanza ove vengano commessi reati connessi ad attività di terrorismo, applicabile ai soli soggetti che non abbiano acquisito la cittadinanza alla nascita.

11. *Conclusioni: una valutazione di insieme*

Si può concludere che il nuovo decreto introduce numerosi elementi di novità in materia di immigrazione, alcuni dei quali da considerarsi senza dubbio positivi. Tra questi, l'estensione delle fattispecie di permesso di soggiorno convertibili in permesso per motivi di lavoro, con cui si amplia la platea di titolari di protezione in grado di accedere alle attività lavorative e conseguire così maggiori occasioni di integrazione nel tessuto sociale ed economico del Paese; l'obbligo di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo nel luogo di residenza, che consente ai soggetti interessati dal provvedimento di tornare ad usufruire di servizi dai quali restavano fino ad ora esclusi proprio in virtù del fatto che tali servizi non potessero prescindere dall'inserimento nelle liste dell'anagrafe cittadina; il divieto di rimpatrio per chi abbia ormai conseguito un livello di vita stabile in Italia – fatte salve le eccezioni legate alla sicurezza nazionale; la revisione del sistema di accoglienza, che torna a coinvolgere le amministrazioni locali e prevede nuovamente una serie complementare di servizi a favore delle categorie di migranti interessati, il cui scopo si differenzia in base al livello di integrazione che questi sono chiamati a conseguire; la possibilità per navi civili di tornare a svolgere attività di salvataggio in mare, riducendo l'entità delle sanzioni previste in caso di violazione dei divieti vigenti in materia.

Più problematica è la nuova disciplina di acquisizione della cittadinanza, che, benché preveda tempi inferiori di decisione rispetto alla normativa precedente, richiede comunque dodici mesi in più rispetto alla disposizione precedente all'entrata in vigore dei Decreti Sicurezza. Permangono comunque sanzioni per gli equipaggi marittimi civili che compiano azioni di salvataggio di migranti in mare e manca una visione complessiva del processo di

accoglienza, che preveda una continuità di servizi per i soggetti che ne abbiano diritto dal momento del primo ingresso sul territorio nazionale fino ad una effettiva integrazione sul piano socio-economico ed occupazionale degli interessati. Nel complesso, la nuova disciplina sembra confermare che il legislatore ha compreso la gravità delle aporie prodotte dalla normativa precedente, e abbia tentato di porvi rimedio in qualche modo, sebbene con risultati parziali. Probabilmente, considerati la drammaticità del momento storico e politico che il Paese sta affrontando e i precari equilibri interni all'attuale coalizione di governo, non era lecito attendersi di più: l'auspicio è che l'atteso miglioramento della situazione sanitaria nazionale possa in tempi ragionevoli consentire alla politica di ritornare sul tema dell'accoglienza dei migranti, che gioca un ruolo determinante anche in merito alle condizioni sanitarie, sociali ed economiche a livello nazionale ed europeo.

ASILO ED ACCOGLIENZA AD UN ANNO
DAL DECRETO SICUREZZA I:
UNA PRECARIETÀ ANNUNCIATA?

Andrea De Petris*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dati recenti sulle domande di protezione. – 3. I pericoli di precarizzazione della popolazione migrante. – 4. La necessità di interventi correttivi.

1. *Introduzione*

Il cd. Decreto Sicurezza I¹ ha determinato una radicale riorganizzazione del sistema di accoglienza di migranti e richiedenti asilo, intervenendo in misura profonda sulla revisione delle forme di protezione accessibili ai migranti. Ad oltre un anno dalla sua entrata in vigore, è possibile tracciare un primo bilancio degli effetti prodotti dal provvedimento sul sistema di accoglienza attualmente vigente, e verificare se e come esso risulti coerente con le intenzioni che ne avevano ispirato l'emanazione.

Con le modifiche apportate al sistema di accoglienza, il Decreto ha fortemente condizionato il risultato del lavoro svolto dalle Commissioni Territoriali incaricate di esaminare le domande di protezione internazionale presentate dai migranti giunti sul territorio nazionale. I dati relativi all'anno 2017, ai primi nove mesi del 2018, e infine quelli riferiti all'intervallo compreso tra ottobre 2018 (primo mese di piena applicazione del Decreto) ed ottobre 2019 (ultimo mese per il quale sono al momento disponibili informazioni) dalla Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo, organo facente capo al Ministero dell'Interno e competente tra l'altro per le rilevazioni statistiche in materia di asilo, mostrano sostanziali cambiamenti sia quantitativi che qualitativi rispetto all'arco temporale precedente.

* Professore aggregato di Diritto costituzionale, Università Giustino Fortunato di Benevento/Direttore Scientifico Cep Italia.

¹ Decreto-Legge n. 113 del 4/20/2018, convertito con Legge n. 132 del 1/12/2018, disponibile in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/12/03/18A07702/sg> (23.2.2021)

2. *Dati recenti sulle domande di protezione*

Esiti delle domande di protezione internazionale Gennaio 2017-Ottobre 2019						
	Rifugiati	Sussidiaria	Umanitaria^{a)}	Diniego^{b)}	Altri esiti^{c)}	Totale^{d)}
Anno 2017	6.827 (8%)	6.880 (8%)	20.166 (25%)	46.992 (58%)	662 (1%)	81.527 (100%)
Genn. – Sett. 2018	4.992 (7%)	2.811 (4%)	18.198 (26%)	43.410 (62%)	716 (1%)	70.127 (100%)
Ott. 2018	735 (8%)	427 (5%)	1.105 (12%)	6.634 (75%)	24 (0%)	8.925 (100%)
Nov. 2018	720 (9%)	470 (6%)	356 (5%)	6.141 (80%)	29 (0%)	7.716 (100%)
Dic. 2018	690 (10%)	364 (5%)	236 (3%)	5.870 (82%)	17 (0%)	7.177 (100%)
Gen. 2019	670 (9%)	426 (6%)	150 (2%)	6.202 (83%)	21 (0%)	7.469 (100%)
Feb. 2019	630 (10%)	356 (6%)	112 (2%)	5.153 (82%)	23 (0%)	6.274 (100%)
Mar. 2019	964 (12%)	552 (7%)	155 (2%)	6.448 (79%)	65 (0%)	8.184 (100%)
Apr. 2019	912 (11%)	568 (7%)	146 (2%)	6.701 (80%)	38 (0%)	8.365 (100%)
Mag. 2019	1.200 (11%)	764 (7%)	112 (1%)	8.612 (81%)	49 (0%)	10.737 (100%)
Giu. 2019	899 (11%)	493 (6%)	92 (1%)	6.394 (82%)	20 (0%)	7.898 (100%)
Lug. 2019	1.144 (13%)	716 (8%)	106 (1%)	6.669 (78%)	43 (0%)	8.678 (100%)
Ago. 2019	849 (12%)	496 (7%)	51 (1%)	5.608 (79%)	39 (1%)	7.043 (100%)
Sett. 2019	870 (11%)	560 (7%)	57 (1%)	6.271 (80%)	63 (1%)	7.821 (100%)
Ott. 2019	983 (11%)	648 (7%)	*****	6.766 (76%)	531 (6%)	8.928 (100%)
Totale Ott. 2018- Ott. 2019	11.266 (11%)	6.840 (6%)	2.678 (3%)	83.469 (79%)	962 (1%)	105.215 (100%)
Totale compl.	23.085 (9%)	16.531 (6%)	41.042 (16%)	173.871 (68%)	2.340 (1%)	256.869 (100%)

Fonte: Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo, Ministero dell'Interno

- a) *decise prima del 05 ottobre 2018 e inserite successivamente su Vestanet*
- b) *compresi negativo assente, inammissibilità, irreperibilità*
- c) *compresi rinuncia, ecc. esaminati nel mese, indipendentemente dalla data di richiesta asilo*
- d) *esaminati nel mese, indipendentemente dalla data di richiesta asilo*

I numeri riportati in tabella evidenziano alcune modifiche sostanziali:

1) nel periodo ottobre 2018-ottobre 2019 sono state complessivamente esaminate 105.215 domande di asilo, contro le 81.527 del 2017 e le 71.153 valutate dal gennaio al settembre 2018. Sebbene si tratti di intervalli temporali non omogenei, il dato evidenzia un consistente aumento di richieste di protezione valutate dall'ottobre 2018 in poi. Probabilmente, l'aumento si deve all'incremento del personale attivo nelle commissioni territoriali a seguito della presa di servizio il 21 maggio 2018 dei 250 vincitori del concorso per funzionario amministrativo destinati a coadiuvare le commissioni, passate da 20 a 48 su tutto il territorio nazionale;

2) nell'anno 2017 e nei nove mesi intercorsi tra gennaio e settembre 2018 il diritto di asilo è stato riconosciuto rispettivamente a 6.827 e 4.992 migranti (per un totale di 11.819 unità), contro gli 11.266 rifugiati riconosciuti nel periodo ottobre 2018-ottobre 2019: in percentuale, si passa da un ammontare dell'8 e del 7% del totale delle domande valutate rispettivamente nell'anno 2017 e nel periodo gennaio-settembre 2018, all'11% per i 13 mesi dall'ottobre 2018 all'ottobre 2019;

3) la protezione sussidiaria è stata riconosciuta in 6.880 casi nel 2017 (8% del totale delle domande esaminate), in 2.811 nei primi nove mesi del 2018 (4%), ed in 6.840 dall'ottobre 2018 all'ottobre 2019 (7%). Complessivamente, si ravvisa un calo del numero di richiedenti asilo ammessi al godimento della protezione sussidiaria nei primi nove mesi del 2018, mentre i numeri a riguardo tornano a crescere dall'ottobre 2018 in poi. Probabilmente, il fenomeno si spiega con l'impossibilità per le commissioni territoriali di ricorrere alla protezione umanitaria a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Sicurezza I, che l'ha eliminata dalle forme di tutela disponibili nell'ordinamento italiano;

4) il ricorso alla protezione umanitaria subisce un prevedibile drastico calo nelle valutazioni delle commissioni territoriali a partire dall'ottobre 2018. I dati mostrano come nel 2017 e nei primi nove mesi del 2018 essa sia stata concessa rispettivamente in 20.166 e 18.198 casi (25 e 26%), mentre nel periodo ottobre 2018-ottobre 2019 sia stata riconosciuta solamente a 2.678 richiedenti asilo (3%). Si tratta dell'inversione di tendenza più radicale registrata successivamente all'entrata in vigore del Decreto Sicurezza I;

5) riguardo ai dinieghi di protezione, nei primi tredici mesi di applicazione del Decreto Sicurezza I sono stati dichiarati inidonei ad una qualsiasi forma di tutela giuridica 83.469 richiedenti asilo, contro i 46.992 del 2017 ed i 43.410 del periodo compreso tra gennaio e settembre 2018. Espresso in misura percentuale, il dato si rivela ancora più eclatante: dal 58 e 62% dell'anno 2017 e dei primi nove mesi del 2018, si passa infatti al 79% dell'intervallo tra ottobre 2018 ed ottobre 2019, quando di fatto solo una domanda di protezione su cinque ha ricevuto risposta positiva dalle commissioni territoriali. Ancora, va evidenziato come nei ventuno mesi antecedenti all'entrata in vigore del Decreto Sicurezza I il numero delle domande di protezione respinte dalle commissioni territoriali è stato di poche migliaia superiore a quelle bocciate nei tredici mesi di vigenza della nuova disciplina;

6) l'assenza di numeri nella casella dedicata ai titolari di protezione umanitaria nel mese di ottobre 2019, unita al considerevole aumento delle protezioni per casi speciali riscontrato nello stesso mese (si passa da una media mensile di 40 permessi fino a settembre 2019 a 531 casi nel mese in oggetto – pari al 6% del totale, contro l'1% sostanzialmente invariato in tutti gli altri periodi considerati), induce a ritenere che con questa forma di tutela di uso finora marginale si stia provando a rispondere almeno in parte alle domande di asilo per le quali non è più praticabile l'opzione della protezione umanitaria. Il Decreto ha introdotto questa tipologia di permesso per ragioni straordinarie, in realtà in parte già previste dalla disciplina precedente: cure mediche, calamità, atti di particolare valore civile, protezione sociale, vittime di violenza domestica, sfruttamento lavorativo. Si tratta tuttavia di casistiche residuali, numericamente non in grado di compensare l'ombrello protettivo rappresentato dalla protezione umanitaria ora non più disponibile. La qualità della protezione ricevuta nei due casi non è infatti affatto equivalente, in quanto la protezione umanitaria consentiva la concessione di un permesso di soggiorno di massimo due anni rinnovabili, mentre nella maggior parte dei casi la protezione speciale dà accesso ad un permesso di soggiorno di soli sei mesi, estendibile al massimo ad un anno, e non sempre convertibile in permesso per lavoro: una condizione che riduce la possibilità di integrazione dei titolari di permesso speciale, destinati in larga parte alla condizione di irregolarità alla sua scadenza.

3. *I pericoli di precarizzazione della popolazione migrante*

Le rilevazioni citate sembrano quindi confermare le previsioni negative

di chi paventava il rischio che il Decreto Sicurezza avrebbe ridotto considerevolmente le possibilità di regolarizzazione ed integrazione dei migranti presenti sul territorio nazionale. Effettivamente, con l'entrata in vigore della nuova disciplina va progressivamente aumentando il numero di cittadini stranieri privi di una qualche forma di protezione internazionale, a cui si aggiungeranno coloro che al momento godono ancora della protezione umanitaria ma che, una volta scaduta questa, non potranno usufruire di altre forme di tutela giuridica. Il Decreto priva quindi del permesso di soggiorno cittadini stranieri che ne erano legittimamente in possesso ai sensi della normativa precedente, trasformandoli in irregolari per effetto della cancellazione di una forma di protezione previamente esistente, ma resa ora indisponibile per espressa scelta del Legislatore. A fronte del fatto che rimangono comunque di difficile attuazione i provvedimenti di rimpatrio, in assenza di appositi accordi bilaterali con i Paesi di origine dei richiedenti asilo, è altamente probabile che, a legislazione invariata, uno degli effetti finali del provvedimento consisterà in un incremento strutturale degli immigrati irregolari presenti sul territorio nazionale, verosimilmente più propensi a vivere in condizioni di precarietà, in quanto privi di accesso a qualsiasi forma di assistenza pubblica, ed a ricercare la propria sussistenza negli ambienti della microcriminalità locale o della criminalità organizzata, ove presenti.

La precarizzazione della popolazione migrante in Italia da parte del Decreto è stata in qualche misura attenuata dalla decisione della Corte di Cassazione del 19 febbraio 2019², che ha statuito l'irretroattività del Decreto Sicurezza rispetto alle domande di protezione internazionale presentate prima della sua entrata in vigore, avvenuta il 5 ottobre 2018. Pertanto, diversamente da quanto inteso dagli ambienti governativi nel 2018, le commissioni territoriali hanno potuto continuare a concedere permessi di soggiorno per motivi umanitari anche dopo il 5 ottobre 2018, laddove ne ricorressero le condizioni, purché le richieste di protezione fossero pervenute quando era ancora vigente la disciplina precedente. Si tratta tuttavia di una misura palliativa: per tutte le domande pervenute dopo l'entrata in vigore del Decreto Sicurezza I, infatti, il ventaglio delle possibilità di riconoscimento di una qualche forma di protezione si restringe considerevolmente, e la citata assenza di numeri nella casella della tabella relativa alle protezioni umanitarie concesse nell'ottobre 2019 è in questo senso emblematica.

Un ulteriore problema riguarda i titolari di protezione umanitaria finora

² Cass. Civ., sez. I civile, sentenza del 19 febbraio 2019, n. 4890, disponibile in: <https://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=16666#.YDd-5OhKguU> (23.2.2021)

ammessi ai progetti di accoglienza ex SPRAR (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati), ora Sistema di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI), a rischio di esclusione da tali progetti per essere trasferiti nei Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS). In una nota del 22 dicembre 2019³ il nuovo Ministro dell'Interno Lamorgese ha chiarito che nessuno dei 1.428 titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari inclusi nei progetti di accoglienza SIPROIMI a fine dicembre 2019 perderà l'accoglienza. Anche in questo caso, tuttavia, manca un intervento esaustivo e chiarificatore *pro-futuro*, in assenza del quale le sorti dei titolari di protezione umanitaria restano soggette alla vaghezza di un destino incerto e incline alla precarietà.

4. *La necessità di interventi correttivi*

La percezione che il livello dell'accoglienza ai migranti attualmente offerta nell'ordinamento italiano non offra particolari garanzie sembra essersi diffusa anche al di fuori dei confini nazionali: è del 17 dicembre 2019 la decisione⁴ del Tribunale Amministrativo Federale (TAF) svizzero di impedire l'espulsione di una richiedente asilo nigeriana verso l'Italia, nonostante l'interessata avesse l'obbligo di presentare la richiesta di protezione internazionale alle autorità italiane e non a quelle elvetiche, con la motivazione che l'assistenza umanitaria e sanitaria attualmente offerte in Italia non soddisferebbero gli standard minimi di garanzia richiesti nel caso della cittadina nigeriana, bisognosa di cure mediche immediate che non sarebbero assicurate nei Centri di Prima Accoglienza in cui l'interessata e la sua famiglia sarebbero destinate ai sensi dei Decreti Sicurezza.

Recentemente, uno studio realizzato da ActionAid ed Openpolis datato 1 novembre 2019⁵ e successivamente aggiornato, ha messo in correlazione

³ Ministro degli Interni, Comunicato Stampa, Sistema di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati, dal Fami i fondi per dare continuità ai progetti, 22.12.2019, disponibile in <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/comunicati-stampa/comunicati-stampa-raccolta-anni-precedenti/sistema-protezione-internazionale-e-minori-stranieri-non-accompagnati-dal-fami-i-fondi-dare-continuita-progetti> (23.2.2021).

⁴ Tribunale Amministrativo Federale, Causa E-962/2019 del 17.12.2019, disponibile in https://asile.ch/wp-content/uploads/2020/01/E-962_2019.pdf (23.2.2021).

⁵ ActionAid/Openpolis, La sicurezza dell'esclusione, Ottobre 2019/Febbraio 2020, disponibile in https://www.actionaid.it/app/uploads/2020/05/CentridItalia_2019.pdf (23.2.2021).

l’emanazione del Decreto Sicurezza I con l’incremento della quota di popolazione migrante vivente in condizioni di irregolarità: secondo questa analisi, infatti, in conseguenza dell’abolizione della protezione umanitaria nel 2019 sarebbero aumentati di 40.000 unità i cittadini stranieri irregolari in Italia, mentre vengono stimati in 680.000 gli irregolari presenti sul territorio nazionale entro la fine dell’anno appena trascorso. Un secondo studio, firmato da Matteo Villa per ISPI del gennaio 2020⁶, indica in circa 70.000 unità in più i migranti irregolari “prodotti” dal Decreto Sicurezza I negli scorsi mesi, quelli cioè che dal giugno 2018 all’ottobre 2019 si sarebbero aggiunti agli altri, già presenti in Italia ai sensi della disciplina previgente, prevedendo che si raggiungerà un ammontare di circa 610.000 clandestini alla fine dell’anno 2020. Secondo lo studio di ISPI, se si mantenesse il ritmo di rimpatri registrato negli anni più recenti (non oltre 7.000 all’anno, ma l’analisi di ActionAid parla a riguardo di soli 5.615 migranti rimpatriati annualmente), occorrerebbero oltre 70 anni per riportare tutti questi cittadini irregolari nei Paesi di origine: un dato che conferma il rischio di una presenza migrante irregolare strutturale, in crescita e non eliminabile sul territorio italiano, conseguente al nuovo regime di gestione della popolazione migrante sul territorio nazionale.

Tutto induce quindi ad auspicare un intervento nel settore da parte dell’attuale Esecutivo in grado di eliminare le aporie che la disciplina vigente va gradualmente producendo: sfugge, infatti, come la precarizzazione sistematica della popolazione migrante per via normativa possa coniugarsi coerentemente con un provvedimento che reca nel titolo la parola “sicurezza”.

⁶ MATTEO VILLA, Migrazioni in Italia: tutti i numeri, ISPI, 20.1.2020, disponibile in <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/migrazioni-italia-tutti-i-numeri-24893> (23.2.2021)

SERVIVANO DAVVERO GLI ARTT. 1 E 2 DEL DECRETO SICUREZZA-BIS?

Barbara L. Boschetti*

C'era bisogno degli artt. 1 e 2 del decreto sicurezza bis? La politica “dei porti chiusi” è stata inaugurata nel giugno 2018, prima dell’adozione del decreto sicurezza *bis*. Ma anche dopo l’adozione del decreto, come sappiamo, i porti non verranno mai veramente chiusi (dal giugno all’agosto 2019, sono ben 13 le navi che arrivano nei nostri porti con 1346 migranti - Fonte, ISPI¹). I porti aperti rimangono, però, fuori dalle prime pagine dei giornali.

Il decreto sicurezza *bis* ha alimentato la politica dei porti chiusi e la retorica su cui essa si regge. È una retorica che piega il diritto alla macchina del consenso: l’uso della decretazione d’urgenza, la sua (eventuale) incostituzionalità², la selezione – per legge – della scena (del luogo del conflitto³), la riscrittura – sempre per legge – dei personaggi e dei loro ruoli. Tutto questo è diritto piegato alla macchina del consenso.

Procediamo con ordine, dalla selezione dello strumento normativo. Un decreto-legge, appunto: ma qual era la situazione di estrema necessità e urgenza che ha spinto il Governo a questo approdo?

Gli atti parlamentari riportano in modo chiaro la posizione del Governo: l’art. 1 è sorretto “dell’evidenza che gli scenari geopolitici internazionali possono rischiare di riaccendere l’ipotesi di nuove ondate di migrazione” [A.C. 1913], eventualità, questa, che non può essere sottovalutata anche per “l’approssimarsi della stagione estiva che, da sempre⁴, fa registrare il picco

* Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹ Disponibile all’indirizzo <https://www.ispionline.it/it/ricerca/migrazioni>.

² Giovanni Maria Flick ha parlato di una demolizione della Costituzione. L’intervento è disponibile all’indirizzo <https://www.agensir.it/quotidiano/2019/8/6/decreto-sicurezza-bis-flick-presidente-emerito-corte-costituzionale-si-sta-demolendo-la-costituzione/>.

³ Disponibile all’indirizzo <https://www.agensir.it/quotidiano/2019/8/6/decreto-sicurezza-bis-flick-presidente-emerito-corte-costituzionale-si-sta-demolendo-la-costituzione/>

⁴ I dati elaborati dal Dipartimento della Pubblica sicurezza, relativi alle annualità 2017, 2018, 2019 dimostrano che il periodo estivo non ha mai rappresentato il periodo di massimo afflusso di migranti: nell’anno 2017 i tassi di massimo afflusso si sono registrati nel trimestre

massimo di partenze di imbarcazioni cariche di migranti (in cui, peraltro, con maggiore facilità, possono celarsi anche cellule terroristiche)” [A.C. 1913].

Insomma, si prospetta l’eventualità di masse in arrivo, di scenari geopolitici, di imbarcazioni cariche, di cellule terroristiche. Il decreto attribuisce così al Ministro dell’interno il potere di “chiudere i porti” (*rectius*, di limitare o vietare il transito o la sosta di navi nel mare territoriale), in presenza di determinati presupposti (ordine pubblico e sicurezza, scarico di persone in contrasto con le norme sull’immigrazione dello stato costiero - laddove il riferimento è a UNCLOS art. 19, par. 2, lett. g))⁵. Nel frattempo, i porti sono rimasti - e continuano a rimanere - aperti (Fonte, ISPI⁶).

Tale potere è rafforzato a mezzo dell’art. 2: sanzione amministrativa pecuniaria a carico del comandante della nave (e in via solidale dell’armatore), con l’obbligatoria confisca della nave, già in via cautelare. I provvedimenti sono adottati dal Prefetto, in applicazione della l. 689/1981.

L’art. 2 è un puntello, un rafforzativo, del potere previsto all’art. 1: tuttavia, esso aggiunge due importanti tasselli alla narrativa. Il primo: il comportamento del comandante della nave, in quanto sanzionabile, si colora di illecito; il secondo: la reazione penale è (implicitamente) assunta come inadeguata a rispondere, da sola, alle “nuove ondate migratorie” che si profilano all’orizzonte nel giugno 2019, all’inizio di una calda estate.

I dati (tutti facilmente reperibili) ci dicono però cose diverse: oltre ai

aprile-giugno, con un progressivo calo nei mesi estivi e una ripresa nei mesi settembre-novembre; nell’anno 2018, i tassi di massimo afflusso si sono registrati, fatta eccezione per un picco nel mese di gennaio, nel trimestre aprile-giugno, con un progressivo calo nei mesi successivi. Nel 2019, dopo un sostanziale azzeramento nei primi 4 mesi dell’anno, si è registrato un lieve incremento a partire dal mese di maggio, con un picco (rispetto ai mesi precedenti del medesimo anno) proprio nel mese di agosto (con il dato di 1.268 arrivi, ben al di sotto dei 1.531 arrivi del 2018 e dei 3.920 del 2017, nonché dei 23.526 arrivi del giugno 2017, che costituisce il dato di massima affluenza nel periodo 2017-2019).

⁵ Tale norma va ovviamente letta unitamente ad altre norme della medesima convenzione (art. 98, sul soccorso in mare) e in coerenza con il più ampio contesto del diritto internazionale sui diritti umani, col Regolamento di Dublino, con il diritto primario dell’Unione europea e, non ultimo, il quadro costituzionale nazionale e, in particolare, gli artt. 2, 11 e 117, comma 1. Cfr. anche Corte Edu, 25 giugno 2019 con cui la Corte, pur decidendo di non indicare al Governo italiano il provvedimento provvisorio per misure d’urgenza richiesto dai ricorrenti nel caso *Rackete e altri c. Italia* (in quanto non ha ravvisato un rischio imminente di irreparabilità del danno), ha però chiesto alle autorità italiane di continuare a fornire alle persone a bordo tutta l’assistenza necessaria in virtù della loro condizione di vulnerabilità.

⁶ Disponibile all’indirizzo <https://www.ispionline.it/it/ricerca/migrazioni>.

porti italiani mai veramente chiusi, assenza di picchi nel periodo estivo per il triennio 2017-2019, arrivi via mare in calo⁷, aumento dei micro-sbarchi. Al contempo, secondo un *trend* comune ad altri Stati Membri, sensibile diminuzione dei rimpatri dei migranti irregolari (a livello nazionale ed europeo).

L'emergenza è dunque altrove, come altro è lo scopo (il per che cosa) del decreto sicurezza *bis*.

Il primo scopo (pienamente centrato) del decreto sicurezza *bis* è la polarizzazione dell'attenzione su un frammento d'immagine (la selezione - per legge - del luogo del conflitto politico-istituzionale): un porto, una nave carica di migranti (tutto quanto accade attorno, dai micro sbarchi agli scarsi ritorni, è nella semi oscurità), una magistratura penale che restituisce le navi sequestrate (facendo già immaginare allo spettatore un altro porto, un'altra nave carica: si vedano, ad esempio, i casi di sequestro probatorio applicati alle navi Open Arms, Mare Jonio, Mediterranea Saving Humans).

Il secondo obiettivo (anch'esso centrato) è quella della riscrittura – sempre per legge – della scena, personaggi e ruoli inclusi: un ministro che, con autorità e prontezza, interviene in quel frammento d'immagine, un capitano della nave che disobbedisce compiendo un illecito, un Prefetto che sanziona e obbligatoriamente (diversamente da quella magistratura che si era vista in quel primo frammento d'immagine) confisca la nave e la mette nella disponibilità delle Forze dell'ordine.

Un'ordinanza cautelare del Tar Lazio [Tar Lazio, sez. 1ter. ordinanza 14 agosto 2019, n. 5479] ha messo in discussione l'operatività di questo disegno, riproponendo l'interrogativo: gli artt. 1 e 2 del decreto sicurezza *bis* erano davvero necessari?

Sicuramente una politica di asilo non europea ha enormi costi⁸. Non sono costi solo economici: piuttosto, sono costi in termini di indebolimento delle democrazie nazionali europee e, quindi, dell'Europa.

⁷ Come dimostrano i dati raccolti dalla Commissione Europea in Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Progress Report on the Implementation of the European Agenda on Migration*, COM(2019) 126 final, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20190306_com-2019-126-report_en.pdf e dal Ministero dell'interno, disponibili all'indirizzo <https://www.interno.gov.it/it/notizie/ricollocati-i-migranti-sulla-ocean-viking-possono-sbarcare-pozzallo>.

⁸ Cfr. EPRS, *The cost of non-Europe in Asylum policy*, disponibile all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU\(2018\)627117](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2018)627117); J.P. VAN WOLLEGHEM, *If Dublin IV were in place during the refugee crisis... A simulation of the effect of mandatory relocation*, 2018.

L'emergenza rimane, ma non è né l'emergenza segnata dai flussi del 2015, né l'emergenza che è servita ad attivare il decreto sicurezza *bis*: è un'emergenza ordinaria segnata da uno stillicidio di tragiche morti nel “nostro” mare⁹, un fenomeno con cui la politica nazionale ed europea dovrà convivere a lungo, alimentata non più solo dai conflitti e dalle atrocità di regimi illiberali, ma dal *land grabbing* e dal cambiamento climatico, in cui sempre meno sarà possibile distinguere tra migranti economici e richiedenti asilo.

Saprà la politica (anche europea) trovare in questa necessità, così poco spendibile sul piano del consenso, un *driver* per il cambiamento di rotta?

Le occasioni per dare dei segnali concreti non mancano: alcune importantissime riforme del sistema europeo dell'immigrazione – in larga parte scaturite dalla crisi migratoria del 2015 – attendono di essere approvate¹⁰. Tali riforme sono essenziali per delineare un approccio pienamente integrato e “di sistema”, capace di coordinare tra loro politiche e interventi di segno diverso [compreso la leva “visti” per favorire la cooperazione al rimpatrio dei migranti irregolari¹¹]. Tali riforme sono però essenziali anche a stabilire una nuova alleanza tra *rule of law* ed efficienza amministrativa su scala europea¹² questa alleanza non solo è capace di svuotare, dall'interno, la retorica dei “porti chiusi”, ma anche ad accrescere il peso dell'UE sulla scena internazionale, ove si gioca buona parte della “partita” migratoria e dell'efficacia della risposta “europea”.

Nel frattempo si procede per piccoli passi, concreti quanto incerti: la bozza politica di accordo raggiunta a Malta il 23-24 settembre scorso da 4 Ministri dell'interno europei è già messa in discussione¹³, sia per il primato che essa accorda alla rotta del Mediterraneo centrale (si pensi, al di là del

⁹ CE, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Progress Report on the Implementation of the European Agenda on Migration*, COM(2019) 126 final; dati del Cassetto giornaliero, cit.

¹⁰ Cfr. Camera dei deputati, L'agenda europea sulla migrazione, 4 settembre 2019, disponibile all'indirizzo https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1105644.pdf?_1566573996938.

¹¹ Cfr. Regolamento (UE) 2019/1155 sul Codice comunitario dei visti.

¹² CE, *Progress Report on the Implementation of the European Agenda on Migration*, cit., 2; Presidente della CE, Discorso di apertura della sessione plenaria del parlamento europeo, 16 luglio 2019, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/italy/news/ursula-von-der-leyen-discorso-di-apertura-della-seduta-plenaria-del-parlamento-europeo_it.

¹³ Consiglio GAI, Lussemburgo 7-8 ottobre 2019.

fronte orientale, alla nuova ondata migratoria dal fronte siriano che coinvolge la Grecia), sia (soprattutto) per il timore che essa possa servire da premessa a un modello di revisione delle regole di redistribuzione dei migranti. Cautela è mostrata dagli stessi firmatari, che aggiungono *caveat* e timori (Parigi vorrebbe accogliere solo i richiedenti asilo, mentre la Germania è preoccupata per l'intensificarsi delle attività di salvataggio).

Insomma, il nodo è, e rimane, la solidarietà tra Stati.

Come ammoniva Simone Veil a Strasburgo nel 1979, vi sono alcune sfide che possono essere vinte dagli Stati solo nella dimensione europea. A dare lo slancio necessario non basta che un giudice costituzionale (il *Conseil Constitutionnel* francese) riaffermi il valore (meta)costituzionale della *fraternité* (Décision n° 2018-717/718 QPC del 6 luglio 2018¹⁴) e chiami il legislatore a conformare ad esso il sistema interno di protezione internazionale (Loi 2018-778).

Né basterà che un altro giudice costituzionale lo segua¹⁵, o che il nuovo Ministro della Repubblica decida di non chiudere i porti (disapplicando l'art. 1 o, meglio, semplicemente applicandolo in ottica costituzionalmente orientata)¹⁶. I porti chiusi, e il loro *nomos*, non sono altro che un segmento lungo l'incerta traiettoria della solidarietà tra Stati su scala europea.

¹⁴ La decisione, che comunque distingue la fratellanza prestata al migrante irregolare già sul territorio francese da quella all'ingresso, è disponibile all'indirizzo https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm

¹⁵ Cfr. però, Corte Suprema degli Stati Uniti, opinione 11 settembre 2019_sul cd. blocco alle domande di asilo, *Sotomayor dissenting*, disponibile all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/19a230_k53l.pdf

¹⁶ Cfr., sull'obbligo di assistenza dei migranti a bordo delle navi, Corte Edu, 25 giugno 2019, *Rackete e altri c. Italia*. https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/19a230_k53l.pdf.

LA PROTEZIONE TEMPORANEA PER MOTIVI UMANITARI
NEL SISTEMA DI TUTELA DELLE PERSONE MIGRANTI
DELINEATO DAL DECRETO SICUREZZA I

Omar Makimov Pallotta*

SOMMARIO: 1. L'abrogazione della protezione umanitaria. – 2. La protezione temporanea per motivi umanitari. – 3. Le uniche due applicazioni dell'art. 20 del TU immigrazione: tratti differenziali e tratti comuni. – 4. L'autonoma rilevanza della protezione temporanea per motivi umanitari.

1. *L'abrogazione della protezione umanitaria*

La l. n. 132/2018, convertendo il d.l. n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza I), ha consolidato la ridefinizione del sistema di tutela dei migranti richiedenti protezione in Italia. Come noto, una delle misure cardine della novella legislativa consiste nella parziale abrogazione dell'art. 5, comma 6, del Testo unico in materia di immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), che prevedeva il divieto di rifiutare o revocare un permesso di soggiorno in presenza di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Tale abrogazione non vale a liberare lo Stato dagli obblighi di protezione imposti dalla Costituzione o dal diritto internazionale. A non rilevare più, ai fini di una eventuale tutela del richiedente, sono i soli motivi di carattere umanitario; la Cassazione individua questi ultimi nelle esigenze «concernenti diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale e internazionale»¹; in dottrina li si è fatti corrispondere, invece, ad eventuali ragioni ritenute «socialmente compassionevoli» che possano giustificare un intervento dello Stato². Da ultimo, i motivi di carattere umanitario potrebbero consistere, in via residuale, nelle situazioni oggettive relative al Paese d'origine del richiedente, laddove le condizioni soggettive – ossia relative a lesioni concrete di diritti fondamentali – continuerebbero a giustificare l'intervento delle autorità competenti in forza di

* Dottorando di ricerca in Global Studies. Justice, Rights, Politics, Università degli Studi di Macerata.

¹ Cass. civ., sez. I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455.

² N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2018, 14-15.

quegli obblighi costituzionali e internazionali di protezione già menzionati dalla norma abrogata³. Il presente scritto ha l'obiettivo di verificare se, nonostante l'avvenuta abrogazione, sussistano nell'ordinamento strumenti che possano comunque garantire protezione al migrante costretto ad abbandonare il Paese d'origine per motivi umanitari.

2. *La protezione temporanea per motivi umanitari*

Conseguenza dell'abrogazione della protezione umanitaria è l'impossibilità di rilasciare un permesso di soggiorno in presenza di «seri motivi (...) di carattere umanitario». La menzione di esigenze umanitarie che possano giustificare il riconoscimento di una forma di protezione si ritrova, tuttavia, nell'art. 20 del d.lgs. n. 286/1998, rubricato «misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali», che recita: «Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato d'intesa con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale, e con gli altri Ministri eventualmente interessati, sono stabilite, nei limiti delle risorse preordinate allo scopo nell'ambito del Fondo di cui all'art. 45, le misure di protezione temporanea da adottarsi, anche in deroga a disposizioni del presente Testo unico, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione europea».

La disposizione menzionata permette, in presenza di «rilevanti esigenze umanitarie», di riconoscere con d.P.C.M. (autorizzato a derogare, ove necessario, alle norme del Testo unico) forme di protezione temporanea a beneficio di individui provenienti da Paesi non-UE colpiti da eventi funesti particolarmente gravi. Si tratta di una forma di protezione collettiva e non individuale, che non ha, tuttavia, quale presupposto un afflusso massiccio di sfollati (a differenza della protezione temporanea di cui al d.lgs. n. 85/2003 – attuativo della direttiva 2001/55/CE – che proprio all'art. 20 rinvia). Ciò posto, il d.P.C.M. adottato ai sensi dell'art. 20 permette a tutti coloro che approdino in Italia dopo essere fuggiti dal luogo colpito dall'evento funesto di ottenere un permesso di soggiorno e può essere preceduto da un d.P.C.M. che dichiari lo stato di emergenza sul territorio nazionale a causa dell'afflusso di migranti (effettivo o anche solo potenziale) provenienti dall'area interessata.

³ Vedasi, se si vuole, O.M. PALLOTTA, *Il migrante ambientale dinanzi al giudice e il problema degli obblighi di protezione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2019, p. 1816 ss, spec. 1822-1823.

L'art. 20 del Testo unico non è idoneo a fondare un diritto in capo al migrante che giunga nel territorio della Repubblica. La «protezione temporanea per motivi umanitari», infatti, non trova dettagliata disciplina nell'articolo in questione, il quale si limita ad attribuire al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di stabilire con decreto le misure di protezione temporanea che egli assuma essere consone in relazione all'evento di particolare gravità. Rientra nel margine di discrezionalità attribuito al vertice dell'esecutivo la scelta di accordare una forma di protezione più o meno ampia rispetto a quelle stabilmente contemplate dall'ordinamento. Tra l'altro, lo stesso art. 20 precisa che le relative misure previste dal decreto presidenziale possano essere disposte financo «in deroga a disposizioni del presente Testo unico», destando perplessità in ordine alla legittimità costituzionale della disposizione, che finirebbe per ammettere l'introduzione di nuove forme di protezione – pur se temporanee – senza alcun tipo di controllo parlamentare, né preventivo, né successivo all'adozione delle medesime.

3. *Le uniche due applicazioni dell'art. 20 del TU immigrazione: tratti differenziali e tratti comuni*

A partire dal momento dell'entrata in vigore del Testo unico in materia di immigrazione, vi sono state solo due applicazioni dell'art. 20: una nel 1999, in occasione del conflitto del Kosovo⁴; un'altra nel 2011, in occasione della “Primavera araba” e dei conseguenti flussi migratori provenienti dai Paesi del Nord Africa⁵. In entrambi i casi, i decreti sono stati preceduti dalla dichiarazione dello stato di emergenza nel territorio nazionale⁶. Le forme di protezione concesse per il tramite dei menzionati decreti, tuttavia, sono diverse. Infatti, nel caso più risalente si disponeva il rilascio, da parte del Questore, di un «permesso di soggiorno per motivi di protezione temporanea valido per la permanenza nel solo territorio nazionale fino al 31 dicembre 1999»⁷. Si prevedeva, poi, un'estensione «allo studio e al lavoro» del permesso di soggiorno di cui sopra, il quale poteva essere rinnovato «dopo la prima scadenza, con cadenza semestrale (...) sino al permanere dell'esigenza di

⁴ d.P.C.M del 12 maggio 1999.

⁵ d.P.C.M del 5 aprile 2011.

⁶ d.P.C.M del 26 marzo 1999 e d.P.C.M del 12 febbraio 2011.

⁷ Art. 2, comma 1, d.P.C.M del 12 maggio 1999.

protezione»⁸. Si trattava, insomma, di un permesso di soggiorno “speciale” «per motivi di protezione temporanea», avente contenuto peculiare e comunque diverso rispetto a quello rilasciato ai beneficiari di altre forme di protezione. Diverso il caso del 2011: venne allora previsto il rilascio, da parte del Questore, di «un permesso di soggiorno per motivi umanitari della durata di sei mesi, ai sensi dell’art. 11, comma 1, lett. c-ter) del d.P.R. 31 agosto 1999 n. 394»⁹, corrispondente alla protezione umanitaria ex art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286/1998. Ai cittadini del Nord Africa, dunque, fu accordata la protezione umanitaria (di durata semestrale, seppur rinnovabile – ma senza menzioni esplicite di possibili proroghe – e con tutto il suo abituale corredo di diritti esercitabili dal beneficiario) e non già una forma di protezione specificamente plasmata sulla base della concreta esigenza umanitaria manifestatasi (come sembrava essere accaduto, al contrario, nel 1999).

Le due menzionate applicazioni dell’art. 20 sono separate da più di dieci anni di sviluppo del diritto dell’immigrazione; al momento dell’adozione del decreto del 1999, era trascorso meno di un anno dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 286 del 1998, il quale aveva tentato di dare ordine ad un quadro normativo quanto mai frammentato in materia di stranieri e migrazioni. La protezione umanitaria si trovava, allora, soltanto sulla carta (nella forma del divieto di revocare o rifiutare un permesso di soggiorno in presenza di seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi internazionali o costituzionali dello Stato); a ciò si aggiunga, inoltre, che nell’aprile 1999 il decreto attuativo del Testo unico non era stato ancora emanato e le disposizioni circa il rilascio di un permesso per motivi umanitari sarebbero state introdotte nell’art. 11 del d.P.R. n. 394 soltanto cinque anni dopo, per mezzo del d.P.R. n. 334 del 2004. Insomma, l’allora Presidente del Consiglio dei Ministri D’Alema non avrebbe potuto far ricorso, al fine di tutelare le vittime del conflitto kosovaro, alla protezione umanitaria di cui all’art. 5, comma 6, del Testo unico in materia di immigrazione, la quale si trovava ancora, per così dire, in uno “stato embrionale”. Tuttavia, lasciando l’art. 20 un ampio margine di manovra al vertice dell’esecutivo circa la definizione della protezione più idonea al caso concreto, all’epoca si optò per il rilascio di un «permesso di soggiorno per protezione temporanea», di durata semestrale, prorogabile ed esteso al lavoro e allo studio. La piena operatività dell’istituto della protezione umanitaria, che avrebbe espresso appieno le sue potenzialità nel corso della seconda metà degli anni duemila, ha indotto nel 2011 il Presidente del

⁸ Art. 2, comma 4, d.P.C.M del 12 maggio 1999.

⁹ Cfr. art. 2, comma 1, d.P.C.M del 5 aprile 2011.

Consiglio Berlusconi non già a chiedere di plasmare *ex novo* una forma sui generis di protezione, bensì a ricorrere, più semplicemente, alla protezione umanitaria propriamente detta. Quest'ultima, infatti, nel corso del tempo si era rivelata la forma di tutela più duttile, cui far riferimento in tutti quei casi che non rientrassero tra le ipotesi contemplate dagli istituti di matrice internazionale o sovranazionale.

La lettura "incrociata" dei d.P.C.M del 1999 e del 2011 fa emergere un tratto differenziale ed uno comune. Quanto al primo, la protezione temporanea disposta in occasione del conflitto del Kosovo può essere qualificata come "preventiva". Infatti, il d.P.C.M del 5 aprile fa riferimento ad un «eventuale eccezionale esodo delle popolazioni provenienti dalle zone di guerra»; anche il decreto del marzo 1999 giustifica lo stato di emergenza in virtù dell'esigenza di «fronteggiare» uno «stato di pericolosità». Il ricorso alla protezione temporanea per motivi umanitari nel 1999 è stato dettato, dunque, dal mero pericolo di un afflusso massiccio di migranti provenienti dalle zone colpite dal conflitto. Non così nel caso del decreto del febbraio 2011, il quale fa seguito – come si legge nel testo – ad una «grave situazione di emergenza umanitaria determinatasi a seguito dello sbarco di migliaia di cittadini provenienti dai Paesi del Nord Africa di sponda mediterranea»; la protezione temporanea concessa ai migranti nordafricani nel 2011 si giustificava, al contrario di quella disposta nel 1999, sulla base di un già esistente flusso migratorio che dalle sponde africane del Mediterraneo si dirigeva verso la penisola. Si era, insomma, già oltre quel pericolo che aveva indotto l'esecutivo, più di dieci anni addietro, a ricorrere all'art. 20 del Testo unico.

Quanto al tratto comune, la lettura dei decreti permette di comprendere la natura delle «esigenze umanitarie» che lo stesso art. 20 pone a fondamento della protezione temporanea: in entrambi i casi esaminati, esse non paiono in alcun modo essere connesse alla condizione soggettiva degli individui interessati, ovvero ad una eventuale *deminutio* dei loro diritti fondamentali; piuttosto, tali esigenze umanitarie sembrano corrispondere alle condizioni oggettive, ossia relative ai Paesi d'origine dei migranti (presenza di un conflitto bellico o, per riprendere le parole del d.P.C.M del febbraio 2011, di un «clima di grave instabilità politica»). Ciò si comprende meglio se si considerano gli adempimenti richiesti al Questore tenuto a rilasciare il permesso di soggiorno: in entrambi i casi, questi era tenuto esclusivamente (e, nell'ipotesi del 1999, «possibilmente») a verificare «la provenienza e la nazionalità degli interessati»; una volta accertato che si trattasse di migranti provenienti dalla Repubblica federale di Jugoslavia (1999) o – generalmente – dai Paesi del Nord Africa (2011), il Questore era tenuto a rilasciare il permesso. Non era,

dunque, richiesto alcun vaglio circa lo stato di vulnerabilità soggettiva dei migranti che si fossero presentati dinanzi all'autorità competente.

4. *L'autonoma rilevanza della protezione temporanea per motivi umanitari*

Che cosa è cambiato in seguito all'abrogazione della protezione umanitaria disposta dal decreto sicurezza I? Qualora si decidesse oggi di far ricorso alla protezione temporanea per motivi umanitari, il Presidente del Consiglio non potrebbe più disporre il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, in virtù della menzionata abrogazione. L'esecutivo potrebbe, però, plasmare un'autonoma forma di protezione temporanea, riempiendola del contenuto più idoneo a far fronte all'emergenza umanitaria di volta in volta considerata, modulando la durata del permesso, i diritti di cui i beneficiari possano godere e così via, eventualmente avvalendosi della possibilità di derogare alle disposizioni dello stesso Testo unico. Lasciando impregiudicato il riferimento alle «rilevanti esigenze umanitarie» di cui all'art. 20, il decreto sicurezza I non elimina in termini generali la possibilità di accordare protezione al migrante per motivi carattere umanitario (attinenti alla grave situazione politica, sociale, ambientale registrata in una data area). Sebbene la protezione temporanea per motivi umanitari non abbia i caratteri di stabilità propri della protezione umanitaria, che costituiva una clausola generale idonea a fondare un diritto soggettivo in capo al richiedente che ne soddisfacesse i requisiti (la relativa pronuncia giudiziaria era, infatti, considerata dichiarativa e non già costitutiva della situazione giuridica), in presenza di una crisi umanitaria in un Paese non appartenente all'Unione europea, il vertice dell'esecutivo può comunque decidere di accordare a coloro che fuggano da quell'area una forma di tutela potenzialmente più ampia e comprensiva della stessa abrogata protezione ex art. 5, comma 6, del Testo unico. Ciò, come suggerisce la (pur limitata) prassi applicativa, può avvenire anche immediatamente dopo il verificarsi di un evento funesto in un dato Paese (guerra, epidemia, disastro naturale) e, in astratto, anche laddove vi sia solo il rischio che possa prendere avvio un flusso migratorio diretto verso l'Italia.

In conclusione, l'abrogazione della protezione umanitaria non vale ad eliminare ogni possibilità di accordare tutela all'individuo che sia costretto ad abbandonare il Paese d'origine per ragioni umanitarie: il migrante può ricevere protezione, subordinatamente ad una decisione dell'esecutivo, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 286/1998; tale disposizione guadagna così una autonoma rilevanza nel sistema di tutela delle persone migranti in Italia.

DECRETO SICUREZZA-BIS: UNA RIFORMA È URGENTE
(BENCHÉ L'ARMA SIA ORMAI SPUNTATA)

Stefano Zirulia*

SOMMARIO: 1. L'annunciata riforma del decreto sicurezza-*bis*: un intervento all'ordine del giorno? – 2. Un passo indietro: le novità del decreto sicurezza-*bis* in materia di immigrazione e le prassi del governo Conte. – 3. Proposte di riforma e proposte di abolizione. – 4. In attesa del legislatore: la sentenza della Cassazione sul caso *Rackete* e la liceità delle condotte di disobbedienza ai divieti di ingresso.

1. *L'annunciata riforma del decreto sicurezza-bis: un intervento all'ordine del giorno?*

Uno degli ultimi atti compiuti dal Governo c.d. giallo-verde prima della crisi di agosto 2019 è stata la conversione in legge del c.d. decreto sicurezza-*bis* (legge 8 agosto 2019, n. 77), accompagnata da significative modifiche del testo originario (d.l. 14 giugno 2019, n. 53). Come già accaduto rispetto al primo decreto sicurezza, varato nell'autunno 2018, anche in questo caso il passaggio è avvenuto ponendo la fiducia sulla legge di conversione, a conferma di una prassi che finisce per obliterare il contributo del Parlamento nella definizione dei contenuti di discipline di rango primario.

Due le principali novità introdotte dal decreto sicurezza-*bis* al Testo Unico immigrazione: l'assegnazione al Ministro dell'Interno del potere di emanare divieti di ingresso alle navi private che trasportano stranieri irregolari (art. 11, comma 1-*ter* T.U. imm.); la previsione di severe sanzioni amministrative pecuniarie, nonché della confisca dell'imbarcazione, per i trasgressori di quegli ordini (art. 12, comma 6-*bis* T.U. imm.).

Tra i punti originariamente posti dal Partito Democratico come condizione per l'intesa con il Movimento 5 Stelle nella formazione della nuova maggioranza c'era l'abolizione di entrambi i decreti sicurezza. Tali propositi sono tuttavia usciti ridimensionati dalle trattative, come è subito emerso dai passaggi del discorso del Presidente del Consiglio designato per ottenere la fiducia, nei quali si parlava di “rivedere” la disciplina in materia di sicurezza

* Ricamatore di diritto penale, Università degli Studi di Milano

precedentemente varata alla luce delle osservazioni critiche formulate dal Presidente della Repubblica. Ad oggi, tuttavia, nemmeno questi più blandi interventi hanno ancora visto la luce. Anzi, il dibattito sulla riforma dei decreti sicurezza è rimasto sostanzialmente quiescente nel corso dell'autunno e solo di recente si è riaffacciato alla scena politica. Nel vertice di Governo del 17 febbraio 2020 si è discussa, tra l'altro, la possibilità di ridurre le sanzioni amministrative previste dal decreto sicurezza-*bis*; tuttavia, come riportano i media¹, anche su questa proposta minima non sembra essere stata ancora raggiunta un'intesa.

2. *Un passo indietro: le novità del decreto sicurezza-bis in materia di immigrazione e le prassi del governo Conte 2*

Come già ricordato, il decreto sicurezza-*bis* ha dotato il Testo Unico immigrazione di norme che attribuiscono al Ministro dell'Interno strumenti coercitivi per impedire l'ingresso di navi private nelle acque territoriali, per ragioni connesse al controllo delle frontiere e dei flussi migratori irregolari. Il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 11 T.U. imm. conferisce al Ministro dell'Interno – di concerto con i Ministri della difesa e dei trasporti, e informato (ma non “sentito”) il Presidente del Consiglio – il potere di emanare provvedimenti volti a vietare o limitare l'ingresso, il transito o la permanenza nelle acque territoriali di navi (escluse quelle militari o in servizio governativo non commerciale), laddove ricorrano due ordini di presupposti alternativi: i) “motivi di ordine e sicurezza pubblica”; ii) concretizzazione delle condizioni di cui all'art. 19, comma 2, lett. g) della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982, norma che a sua volta individua, quale ipotesi di passaggio non inoffensivo (o “pregiudizievole”) di nave straniera nelle acque territoriali, il caso in cui tale nave effettui “il carico o lo scarico di (...) persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero”.

Nei confronti dei trasgressori dei divieti di ingresso, segnatamente il comandante della nave e l'armatore a titolo di responsabilità solidale, il nuovo comma 6-*bis* dell'art. 12 T.U. imm. prevede la sanzione amministrativa pecuniaria da 150.000 a 1 milione di euro, nonché la confisca obbligatoria dell'imbarcazione, preceduta da sequestro immediato. Tale apparato sanzionatorio, frutto di modifiche introdotte in sede di conversione, risulta signifi-

¹ V. *Decreti sicurezza, le modifiche di Lamorgese scaldano solo Salvini*, in Linkiesta, 18.2.2020.

cattivamente più severo di quello inizialmente previsto dal decreto-legge (sanzione pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro e confisca solo in caso di reiterazione della condotta). Tanto è vero che una delle proposte di riforma attualmente sul tavolo del Governo, come vedremo meglio *infra*, consiste nel ritorno alle più miti previsioni originarie.

Peraltro, al di là delle già ricordate difficoltà di realizzare le riforme in cantiere, un segnale incoraggiante dell'inizio di una nuova stagione è senz'altro rappresentato dal fatto che il Ministro dell'Interno in carica non solo non ha mai esercitato il potere di interdizione navale previsto dal decreto sicurezza-bis, ma ha per ora concesso l'attracco nei porti italiani alle navi delle ONG impegnate nelle attività di *search and rescue*, ancorché dopo lunghe attese necessarie per negoziare di volta in volta la redistribuzione dei richiedenti asilo tra gli Stati Membri. Lo sviluppo di prassi virtuose da parte dell'attuale Governo – pur con alcune riserve derivanti dai lunghi tempi di attesa nel corso dei negoziati, che comportano inutili *surplus* di sofferenze per le persone vulnerabili a bordo – non fa comunque venire meno la necessità di intervenire per rimuovere una disciplina che, specialmente nella versione uscita dalla conversione in legge, presta il fianco a diversi ordini di censure, come nel prosieguo verrà illustrato.

3. *Proposte di riforma e proposte di abolizione*

Come accennato, la linea riformatrice prevalente all'interno del Governo in carica sembra essere nel senso di riportare le sanzioni amministrative previste dal decreto sicurezza-*bis* al regime precedente alla conversione in legge. Questa soluzione, tuttavia, non convince.

Contrariamente a quanto spesso viene dichiarato, non è vero che tale intervento consentirebbe, da solo, di allineare le norme in questione alle osservazioni critiche formulate dal Presidente della Repubblica in sede di promulgazione della legge di conversione. In realtà, nella lettera indirizzata ai Presidenti di Camera e Senato ed al Presidente del Consiglio², Sergio Mattarella non si limitava a lamentare una generica sproporzione delle sanzioni, né tantomeno suggeriva che quelle originariamente previste dal decreto-legge fossero prive di criticità. L'argomento era più articolato e merita di essere riportato per esteso: «Osservo che, con riferimento alla violazione delle norme

² V. Mattarella promulga la legge di conversione del decreto sicurezza bis e scrive ai Presidenti di Senato, Camera e Consiglio dei Ministri, Quirinale.it, 8.8.2019.

sulla immigrazione non è stato introdotto alcun criterio che distingua quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente posta in essere, alle ragioni della presenza di persone accolte a bordo e trasportate. Non appare ragionevole – ai fini della sicurezza dei nostri cittadini e della certezza del diritto – fare a meno di queste indicazioni e affidare alla discrezionalità di un atto amministrativo la valutazione di un comportamento che conduce a sanzioni di tale gravità». Dunque, il problema della *gravità* delle sanzioni, pur sollevato dalla missiva, è da leggersi in rapporto alla disciplina in ordine ai *presupposti* per la loro applicazione: è l'eccessiva vaghezza di questi ultimi, rapportata a sanzioni di calibro così elevato, a determinare il vizio di irragionevolezza evidenziato dal Presidente. Prima ancora della (pur necessaria) mitigazione delle misure sanzionatorie, il legislatore è dunque chiamato a riformulare il *precetto*, specificando meglio i presupposti che legittimano l'emissione dei divieti. Il che significa, se vediamo correttamente – tenuto conto anche del successivo richiamo di Mattarella al rispetto degli obblighi internazionali gravanti sul Paese –, escludere dal campo di applicazione delle misure in questione le navi che chiedono un *POS* dopo avere effettuato operazioni di soccorso, a prescindere dalla nazionalità delle persone trasportate: tanto in omaggio alle *Linee guida del Maritime Safety Committee (in seno all'International Maritime Organisation) sul trattamento delle persone salvate in mare (Resolution MSC.167(78) del 2004)* secondo cui le “*non-SAR considerations*”, inclusa dunque la determinazione dello *status* in base alle leggi sull'immigrazione, devono essere affrontate *successivamente allo sbarco* (punti nn. 6.19-6.20). È chiaro che una modifica di questo genere determinerebbe la “morte” del decreto sicurezza-*bis*, almeno per come era stato concepito dal Governo che l'ha emanato, atteso che i divieti non potrebbero più essere indirizzati alle ONG che svolgono attività *SAR* lungo la rotta del Mediterraneo centrale. Questa considerazione, peraltro, lungi dal rimettere in discussione quanto poc'anzi affermato, suggerisce piuttosto che l'intervento più coerente con la richiamata normativa sovranazionale sia quello dell'abolizione *tout court* delle norme in esame.

In assenza di volontà politica di procedere in tal senso, l'intervento minimo è rappresentato dalla modifica dell'apparato sanzionatorio. Viene in rilievo, a tale proposito, l'esplicito richiamo, pure racchiuso nella lettera del Presidente della Repubblica, alla sentenza della Corte Costituzionale n. 112/2019, che ha esplicitamente esteso il principio di proporzionalità delle pene alle sanzioni amministrative afflittive (nel caso di specie si trattava della sanzione pecuniaria e della confisca dell'intero prodotto del reato, rispetto a condotte di *insider trading*). In quell'occasione la Consulta ha af-

fermato che «*sanzioni amministrative manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto alla gravità dell'illecito violano (...) l'art. 3 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione, nonché – nell'ambito del diritto dell'Unione europea – l'art. 49, paragrafo 3, CDFUE*» (n. 8 del considerato in diritto). Il carattere manifestamente eccessivo della sanzione viene dunque misurato dalla Consulta alla luce dei «*legittimi scopi di prevenzione generale e speciale perseguiti dalla norma (...)*» (n. 8.3). Ebbene, questo tipo di ragionamento ben potrebbe essere trasferito, *mutatis mutandis*, sulle sanzioni amministrative – anche qui: pecuniarie ed ablatorie – previste a carico dei comandanti delle imbarcazioni che violano i divieti di ingresso ministeriale emessi in base al decreto sicurezza-bis. A fronte delle finalità di prevenzione di condotte elusive della disciplina sull'immigrazione (così recita il preambolo del decreto sicurezza-bis), appare invero inusitato minacciare sanzioni di tale intensità: sia in ragione della gravità tutto sommato contenuta dell'illecito, trattandosi della mera disobbedienza ad un ordine, priva di immediati riflessi negativi su interessi finali; sia e forse soprattutto in ragione del **chilling effect** che le stesse potrebbero dispiegare rispetto alle operazioni di soccorso che qualunque imbarcazione, incluse quelle commerciali, potrebbe trovarsi ad effettuare (in adempimento di un preciso dovere) lungo la rotta del Mediterraneo centrale. Il timore di vedersi bloccati per giorni al di fuori delle acque territoriali, sotto minaccia di conseguenze economiche rilevanti, potrebbe da un lato scoraggiare i salvataggi di persone facilmente identificabili come migranti irregolari, dall'altro suggerire ai mercantili di riportare i naufraghi in Libia, con prevedibili conseguenze in termini di sacrificio di vite umane e violazioni dei diritti umani (cfr. i casi di omissione di soccorso e respingimento in Libia documentati da un recente Rapporto di *Alarm Phone* dell'8.1.2020³; nonché le osservazioni formulate dal Commissario per i diritti umani a titolo di *amicus curiae* dinanzi alla Corte EDU nel caso *S.S. e altri c. Italia*⁴).

³ Cfr. *Analisi Regionale del Mediterraneo Centrale (1° ottobre – 31 dicembre 2019)*, 8.1.2020, Alarmphone.org.

⁴ Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 3, of the European Convention on Human Rights Application No. 21660/18 S.S. and others v. Italy, CommDH(2019)29, 15.9.2019.

4. *In attesa del legislatore: la sentenza della Cassazione sul caso Rackete e la liceità delle condotte di disobbedienza ai divieti di ingresso*

Il 20 febbraio 2020 sono state depositate le motivazioni della pronuncia con la quale la Cassazione ha giudicato illegittimo l'arresto della comandante della nave *Sea Watch* Carola Rackete⁵ (*rectius*: ha rigettato il ricorso del PM avverso l'ordinanza del GIP di Agrigento che aveva negato la convalida dell'arresto), in relazione ai reati di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) e resistenza a nave da guerra (art. 1100 cod. nav.) di cui era accusata per avere fatto ingresso nel porto di Lampedusa contravvenendo ad un divieto emesso sulla base del decreto sicurezza-*bis*, nonché agli art della Guardia di Finanza, ed urtando una motovedetta in fase di attracco.

La Suprema Corte ha avuto così occasione di soffermarsi sul fondamento e l'estensione del dovere di soccorso gravante sui comandanti delle navi, giungendo alla conclusione secondo cui la causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. (adempimento di un dovere), letta congiuntamente alle convenzioni sul diritto del mare ratificate dall'Italia (Convenzione SOLAS di Londra del 1974, Convenzione SAR di Amburgo del 1979, Convenzione UNCLOS di Montego Bay del 1982), nonché alle già richiamate linee guida del Organizzazione Marittima Internazionale MSC.167(78) del 2004, copre l'intera operazione SAR, a cominciare dal recupero vero e proprio fino allo sbarco in un porto sicuro; ed ha altresì chiarito che quest'ultimo, a fronte dell'eventuale inerzia degli Stati costieri, può e deve essere individuato dal soggetto garante delle vite dei naufraghi, ossia il comandante.

È peraltro evidente che, se l'adempimento del dovere legittima financo condotte integranti resistenza a pubblico ufficiale, *a fortiori* potrà legittimare, laddove sussistano analoghe condizioni di fatto, le condotte che violano i divieti di ingresso emessi ai sensi del decreto sicurezza-*bis*. Con l'ulteriore conseguenza che le relative sanzioni non potranno trovare applicazione o comunque potranno essere annullate per violazione di legge, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 689/1981 (che estende esplicitamente l'operatività dell'adempimento del dovere alle sanzioni amministrative).

⁵ Cass. Pen., sez. I, sentenza del 16 gennaio 2020, n. 6626. Per un primo commento, v. L. MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione giustizia*, 26 febbraio 2020; per ulteriori approfondimenti, volendo, C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, n. 3, pp. 659-687.

Anche laddove – come purtroppo l'attuale compagine politica lascia prevedere – la riforma del decreto sicurezza-*bis* tardasse o comunque fosse contenutisticamente insoddisfacente, la ricostruzione in sede giudiziaria degli obblighi di soccorso e della loro estensione fino allo sbarco sulla terraferma offre già oggi un solido riferimento normativo per ritenere superata la stagione delle sanzioni nei confronti delle ONG (e di qualunque altro privato trasporti dei naufraghi in un porto italiano). Quanto mai importante, peraltro, è la corretta diffusione di queste informazioni ai comandanti delle navi private, affinché siano maggiormente consapevoli dei margini di manovra lecita che hanno a disposizione e non si lascino condizionare da quel *chilling effect* che purtroppo tuttora sembra scaturire dalle disposizioni esaminate, e che ormai costituisce la ragione principale a sostegno di una loro riscrittura (o, ancora meglio, abolizione).

L'IMMIGRAZIONE E L'ASILO AI TEMPI DEL COVID-19

ESIGENZE DI TUTELA E NUOVI BILANCIAMENTI: IL TRATTAMENTO DELLO STRANIERO IN TEMPO DI PANDEMIA

Cecilia Corsi*

SOMMARIO: 1. Le “nuove” vulnerabilità degli stranieri presenti in Italia. – 2. Gli arrivi sul nostro territorio: tra nuove e vecchie criticità. – 3. Rendere visibili gli “invisibili”. – 4. Nuovi bilanciamenti e vecchie contraddizioni.

1. *Le “nuove” vulnerabilità degli stranieri presenti in Italia*

L'emergenza sanitaria che stiamo attraversando, ormai da diversi mesi, ha inciso pesantemente anche sul trattamento degli stranieri presenti sul nostro territorio. E come è facilmente immaginabile, coloro che già si trovavano in situazioni di maggior fragilità hanno patito un'ulteriore precarizzazione della loro condizione. Tanti i diritti fondamentali coinvolti e tanti gli interventi *ad hoc* dei pubblici poteri: a partire dalle autorità statali, dalle autonomie territoriali, fino alla magistratura. I molti provvedimenti che si sono susseguiti hanno, poi, determinato anche situazioni di incertezza e quindi di maggior precarietà, o hanno, talvolta, leso diritti fondamentali tanto da richiedere interventi dell'autorità giudiziaria a tutela di situazioni giuridiche violate dalle amministrazioni. L'ineludibile “precarità” del rapporto dello straniero con il territorio si è mostrata, in questa situazione di emergenza, in tutta la sua evidenza, rendendo necessari interventi specifici da parte del legislatore e del governo, nonché dell'autorità giudiziaria. Il solo fatto, ad esempio, che la regolarità del soggiorno degli stranieri dipenda da un atto autorizzativo ha richiesto provvedimenti legislativi di proroga della validità dei permessi in scadenza. La chiusura degli uffici immigrazione durante il periodo del *lockdown* di primavera aveva reso impossibile in taluni casi formalizzare le domande di protezione internazionale, esponendo queste persone a possibili provvedimenti di allontanamento e privandole delle misure di accoglienza previste per i richiedenti asilo, tanto che sono stati necessari interventi del giudice ex art. 700 c.p.c. affinché venisse ordinato agli uffici di

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze.

consentire la formalizzazione della domanda di protezione internazionale. E come rilevato dal Tribunale di Roma¹, se “l’eccezionale emergenza sanitaria in atto giustifica l’esercizio del potere discrezionale della questura di adottare soluzioni organizzative che risultino attuative di un bilanciamento tra le esigenze dell’utenza e quelle di salute pubblica”, occorre tuttavia rilevare che il differimento ad un mese di distanza dalla stesura del provvedimento di formalizzazione della domanda priva “i ricorrenti della possibilità di accedere al sistema di accoglienza lasciandoli in condizione di precarietà, rischio per la salute ed incertezza, che nel predetto bilanciamento, non risulta giustificata nemmeno dalla emergenza sanitaria”.

La delicatezza della condizione dei richiedenti asilo e la necessità di tutele sono emerse con forza durante questi mesi, tanto da richiedere interventi del legislatore per tamponare le conseguenze di dissennate scelte legislative assunte con il cd. “decreto sicurezza” del 2018 che aveva escluso i richiedenti asilo dal sistema SPRAR procurando solo un maggior disagio sociale e quindi una maggiore insicurezza per tutti². Esiti poi amplificati dall’emergenza sanitaria dovuta al Covid-19, che ha condotto il Governo a prevedere prima col d.l. n. 18/2020 e poi col d.l. n. 34/2020 la permanenza nei progetti SI-PROIMI anche dei richiedenti asilo fino al 31 gennaio 2021³.

Ulteriore spinosa questione ha riguardato la tutela della salute degli stranieri accolti nei Centri di accoglienza o trattenuti negli *hotspot* o nei Centri per il rimpatrio. Sul tema si sono susseguite diverse circolari del Ministero dell’interno nelle quali si ribadiva la necessità di garantire l’osservanza delle disposizioni di contenimento e contrasto della diffusione del virus nell’ambito delle strutture di accoglienza e nei centri di permanenza per il rimpatrio.

In realtà, molte criticità sono state rilevate in queste strutture, dove non è facile poter rispettare le misure di distanziamento, tanto più che le camerate hanno numerosi posti letto, oltre ad essere spesso sovraffollate, e gli spazi comuni non sono adeguati a contenere in sicurezza tante persone⁴. La tutela

¹ Trib. Roma, decr. 7 aprile 2020, n. 17275, consultabile alla seguente URL: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/Tribunale_Roma_2020_17275.pdf.

² Cfr. M. OMIZZOLO, *Viaggio nell’agromafia italiana, in lavialibera*, 2 aprile 2020.

³ Vedi art. 16 del d.l. n. 34/2020, conv. con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77. Vedi adesso il decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130 (art. 4) che ripristina per i richiedenti asilo l’accoglienza nel Sistema di accoglienza e integrazione.

⁴ N. ZORZELLA, *Diario di un’avvocata del diritto dell’immigrazione al tempo del COVID-19*, in *Quest. giust.*, 27 aprile 2020.

della salute ha conosciuto concretamente, in questi luoghi, standard diversi rispetto a quelli che le strutture pubbliche erano chiamate ad assicurare⁵. È risultato inoltre problematico l'accesso ai servizi territoriali sanitari e sociali da parte degli ospiti dei CAS e dei CARA⁶.

In particolare, per quanto riguarda i CPR, nonostante ulteriori circolari che evidenziavano l'importanza di rispettare precise norme igieniche, di distanziamento, ecc. la situazione è stata particolarmente critica, in quanto nei fatti era impossibile imporre il distanziamento sociale, come testimoniava lo stesso direttore del CPR di Roma⁷ e dove le condizioni di trattenimento sono, anche in tempi ordinari, mortificanti. Tanto che proveniva da più parti (Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale e Commissaria per il Consiglio d'Europa per i diritti umani) l'invito a svuotare questi Centri.

E proprio in merito alla detenzione nei CPR, ci sono stati alcuni perspicui provvedimenti giurisdizionali⁸ che non hanno convalidato il trattenimento, in considerazione della difficoltà di garantire le misure previste a garanzia della salute dei singoli, difficoltà che imponeva di interpretare in termini restrittivi le norme in materia di detenzione amministrativa; tanto più che le disposizioni limitative degli spostamenti dal territorio nazionale avrebbero comunque impedito il rimpatrio del trattenuto (vedi art. 15 della direttiva rimpatri e art. 14, co. 5-*bis* del TUI).

Non solo molte libertà sono state incise dalla situazione pandemica, ma anche l'accesso ad alcune provvidenze ha riproposto annose questioni sull'individuazione dei beneficiari di prestazioni sociali. Con riferimento infatti ai buoni spesa utilizzabili per l'acquisto di generi alimentari o prodotti

⁵ Cfr. S. ROSSI, *Diritto alla salute e discrezionalità amministrativa sulla soglia dei Centri di accoglienza straordinaria*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3/2021, p. 124 ss.

⁶ Vedi il documento firmato da molte associazioni, *Emergenza Covid-19. L'impatto sui diritti delle/dei cittadine/i straniere/i e le misure di tutela necessarie: una prima ricognizione*, 22 marzo 2020 scaricabile dal sito di ASGI EMERGENZA-COVID-19_DIRITTI-STRANIERI-22-marzo-finale.pdf (asgi.it).

⁷ A. CAMILLI, *Nei centri per il rimpatrio nessuna protezione contro il coronavirus*, in *Internazionale*, 20 marzo 2020.

⁸ Trib. Roma, dec. 18 marzo 2020, n.r.g. 15892 consultabile alla seguente URL: <https://www.asgi.it/banca-dati/tribunale-civile-di-roma-decreto-del-18-marzo-2020-n-15892/>; Trib. Roma, 27 marzo 2020, n.r.g. 16573, <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/03/N-RG-165732020-dcreto-Trib-Roma.pdf>; Trib. Trieste, 18 marzo 2020, n.r.g. 980 <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/03/TRIBUNALE-TRIESTE-COVID-19-NON-CONVALIDA.pdf>.

di prima necessità, i comuni dovevano individuare “la platea dei beneficiari ed il relativo contributo tra i nuclei familiari più esposti agli effetti economici derivanti dall’emergenza epidemiologica da virus Covid-19 e tra quelli in stato di bisogno”. Alcuni comuni avevano, però, ristretto la platea dei beneficiari ai residenti nel territorio comunale o addirittura ai possessori di permesso di soggiorno a tempo indeterminato. Ed anche in questi casi è stato necessario un intervento del giudice.

In particolare, con riferimento alle determinazioni dirigenziali del comune di Roma, il tribunale capitolino sottolineava che: “nel caso di specie non si discute dell’accesso a prestazioni assistenziali ‘ordinarie’, ma dell’accesso ad una misura emergenziale tesa a fronteggiare le difficoltà dei soggetti più vulnerabili a soddisfare i propri bisogni primari a causa della situazione eccezionale determinata dall’emergenza sanitaria in atto. Si tratta del diritto all’alimentazione che costituisce il presupposto per poter condurre un’esistenza minimamente dignitosa e la base dello stesso diritto alla vita e alla salute. Non vi è dubbio, quindi, che si tratta di quel nucleo insopprimibile di diritti fondamentali che spettano necessariamente a tutte le persone in quanto tali. ... Non possono, quindi essere poste condizioni, quale la residenza anagrafica, che di fatto limitano la platea degli aventi diritto e che, peraltro, non sono previste” dalla normativa in questione⁹.

Analogamente il Tribunale di Ferrara¹⁰ rilevava che “il solo criterio contenuto nel provvedimento di determinazione sulle modalità di riconoscimento del beneficio assistenziale è la condizione economica del richiedente, ovvero lo stato di bisogno per soddisfare le necessità più urgenti”, in quanto la *ratio* normativa che sta alla base dell’ordinanza della protezione civile¹¹ che aveva previsto la provvidenza in questione, è quella di soddisfare le esigenze primarie inerenti la salute psico-fisica e la dignità della persona dei beneficiari; conseguentemente la richiesta di un permesso di soggiorno a tempo inde-

⁹ Trib. Roma 22 aprile 2020, n. 12835, <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2482/all-8-trib-roma-2242020-bonus-a-irregolari.pdf>.

¹⁰ Trib. Ferrara 30 aprile 2020, n. 862, <https://www.asgi.it/banca-dati/tribunale-di-ferrara-ordinanza-30-aprile-2020>; cfr. anche Trib. Brescia, 28 aprile 2020, n. 4080, <https://www.asgi.it/banca-dati/tribunale-di-brescia-decreto-inaudita-altera-parte-28-aprile-2020>; Trib. Nola 14 maggio 2020, <https://www.asgi.it/banca-dati/tribunale-di-nola-ordinanza-14-maggio-2020>; Trib. Napoli, 25 maggio 2020, n. 7699, Tribunale-di-Napoli-ordinanza-del-25-maggio-2020-est.Canale-xxx-avv.-Aria-c.-Comune-di-Napoli.pdf (asgi.it).

¹¹ Ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile, 29 marzo 2020, n. 658.

terminato che presume, tra l'altro, dei requisiti di reddito palesa l'illogicità del provvedimento comunale.

Di fronte a diritti basilari per la vita e per la dignità delle persone, non possono essere posti requisiti di accesso (quali una certa tipologia di permesso di soggiorno o l'iscrizione anagrafica) alle relative prestazioni, e correttamente i giudici hanno asseverato, con riferimento al diritto all'alimentazione, che deve esserci garanzia per tutti, indipendentemente dal titolo di soggiorno o dalla residenza.

2. *Gli arrivi sul nostro territorio: tra nuove e vecchie criticità*

Il trattamento dei migranti in arrivo sulle nostre coste, che già in tempi ordinari ha mostrato difficoltà di gestione, ha presentato durante questi mesi di emergenza ulteriori problematiche. Già il 7 aprile 2020 con decreto interministeriale, che ha sollevato non pochi dubbi di legittimità, fu stabilito che per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, i porti italiani non assicuravano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di "luogo sicuro", in virtù di quanto previsto dalla convenzione di Amburgo, sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana.

A distanza di pochi giorni fu, però, adottato un decreto del Capo del dipartimento della protezione civile¹² che predisponeva procedure speciali per consentire al Ministero dell'interno, anche con l'aiuto della Croce rossa, di provvedere all'assistenza alloggiativa e alla sorveglianza sanitaria degli stranieri soccorsi in mare per i quali non è possibile indicare il *Place of Safety*, prevedendo la possibilità di utilizzare navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria e quarantena. Il decreto faceva quindi riferimento alle persone soccorse fuori dalla SAR italiana da navi battenti bandiera straniera per le quali i porti italiani non avrebbero potuto considerarsi *Place of Safety* ai sensi del decreto interministeriale del 7 aprile.

¹² Decreto del Capo Dipartimento n. 1287 del 12 aprile 2020. *Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.*

Il “primo esperimento” fu svolto tra il 17 aprile e il 5 maggio a bordo della nave *Rubattino* ed a questa si sono via via aggiunte ulteriori imbarcazioni, sia al porto di Lampedusa che in altri porti¹³. Questa modalità di controllo sanitario è stata poi estesa anche ai migranti soccorsi in mare o giunti autonomamente sul territorio nazionale sia a seguito di sbarchi che attraverso le frontiere terrestri.

Questa forma di trattenimento non è però esente da aspetti problematici sia dal punto di vista giuridico, potendosi anche configurare come limitazione alla libertà personale (con le conseguenze che ne derivano in ordine al rispetto delle garanzie costituzionali), sia dal punto di vista sanitario (basti pensare alle esigenze delle tante persone sopravvissute a torture, stupri per le quali è necessario un accesso tempestivo a servizi sanitari specialistici), senza contare l'impatto psicologico sui migranti. E, come ha avuto modo di rilevare il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale nel bollettino Covid del 22 maggio 2020, pur comprendendo la necessità di tutelare sempre la salute dei singoli e delle collettività, di coloro che arrivano e di coloro che devono ricevere le persone che giungono nel proprio territorio, occorre “richiedere che, sin dalla permanenza sulla nave, siano messe in atto tutte le procedure necessarie affinché, una volta finita la quarantena, le persone, ormai informate sui propri diritti e sulla propria possibilità di chiedere asilo, possano accedere a tutto ciò che la nostra Costituzione garantisce in questo ambito”.

Ciò che infatti deve rimanere ben fermo è il diritto di questi migranti a sbarcare, appena terminata la quarantena (anche se si ha notizia di persone trattenute sulle navi oltre i quattordici giorni!) e, se del caso, a presentare domanda di protezione internazionale, come peraltro ribadito, già in data 16 marzo, dall'UNHCR nelle *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*.

3. *Rendere visibili gli “invisibili”*

Se il ricorso a periodiche regolarizzazioni ha caratterizzato le politiche italiane di gestione dei flussi migratori, non c'è dubbio che il contesto emer-

¹³ Al 22 settembre erano utilizzate cinque navi con un numero di 2238 persone a bordo; Camera dei deputati, *Audizione della ministra dell'interno Luciana Lamorgese* del 24 settembre 2020 al “Comitato Schengen”.

genziale determinato dalla pandemia abbia assunto un ruolo determinante nella decisione di ricorrere all'ottava procedura di sanatoria. Molti settori, in cui sono impiegati lavoratori non in regola con le restrizioni dovute al *lock-down*, sono entrati in crisi; basti pensare al settore agroalimentare ove sarebbero secondo Confagricoltura 250.000 i posti rimasti vacanti¹⁴.

Ha poi fortemente contribuito alla decisione del governo di approvare una nuova regolarizzazione, la necessità di “garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria connessa alla calamità derivante dalla diffusione del contagio da Covid-19”, come sottolinea, peraltro, lo stesso d.l. 34/2020 (vedi art. 103). Alla regolarizzazione consegue infatti la possibilità di iscriversi al SSN e di godere pienamente di tutte le prestazioni.

Era stata però giustamente messa in luce l'opinabilità della mancata previsione della contestuale iscrizione obbligatoria al SSN degli stranieri che hanno presentato istanza di regolarizzazione o richiesta di rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo, rinvenendo una contraddittorietà in una normativa tesa, fra l'altro, alla tutela di immediate esigenze sanitarie¹⁵. Contraddizione poi risolta da una successiva circolare del Ministero della salute¹⁶ che riconosce ai cittadini stranieri “in emersione” il diritto all'assistenza sanitaria a titolo obbligatorio ai sensi dell'art. 34 del TUI.

Molti sono comunque i limiti di questa sanatoria¹⁷ che riguarda in modo irragionevole ed illogico solo alcuni settori produttivi, e che, in relazione alla richiesta presentata direttamente dallo straniero, di rilascio di un permesso temporaneo, ha limitato questa possibilità ai soli titolari di permesso di soggiorno scaduto dopo il 31 ottobre 2019, e che, almeno nell'interpretazione ministeriale¹⁸, ha escluso i richiedenti asilo dalla regolarizzazione di cui

¹⁴ Sui fattori che hanno portato gli occupati stranieri in agricoltura a rappresentare una quota preponderante rispetto a quella degli italiani, vedi W. CHIAROMONTE, «Cercavamo braccia sono arrivati uomini. Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela», in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, n. 2/2018, pp. 326 ss.

¹⁵ P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, p. 24.

¹⁶ <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2020&codLeg=76539&parte=1%20&serie=null>.

¹⁷ N. ZORZELLA, *Regolarizzazione 2020, una prevedibile occasione perduta. Alcune delle principali criticità*, in *Critica del diritto*, 21 ottobre 2020.

¹⁸ Circolare 19 giugno 2020, prot. 44360.

all'art. 103, co. 2 del d.l. n. 34/2020¹⁹, in quanto per accedere alla procedura sarebbe requisito essenziale lo stato di irregolarità sul territorio nazionale, mentre il richiedente asilo ha titolo a permanere fino alle decisioni adottate dalla Commissione territoriale²⁰.

4. *Nuovi bilanciamenti e vecchie contraddizioni*

Come emerge da queste brevi note, tante sono state e sono ancora le questioni che hanno riguardato la condizione degli stranieri; nuovi punti di equilibrio fra diritti fondamentali e interessi obiettivi dell'ordinamento si sono dovuti ricercare in un difficile bilanciamento tra esigenze diverse.

La necessità di tutelare la salute dei singoli e della collettività ha portato i giudici a non convalidare alcuni trattenimenti; ha poi condotto il legislatore a intervenire di urgenza in merito all'accoglienza dei richiedenti asilo e dei titolari di protezione umanitaria. Esigenze di tutela della salute e richieste del mercato del lavoro hanno spinto per l'approvazione di una regolarizzazione (almeno di alcune categorie di lavoratori).

Critica resta ancora la situazione per molti che lavorano nella cd. economia informale, senza tutele e a rischio per la loro salute e per quella della collettività. Occorre prendere atto che la salute degli "invisibili" nelle loro baracche ci riguarda e ci coinvolge: la pandemia ha reso manifeste le tante e continue interconnessioni tra "mondi" che volevamo pensare separati: "noi" e "loro", gli stranieri regolari e quelli irregolari, i lavoratori regolarmente assunti e quelli in nero.

In generale "gli immigrati sono particolarmente vulnerabili al virus, per una pluralità di motivi: accedono ai servizi sanitari con difficoltà; sono maggiormente esposti ai rischi di contagio lavorando in attività essenziali, come la logistica, l'industria alimentare, i trasporti le pulizie, le professioni sanitarie; soffrono di una maggiore povertà e di condizioni abitative spesso degradate"²¹.

¹⁹ Si tratta dell'ipotesi in cui lo straniero stesso con permesso di soggiorno scaduto dal 31 ottobre 2019, non rinnovato o convertito in altro titolo di soggiorno, richieda un permesso temporaneo della durata di sei mesi.

²⁰ Per una critica all'interpretazione ministeriale, vedi N. ZORZELLA, *Regolarizzazione 2020*, cit., p. 18 ss. che riporta anche alcuni primi provvedimenti giurisdizionali in tema. Cfr. anche la *Rassegna di giurisprudenza su Ammissione e soggiorno*, in *Dir. Imm. Citt.* 1/2021.

²¹ M. LIVI BACCI, *Virus e migranti*, in *Neodemos*, 24 novembre 2020.

Infine, quanto al “tormentato” diritto di asilo, la situazione sanitaria che stiamo attraversando non può portare a respingimenti in contrasto con i diritti umani a fronte di una incapacità (o non volontà) di mettere in atto soluzioni organizzative che tutelino la sicurezza (anche sanitaria) di tutti.

In questi mesi le contraddizioni delle nostre politiche sono emerse in maniera ancora più evidente: anni di politiche “rigoriste”, sbandierate all’opinione pubblica, hanno finito per creare maggiore irregolarità, precarietà e fragilità sociale: problemi che, in questo periodo di emergenza sanitaria, sono emersi in tutta la loro evidenza.

L'EMERGENZA SANITARIA ATTRAVERSO IL PRISMA DELLE POLITICHE MIGRATORIE

Flavio Valerio Virzi*

SOMMARIO: 1. L'emergenza sanitaria come pretesto. – 2. ...come banco di prova. – 3. ...come opportunità.

1. *L'emergenza sanitaria come pretesto*

L'emergenza sanitaria, se osservata attraverso il prisma delle politiche migratorie, può assumere un triplice e diverso valore, potendo essere di volta in volta intesa come un "pretesto" per legittimare l'ennesima torsione securitaria del sistema di accoglienza italiano, come un "banco di prova" per testare la tenuta di tale sistema, nonché come una "occasione" per un suo complessivo ripensamento¹.

La rappresentazione dell'emergenza sanitaria come pretesto potrebbe contribuire a spiegare l'emanazione del decreto interministeriale n. 150 del 7 aprile 2020, che qualifica come "non sicuri" i porti italiani, e del decreto del Capo della protezione civile del 12 aprile 2020, che istituisce le c.d. navi-quarantena. Il decreto interministeriale, pur essendo formalmente giustificato dall'esigenza di salvaguardare le funzionalità delle strutture sanitarie dedicate al contenimento della diffusione del contagio, nei fatti sembrerebbe perseguire l'intento di perpetuare la c.d. strategia dei porti chiusi, onde agevolare il dirottamento delle imbarcazioni di soccorso dei migranti verso altri Stati. Il decreto della protezione civile, formalmente giustificato dall'esigenza di garantire assistenza ai migranti comunque approdati nei porti italiani, sembrerebbe invece rievocare il controverso modello dei c.d. *hotspot* galleggianti².

* Ricercatore di diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹ Sulla gestione migratoria nel corso dell'emergenza sanitaria cfr., fra gli altri, P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 20 maggio 2020; M. TUOZZO, *I percorsi migratori e la pandemia. Come cambiano le emergenze*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, n. 3.

² Cfr. A. M. PELLICONI, M. GOLDONI, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del decreto interministeriale 150/2020*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, n. 2.

La pretestuosità di tali scelte si evince, oltre che dall'evidente continuità con le politiche migratorie già sperimentate nel recente passato, dalle riserve cui esse si espongono giuridicamente. La qualificazione dei porti italiani come non sicuri – al di là dei dubbi di compatibilità con la Convenzione di Amburgo – appare irragionevole, perché non si comprende in che termini l'eventuale assistenza di poche centinaia di migranti possa mettere a repentaglio la tenuta del sistema sanitario nazionale e perché si trascura che, semmai, è proprio il divieto di sbarco a determinare la lesione del diritto alla salute, quella dei naufraghi, oltre che del diritto degli stessi a richiedere la protezione internazionale. L'istituzione delle navi-quarantena solleva, a sua volta, dubbi di legittimità, perché presuppone un trattenimento senza il rispetto delle garanzie previste a tutela della libertà personale e perché, come rilevato dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute, al loro interno sembrerebbe essere preclusa la possibilità di presentare richiesta di protezione internazionale. Il Garante nazionale, infatti, ha affermato che «*[l]a realizzazione delle misure di quarantena in luoghi straordinari ed eccezionali non può comportare una situazione di 'limbo'*», stigmatizzando il fatto che «*le persone migranti sono sotto la giurisdizione dello Stato italiano ai fini delle misure sanitarie loro imposte, ma al contempo non hanno la possibilità – e per un periodo di tempo non indifferente – di esercitare i diritti che il nostro Paese riconosce e tutela. Non possono chiedere asilo, non sono di fatto – e quanto meno temporaneamente – tutelati in quanto vittime di tratta o minori stranieri non accompagnati, né possono tempestivamente accedere alle procedure per il ricongiungimento familiare ai sensi del Regolamento Dublino – procedure peraltro che hanno una loro intrinseca scadenza*»³.

2. ...come banco di prova

L'emergenza sanitaria può essere altresì rappresentata come un banco di prova per testare la tenuta complessiva del vigente sistema di accoglienza italiano, come riformato dal d.l. n. 113 del 4 ottobre 2018, c.d. sicurezza.

La gestione di tale emergenza, infatti, mette in mostra la fallacia dei presupposti di fatto su cui poggia il funzionamento del sistema di accoglienza. Il primo è che la permanenza dei richiedenti protezione internazionale all'interno dei centri di prima accoglienza (CPA e CAS) sia di breve durata,

³ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Il garante nazionale nei giorni dell'emergenza COVID-19*, 28 aprile 2020.

cosicché i titolari di protezione internazionale possano essere tempestivamente trasferiti nelle strutture del Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI). Tuttavia, a maggio 2019 la stragrande maggioranza dei richiedenti protezione, stimata intorno alle 80 mila unità, risultava ancora accolta nei CPA e nei CAS, strutture collettive caratterizzate da grandi concentrazioni, del tutto inadeguate a una permanenza prolungata. Il secondo presupposto è che i richiedenti denegati e gli irregolari trattenuti all'interno dei Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) possano essere per l'appunto rimpatriati in tempi certi. Tuttavia, la media annua dei migranti rimpatriati non supera le 5.600 unità, con una leggera diminuzione nel 2019, a fronte di una presenza di irregolari sul territorio stimata intorno alle 680 mila unità, con un sensibile aumento rispetto agli anni precedenti, dovuto all'abrogazione della protezione umanitaria (dati *Openpolis*)⁴.

Le conseguenze associate ai fallimenti del sistema di accoglienza, evidentemente, espongono a violazione i diritti fondamentali dei migranti. Sotto il primo profilo, la prolungata permanenza nei suddetti centri mette in questione non soltanto il rispetto della dignità di tali soggetti, ma altresì il loro diritto alla salute, poiché rende le misure di contenimento del contagio – indicate in una circolare del Capo di Dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione⁵ – impossibili da attuare, a causa degli assembramenti in essi presenti, che precludono il rispetto delle distanze minime tra le persone, e della significativa riduzione dei finanziamenti all'accoglienza, che impedisce di dotare tali centri del personale sanitario e di supporto adeguato. Sotto il secondo profilo, la presenza massiva di irregolari nel territorio dello Stato pone, con estrema urgenza, la questione dei migranti, che, esclusi dal circuito ordinario dell'accoglienza per la loro condizione giuridica di irregolarità, trovano rifugio in insediamenti urbani e ghetti agricoli: «non luoghi», come sono stati definiti, «in cui è impossibile rispettare il cd. distanziamento sociale [...] e mancano del tutto i servizi minimi per l'igiene personale, a partire dall'acqua corrente e i servizi igienici fino ai beni di protezione individuale, quali mascherine, guanti, detergenti specifici, etc.»⁶.

⁴ OPENPOLIS, *La sicurezza dell'esclusione. Centri d'Italia*, ottobre 2019.

⁵ Ministero dell'Interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, *Circolare del 1° aprile 2020, Interventi di prevenzione della diffusione del virus COVID-19 nell'ambito del sistema di accoglienza. Ulteriori indicazioni*.

⁶ V. M. D'ONGHIA, *Gli immigrati resi ancora più invisibili dal Coronavirus: una vita sospesa tra emergenza sanitaria e lockdown*, in questo volume.

Il legislatore è intervenuto su entrambe le questioni con d.l. n. 34 del 19 maggio 2020, c.d. rilancio⁷.

L'art. 16 di tale decreto, nel tentativo di allentare la pressione sui CPA e sui CAS e di rimediare alle situazioni di sovraffollamento, prevede che «per un termine non superiore ai sei mesi successivi alla cessazione dello stato di emergenza» le strutture del SIPROIMI «possono essere utilizzat[e] per l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale». Tale previsione intende correggere il principale elemento di rigidità del vigente sistema di accoglienza, che, differenziando la distribuzione dei migranti sulla base dello status, ingessa il loro turnover, impedendo ai richiedenti protezione di usufruire di un'accoglienza diffusa, effettuata in strutture di piccole o medie dimensioni, e alle prefetture di gestire in maniera flessibile la loro distribuzione sulla base dei posti complessivamente disponibili.

L'art. 103, invece, nel tentativo di ridimensionare il numero degli irregolari presenti nel territorio dello Stato, interviene con una doppia sanatoria, che si rivolge sia ai migranti occupati nei settori dell'agricoltura, dell'allevamento, della pesca, dell'assistenza alla persona e del lavoro domestico, stabilendo la possibilità per i datori di presentare istanza per concludere un contratto di lavoro subordinato ovvero per dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro irregolare, sia ai migranti con permesso di soggiorno scaduto al 31 ottobre 2019, stabilendo la possibilità di richiedere un permesso di soggiorno temporaneo per ricerca lavoro. Tale sanatoria, secondo le stime del Ministero delle politiche agricole, potrebbe avere una platea di oltre 220 mila beneficiari; tuttavia, il limitato numero delle domande presentate a fine giugno (circa 30 mila) è indicativo del fatto che l'intento legislativo, seppur meritorio, rischia di essere vanificato da condizioni eccessivamente vincolanti e procedure amministrative farraginose, che scoraggiano l'accesso alla regolarizzazione⁸.

3. ...come opportunità

Le previsioni del d.l. rilancio, al di là di ogni considerazione circa la loro perfettibilità, consentono da ultimo di scorgere nell'emergenza sanitaria un'occasione per un ripensamento del sistema di accoglienza dei migranti.

⁷ Il d.l. è stato convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77.

⁸ W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2020, n. 3.

La gestione di tale emergenza infatti sembrerebbe aver fornito la giustificazione contingente per operare, seppure in via transitoria, alcuni degli interventi da più parti auspicati e già da tempo allo studio, come il ritorno a un'accoglienza diffusa, imperniata sulle strutture di piccole dimensioni del SIPROIMI, e la regolarizzazione dei migranti irregolari presenti nel territorio dello Stato. Tali interventi, tuttavia, proprio per la loro transitorietà, non appaiono sufficienti a riabilitare la credibilità delle politiche migratorie italiane, che dovrebbe essere misurata su una riforma strutturale del sistema di accoglienza.

Il d.l. rilancio potrebbe costituire un punto di partenza per tale riforma, anche se la mera stabilizzazione degli interventi in esso contenuti non garantirebbe di per sé una gestione razionale del fenomeno migratorio.

La riapertura del SIPROIMI ai richiedenti protezione non sarebbe in grado di inaugurare il perseguimento di un'accoglienza diffusa, se non accompagnato da un nuovo capitolato d'appalto di maggiore favore rispetto al finanziamento delle strutture recettizie di piccole dimensioni, la cui emanazione, anzi, potrebbe prescindere da un eventuale intervento legislativo. La sanatoria non può distogliere l'attenzione dall'esigenza di una migliore programmazione nella regolazione dei flussi migratori, che dovrebbe poggiare, oltre che su un maggior impegno nei rimpatri, su una strategia di breve e di medio periodo, rispettivamente: la reintroduzione della protezione umanitaria, o perlomeno l'ampliamento delle condizioni per il rilascio dei permessi speciali, e la creazione di canali d'ingresso per migranti economici parametrati all'effettivo fabbisogno dell'economia⁹.

⁹ Il presente contributo è aggiornato a luglio 2020.

LA FORMALIZZAZIONE DELLA DOMANDA DI PROTEZIONE
INTERNAZIONALE COME “ZONA D’OMBRA”
DEL DIRITTO DELL’IMMIGRAZIONE:
L’EMERGENZA SANITARIA E LA GIUSTA DISTANZA

Simone Penasa*

Ci sono degli ambiti del diritto dell’immigrazione che, a causa della loro natura sostanzialmente procedurale, rischiano di finire in una sorta di “zona d’ombra” della riflessione giuridica. La fase della formalizzazione della domanda di protezione internazionale rappresenta un caso paradigmatico di questa dinamica. Essa esprime infatti un rapporto direttamente proporzionale tra la natura meramente formale dell’atto – la registrazione da parte dell’autorità competente – e gli effetti sostanziali che ne possono derivare sulla condizione esistenziale e giuridica della persona che abbia manifestato la volontà di presentare domanda.

Tale fase, infatti, gode di una copertura normativa esaustiva e garantista tanto rispetto alle modalità della manifestazione quanto ai termini entro i quali deve essere completata. Come noto, la presentazione della domanda, intesa quale manifestazione di volontà di chiedere protezione, non è soggetta a forme specifiche e può pertanto ricavarsi anche *per facta concludentia*. Anche i tempi della formalizzazione sono dettati in modo rigido dal diritto europeo. Si prevede un termine ordinario di tre giorni dalla presentazione della domanda di protezione, il quale può essere esteso a sei giorni nel caso in cui la domanda venga presentata ad una amministrazione diversa da quella competente a riceverla (si precisa che in ogni caso sussiste l’obbligo di trasmissione alla autorità competente). È possibile, infine, prevedere una proroga ulteriore di dieci giorni, ma solo quando la presentazione simultanea di un numero elevato di domande di protezione internazionale renda molto difficile all’atto pratico rispettare il termine¹.

Pertanto, è possibile senz’altro affermare che, almeno *in the books*, sussiste un generale *favor* rispetto alla presentazione della domanda di protezione. Questo rimane vero anche tenuto conto del fatto che nella versione attua-

* Ricercatore di Diritto pubblico comparato, Università di Trento.

¹ Art. 6, direttiva n. 2013/32/UE.

le dell'art. 6 della direttiva appena citata è stato eliminato il riferimento al dovere per gli Stati di garantire il diritto di presentare una domanda di asilo². Tuttavia, se il punto di vista si sposta sulla attuazione effettiva di questo regime normativo – sulla *law in action* – sorgono rilevanti dubbi relativi alla effettività della procedura. Questi dubbi risultano corroborati dalla giurisprudenza tanto italiana quanto straniera che negli ultimi anni è venuta a sanzionare comportamenti e prassi delle pubbliche amministrazioni che hanno avuto come effetto quello di ritardare o impedire la formale registrazione della domanda³. È a questo livello che la qualificazione di tale fase come “zona d'ombra” del diritto dell'immigrazione, e in particolare della protezione internazionale, svela il proprio significato. Le garanzie previste a livello normativo, infatti, tendono a scontrarsi con prassi amministrative che ne ostacolano, rallentano e addirittura impediscono la concreta attuazione⁴: ad esempio, la richiesta di requisiti documentali ulteriori rispetto a quelli previsti; l'inadeguatezza delle misure organizzative e logistiche rispetto all'obiettivo della presentazione in tempo utile della domanda, che giungono fino a rendere impossibile l'accesso materiale agli uffici competenti (questura); la dichiarazione di incompetenza dell'amministrazione presso cui la domanda viene presentata e la conseguente mancata presa in carico della medesima.

Tali prassi, che negli ultimi anni sono state dichiarate illegittime da parte di numerosi tribunali ordinari⁵, finiscono con l'aver un impatto spesso irrimediabile sulle condizioni di vita e sullo status delle persone richiedenti protezione. La mancata registrazione della domanda – in presenza di una formale manifestazione di volontà in tal senso – finisce infatti con il produrre effetti “a cascata” deteriori su tale categoria di persone. Dalla mancata registrazione della domanda non deriva unicamente il mancato accesso alla procedura asilo, che avviene mediante la trasmissione degli atti alla Commissione territoriale competente, ma ne deriva anche il mancato accesso al sistema di accoglienza delle persone richiedenti protezione, con la conseguenza che gli “esclusi” dalla registrazione si trovano a vivere in condizioni precarie dal punto di vi-

² Direttiva n. 2005/85/CE.

³ Per un commento, A. MESCHINI, *Ancora ostacoli, rimossi con provvedimento ex art. 700 cpc all'esercizio del diritto di asilo*, in *Questione Giustizia*, rubrica “Diritti senza confini”, 14 novembre 2018.

⁴ A. SCIURBA, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018, pp. 151-153.

⁵ Cfr. A. Meschini, cit., per il testo di alcune ordinanze.

sta abitativo ed economico⁶. A ciò si collega anche il rischio di essere qualificato come “soggiornante illegale”, in quanto privo di uno status – quale quello di persona richiedente protezione – che ne legittimi la presenza sul territorio nazionale, e di essere quindi potenzialmente soggetto a trattenimento e successiva espulsione⁷.

Casi come quelli appena tratteggiati dimostrano come ci si trovi di fronte a un vero e proprio “snodo” del corretto funzionamento del sistema di protezione internazionale. Uno snodo che esprime una natura essenzialmente burocratica, in quanto la registrazione della domanda non comporta l’esercizio di alcun potere discrezionale da parte della autorità competente ma costituisce un mero adempimento formale che la medesima ha l’obbligo di esperire in tempo utile. Si tratta spesso di questioni di carattere meramente organizzativo o addirittura logistico (code all’ingresso degli uffici; sistema di prenotazione), ma che finiscono con l’incidere sull’effettività dell’esercizio del diritto, oltre a chiamare in causa il principio di buon andamento della pubblica amministrazione. Risulta evidentemente difficile fornire un quadro complessivo di tale fenomeno, dal momento che non esistono dati statistici relativi a prassi omissive o impeditive delle autorità competenti ulteriori a quelli ricavabili dai casi che giungono all’attenzione dei tribunali. Risulta però rilevante che gli ultimi Report dedicati all’Italia da parte dello European Council on Refugees and Exiles (ECRE) fanno riferimento a tale fenomeno, individuando le modalità nelle quali si concretizza più frequentemente: orario limitato per accedere alla questura o modalità online di appuntamento; la richiesta della residenza o della dichiarazione formale di domicilio, al posto della semplice dichiarazione della persona, come previsto dal diritto europeo; presunzione di esigenza di protezione sulla base della cittadinanza o provenienza; sistematico inadempimento dei termini di formalizzazione previsti dalla direttiva 2013/32/UE⁸.

In tale quadro si è inserita l’emergenza sanitaria derivata dal diffondersi del COVID-19, la quale ha avuto un impatto a più livelli anche sulla condizione degli stranieri presenti in Italia⁹. Gli effetti delle misure adottate a livello governativo per far fronte a tale emergenza hanno coinvolto anche lo svol-

⁶ Trib. Trieste, ordinanza, n. 1929/2018, 22 giugno 2018; M. PIPPONZI, *Note all’ordinanza del Tribunale di Trieste del 22 giugno 2018*, in *Questione Giustizia*, 5 settembre 2018.

⁷ In particolare, Trib. Palermo, ord. n. 9994/2018, 13 settembre 2018.

⁸ ASYLUM INFORMATION DATABASE, *Country Report Italy, Update 2019*.

⁹ Cfr. P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza COVID-19, 20 maggio 2020.

gimento delle procedure amministrative relative agli stranieri, in modo analogo a quanto avvenuto per i cittadini italiani. Ma con una, decisiva, distinzione relativa proprio alla formalizzazione delle domande di protezione internazionale. A fronte, infatti, di un generalizzato – e comprensibile nella prima fase dell'emergenza – blocco delle attività amministrative e relativa sospensione anche dei termini di adempimenti quali il rinnovo dei permessi di soggiorno¹⁰, al quale ha corrisposto la chiusura degli Uffici immigrazione delle questure per un analogo periodo di tempo, si è prevista una deroga al fine di consentire proprio la ricezione delle richieste di riconoscimento della protezione internazionale¹¹. A rafforzare ulteriormente l'esigenza di garantire la continuità dei servizi relativi a tale decisiva fase, la Commissione europea ha invitato gli Stati Membri ad «assicurare il più possibile la continuità delle procedure e nel contempo garantire pienamente la protezione della salute delle persone e dei loro diritti fondamentali conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Tale principio generale si deve tradurre, nell'ambito della protezione internazionale, nella garanzia per i cittadini di Paesi terzi che intendano chiedere protezione internazionale di poter presentare la domanda e nel conseguente obbligo per le autorità nazionali di registrare la medesima. Tenuto conto della situazione emergenziale, ritardi nella formalizzazione risultano giustificati, ma in ogni caso non possono superare i termini massimi previsti dalla direttiva 2013/32/UE per il caso di numero elevato di domande simultanee¹².

Anche sotto la pressione prodotta dall'emergenza sanitaria, quindi, le garanzie formalmente previste non risultano sospese, come avvenuto in altri ambiti, né diminuite, rientrando in quel nucleo essenziale di garanzie di natura procedurale che risulta funzionale ad assicurare l'effettività del diritto fondamentale a chiedere protezione. Tuttavia, le carenze in termini di effettivo e temporalmente adeguato accesso alla formalizzazione della domanda si sono riproposte, trovando nella oggettiva esigenza di adattare l'organizzazione degli uffici alle misure di contenimento della diffusione del contagio un possibile motivo di giustificazione. In tal senso, quindi,

¹⁰ Art. 9, decreto-legge n. 9, 2 marzo 2020, misura confermata fino al 15 giugno 2020 dal decreto-legge n. 18, 17 marzo 2020.

¹¹ Oltre che per le espulsioni, nei casi in cui queste ultime siano concretamente eseguibili nell'attuale situazione di emergenza da COVID-19; cfr. circolare del Ministero dell'Interno, n. 0020359 del 9 marzo 2020.

¹² Comunicazione Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, 17 aprile 2020, 2020/C 126/02.

l'emergenza rappresenta una "spia" di deviazione dal modello normativo, di scollamento delle prassi attuative dalle norme applicate: l'analisi della reazione delle corti di fronte a tale dinamica può risultare funzionale a inquadrare la questione dalla "giusta distanza" al fine di definirne la reale portata e i possibili rimedi¹³. Un caso, recentemente deciso dal Tribunale di Roma, risulta particolarmente utile al fine di verificare la possibilità di considerare l'emergenza sanitaria come elemento in grado di giustificare prassi amministrative contrarie allo schema legislativo e di sistematizzare – in termini più generali – gli indici di illegittimità delle medesime alla luce della giurisprudenza precedente¹⁴. Prima di affrontare i due aspetti appena delineati, occorre descrivere brevemente la situazione di fatto oggetto dell'ordinanza, anche al fine di comprendere la reale portata delle condotte adottate dalle autorità competenti sulla situazione esistenziale delle persone coinvolte.

Una famiglia, composta da genitori di nazionalità egiziana e marocchina e tre figli minori e giunta in Italia il 12 marzo 2020, propone ricorso in data 2 aprile 2020 al fine di ottenere la ricezione della domanda di protezione internazionale da parte della questura di Roma, in quanto alla data del ricorso non era stato ancora possibile formalizzare la volontà di chiedere protezione. Ciò aveva comportato l'impossibilità di accedere ad una dignitosa sistemazione alloggiativa, nonostante fin dal giorno successivo al loro arrivo si fossero recati a tal fine presso gli uffici competenti. Essendo stati invitati in prima battuta a tornare al termine dell'emergenza sanitaria, dopo l'invio di una diffida a fissare un appuntamento urgente da parte dell'avvocata la questura ha convocato la famiglia per il 7 maggio 2020, quasi due mesi dopo la manifestazione di volontà. A giudizio del Tribunale, se l'eccezionale emergenza sanitaria può giustificare l'esercizio di un potere discrezionale della questura di adottare soluzioni organizzative finalizzate a bilanciare le esigenze di tutela della salute pubblica e quelle dell'utente, anche nel caso di diritto soggettivo alla presentazione della domanda di protezione, nel caso di specie le soluzioni adottate hanno finito con il pregiudicare la situazione esistenziale dei ricorrenti. Significativamente, sono proprio gli effetti "a cascata" prodotti dalla mancata formalizzazione della domanda a determinare l'illegittimità della condotta dell'amministrazione e a condurre il Tribunale a ordinare alla questura di formalizzare la prima domanda di protezione entro sei giorni dalla pubblicazione del provvedimento. Infatti, tali condotte hanno determinato il mancato

¹³ N. ZORZELLA, *Diario di un'avvocata del diritto dell'immigrazione al tempo del COVID-19*, in *Questione giustizia*, 27 aprile 2020.

¹⁴ Trib. Roma, n. 17275/2020, 7 aprile 2020.

accesso alle misure di accoglienza e il conseguente rischio sanitario ai quali si trovano sottoposti soggetti particolarmente deboli e vulnerabili (figli minori), che per la loro condizione di irregolarità (inquanto privi della qualifica di richiedente asilo) possono accedere in modo più difficoltoso al sistema sanitario e si trovano a vivere in condizioni alloggiative che li espongono maggiormente al contagio.

Come anticipato, la decisione emanata durante l'emergenza¹⁵ può dare l'occasione di sistematizzare i punti fermi raggiunti dalla giurisprudenza di merito rispetto a tale questione. Ciò può consentire alle autorità amministrative competenti di assumere la giusta distanza per valutare il bilanciamento più adeguato tra esercizio della funzione, di mero accertamento dei presupposti di fatto e priva di qualsiasi discrezionalità, e tutela del diritto a chiedere protezione, qualificato come assoluto e costituzionalmente garantito dall'art. 10, terzo comma, Cost. In particolare, l'ammissibilità del ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. si giustifica in base all'esigenza di superare una condizione di insicurezza di chi, avendo presentato domanda, in attesa della sua formalizzazione viene a trovarsi in una situazione di incertezza relativa al proprio status e quindi potenzialmente esposto a provvedimenti di natura espulsiva o comunque limitativi della libertà personale. Inoltre, nella giurisprudenza si richiama in modo sistematico il principio per cui le modalità di registrazione «non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione», pur riconoscendo al contempo il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri in tale ambito¹⁶. Nemmeno la carenza di competenza dell'amministrazione alla quale sia rivolta la domanda o una situazione di oggettiva emergenza sanitaria che impone l'adozione di misure organizzative eccezionali possono giustificare il mancato rispetto dei termini.

In conclusione, è auspicabile che l'idea di mutamento di paradigma, che si è imposta nel dibattito pubblico della fase post-emergenziale in riferimento a molti ambiti della vita sociale, culturale ed economica del nostro Paese, venga applicata anche al diritto dell'immigrazione e in particolare alla protezione internazionale. Il caso della formalizzazione della domanda di protezione si presenta "freddo" se colto nella sua natura apparentemente burocratica, ma si rivela drammaticamente "caldo" se letto nella prospettiva delle ricadute sulla vita delle persone coinvolte. Queste ultime rischiano, infatti, di

¹⁵ Non la sola, si veda anche Trib. Torino, 16 aprile 2020.

¹⁶ In tal senso, Tribunale di Trieste, ord. del 26 giugno 2018, che richiama il caso Evelyn Danqua, causa C-429/15, della Corte di Giustizia.

trovarsi indifese – nude, secondo la nota immagine agambeniana – di fronte a comportamenti omissivi o impeditivi messi in atto dalle autorità amministrative: il mutamento non dovrebbe riguardare il quadro normativo, che appare esaustivo e garantista, ma le prassi attuative, le quali dovrebbero essere uniformate (eventualmente mediante linee guida ad hoc) e comunque monitorate in applicazione del principio di buona amministrazione, al fine di ridurre fin dove possibile l'evidente scollamento tra garanzie previste *in the books* e prassi adottate *in action*.

GLI IMMIGRATI RESI ANCORA PIÙ INVISIBILI
DAL CORONAVIRUS:
UNA VITA SOSPESA TRA EMERGENZA SANITARIA E *LOCKDOWN*

Madia D'Onghia *

SOMMARIO: 1. Il Covid e gli immigrati. – 2. La mancanza di tutele per “invisibili”. – 3. Le deboli misure di protezione per i “visibili”. – 4. La sanatoria del 2020 e la sua inefficacia. – 5. Una chiosa finale.

1. *Il Covid e gli immigrati*

L'emergenza Coronavirus ha colpito tutti, ma ancor di più gli emarginati, i deboli, gli ultimi, i precari, gli invisibili e, fra questi, i migranti irregolari. Uomini e donne stranieri, già prima dell'emergenza in una condizione di particolare vulnerabilità, sono ora drammaticamente prive di una ogni forma di tutela, specie ove si consideri la loro presenza in insediamenti informali rurali che di per sé costituiscono assembramenti.

Basti pensare ai ghetti agricoli, vere e proprie baracche, o anche ai ricoveri per persone senza fissa dimora dove si trovano tanti stranieri rimasti privi di accoglienza e di permesso di soggiorno a seguito dell'abrogazione della protezione umanitaria, per non parlare di coloro che vivono per strada. In questi “non luoghi” è impossibile rispettare il cd. distanziamento sociale (indicato in un metro, o più, nei vari provvedimenti normativi) e mancano del tutto i servizi minimi per l'igiene personale, a partire dall'acqua corrente e i servizi igienici fino ai beni di protezione individuale, quali mascherine, guanti, detergenti specifici, etc. Lo stesso dicasi per i luoghi di lavoro: nei campi e in molte fabbriche di trasformazione alimentare, dove i lavoratori lavorano a stretto contatto tra di loro senza dispositivi di protezione. Una situazione, peraltro, generalizzata in tutta Europa, con paesi in isolamento e confini chiusi¹; le restrizioni poste alla mobilità interna all'UE e da paesi terzi impediscono, infatti, ai lavoratori stagionali di viaggiare, sebbene alcuni governi abbiano concesso esenzioni per questa categoria e la Commissione europea

* Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Foggia.

¹ Cfr. R. BEJAN, *COVID-19 and Disposable Migrant Workers*, in www.verfassungsblog.de, 16 aprile 2020.

abbia chiarito che i lavoratori stagionali provenienti da paesi terzi non sono inclusi nelle limitazioni temporanee dei viaggi non essenziali verso l'UE².

Degli stranieri invisibili non v'è ancora traccia negli innumerevoli provvedimenti adottati in questo lungo periodo per fronteggiare l'emergenza; vi sono, invece, disposizioni, sia pure frammentarie, per gli stranieri con uno *status* di irregolarità provvisoria (cioè, in possesso di un permesso di soggiorno prossimo alla scadenza o in attesa di rinnovo) e di quelli presenti nelle strutture di accoglienza e nei centri di trattenimento per il rimpatrio.

2. *La mancanza di tutele per "invisibili"*

Con riferimento ai primi, l'impossibilità di recarsi presso gli uffici pubblici, determinata dal cd. *lockdown*, ha creato un vero caos nella gestione dei rilasci e dei rinnovi dei permessi di soggiorno. Il Ministero dell'interno ha disposto la «*chiusura temporanea al pubblico degli sportelli degli Uffici Immigrazione, destinati al rilascio ed al rinnovo dei permessi di soggiorno*», pur senza bloccare «*le attività relative all'espulsione degli stranieri irregolari e quelle connesse alla ricezione della manifestazione di volontà di richiedere protezione internazionale*»³.

È bene ricordare che il permesso di soggiorno è un documento fondamentale per la permanenza sul territorio nazionale e per un regolare contratto di lavoro. Secondo i dati del 25° Rapporto sulle Migrazioni 2019⁴, nel 2018 sono stati rilasciati 242 mila nuovi permessi di soggiorno, il che fa capire le dimensioni del fenomeno e quali conseguenze può avere un eventuale rallentamento della macchina amministrativa.

La confusione è stata accentuata dal susseguirsi vertiginoso di atti normativi (perennemente in divenire stante il perdurare dell'emergenza epidemiologica), oltre che da una scarsissima, se non inesistente, comunicazione pubblica delle nuove regole che, in estrema sintesi, hanno "congelato" la situa-

² V. EUROPEAN COMMISSION, *Coronavirus: Commission presents practical guidance on implementing the temporary restriction on non-essential travel to the EU*, in *ec.europa.eu*, 30 March 2020 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_543).

³ Cfr. MINISTERO DELL'INTERNO, DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA, DIREZIONE CENTRALE DELL'IMMIGRAZIONE E DELLA POLIZIA DELLE FRONTIERE, *Circolare 9 marzo 2020*, reperibile su www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/03/circolare-Min.-interno-chiusura-uffici.pdf.

⁴ Il Rapporto, curato dalla Fondazione ISMU, è edito dalla Franco Angeli.

zione del cittadino straniero, per evitargli, opportunamente, di incorrere nelle sanzioni previste per non avere richiesto o rinnovato il permesso di soggiorno. Soprattutto, non potrà essere espulso perché si riconosce che il mancato rispetto dei termini non è imputabile al suo agire ma a cause di forza maggiore che hanno portato, come si anticipava, alla chiusura degli stessi uffici di competenza del Viminale.

In particolare, per i permessi scaduti prima del 31 gennaio 2020 e per i quali era già stata avanzata richiesta di rinnovo, il termine di definizione del procedimento è slittato prima al 15 aprile (come si ricava dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18) e poi al 15 maggio 2020 (per effetto del d.l. 8 aprile 2020, n. 23). Per i permessi in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 15 aprile 2020, la materia è stata regolamentata dal secondo comma dell'art. 103, d.l. n. 18/2020, secondo cui: «Tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, in scadenza tra il 31 gennaio e il 15 aprile 2020, conservano la loro validità fino al 15 giugno 2020».

Non sono mancati però profili di incertezza e vuoti regolativi. L'art. 104, d.l. n. 18/2020, stabilisce che: «la validità dei documenti di riconoscimento e di identità scaduti o in scadenza successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto è prorogata al 31 agosto 2020. La validità ai fini dell'espatrio resta limitata alla data di scadenza indicata nel documento». Non vengono menzionati i permessi di soggiorno. Ma stante la riconosciuta natura di “documento di riconoscimento” anche per il permesso di soggiorno (prevista tanto dal d.p.r. n. 445/2000 che dall'art. 4 co 1, d.lgs. n. 142/2015), ben si sarebbe potuto sostenere che i permessi di soggiorno scaduti o in scadenza dopo il 17 marzo 2020 fossero automaticamente prorogati fino a fine agosto 2020.

Nulla si è detto neppure per quanto riguarda l'ipotesi dei permessi di soggiorno scaduti prima del 31 gennaio 2020 e la cui istanza di rinnovo non fosse stata presentata in quanto resa particolarmente gravosa a causa dell'emergenza Coronavirus. Si consideri che il termine entro cui lo straniero deve chiedere il rinnovo del proprio titolo di soggiorno è di 60 gg prima della scadenza e considerata la natura meramente ordinatoria e non perentoria di tale termine, si sarebbe potuto ipotizzare che anche in questi casi la richiesta di rinnovo potesse partire dal 16 giugno in poi. In ogni caso, è stata data indicazione, da parte dell'Asgi, di inviare una PEC agli uffici immigrazione delle questure per dimostrare la propria regolarità di soggiorno, tenuto conto che i procedimenti di espulsione non sono stati sospesi.

Peraltro, la stessa Asgi, stante la complessità delle disposizioni normative,

ha predisposto una Scheda sintetica⁵, per dare più chiare indicazioni sul rinnovo dei permessi, ribadendo che nelle more erano consentite l'inizio o la prosecuzione dei rapporti di lavoro (art. 5, co. 9-bis TU 286/1998), l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale (art. 42, co. 3 dpr n. 394/1999) e al Registro anagrafico (art. 7, co. 3 dpr n. 223/1989), nonché l'esercizio di tutti gli altri diritti connessi alla regolarità di soggiorno.

Appare evidente, come efficacemente sottolineato⁶, l'incertezza regolativa creata dal sovrapporsi di norme, spesso anche di difficile reperibilità, foriera anche di contenziosi di non facile soluzione, attesa la sospensione anche dell'attività giudiziaria, per un certo periodo, ed essendo possibile solo la proposizione di ricorsi cautelari, con le difficoltà connesse allo spostamento delle persone straniere per conferire la procura al difensore.

3. *Le deboli misure di protezione per i "visibili"*

Quanto agli stranieri presenti nelle strutture di accoglienza e nei centri di trattenimento per il rimpatrio, gli interventi governativi si sono limitati a richiamare l'attenzione dei prefetti sulle disposizioni adottate per la prevenzione della diffusione del virus. Si tratta di circolari adottate dal capo dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione⁷, con cui si sono fornite indicazioni, talvolta un po' generiche, per assicurare il rigoroso rispetto delle misure di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemiologica, previste a livello nazionale – compreso l'obbligo per gli ospiti di rimanere all'interno delle strutture – nell'ambito del sistema di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e dei centri di permanenza per il rimpatrio.

⁵ V. ASGI, *Sui permessi di soggiorno nel periodo di emergenza da Coronavirus*, reperibile su www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/9.4.2020-ASGI-ER-rinnovo-permessi-ai-tempi-del-coronavirus.pdf.

⁶ Così N. ZORZELLA, *Diario di un'avvocata del diritto dell'immigrazione al tempo del COVID-19*, in *Questione Giustizia*, 27 aprile 2020 (<http://questionegiustizia.it/articolo/diario-di-un-avvocata-del-diritto-dell-immigrazione-al-tempo-del-covid-19-27-04-2020.php>).

⁷ Cfr. MINISTERO DELL'INTERNO, DIPARTIMENTO PER LE LIBERTÀ CIVILI E L'IMMIGRAZIONE, *Circolare 10 marzo 2020, n. 5897*, (reperibile su <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/5897-del-10.03.2020.pdf>), *Circolare 5 marzo 2020, n. 5587* (reperibile su <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/5587-del-5.03.2020.pdf>), e, da ultimo, *Circolare 1° aprile 2020* (reperibile su https://www.interno.gov.it/sites/default/files/modulistica/circolare_covid-19_prot_del_1_4_2020_ulteriori_indicazioni_protocollo_3728_1_.pdf).

Si dispone, ad esempio, che i migranti, all'arrivo in Italia, devono essere sottoposti al previsto *screening* da parte delle competenti autorità sanitarie per accertare che non presentino patologie infettive o sintomi riconducibili al virus Covid-19, per poi essere posti in isolamento fiduciario per un periodo di quattordici giorni⁸, anche individuando spazi appositi all'interno dei centri o in altre strutture. Solo al termine di tale periodo, qualora non siano emersi casi di positività, i migranti possono essere trasferiti in altra struttura di accoglienza, previo rilascio di idonea certificazione sanitaria. E per impedire gli spostamenti sul territorio sino al termine delle misure emergenziali, dovrà essere garantita e monitorata la prosecuzione dell'accoglienza anche a favore di coloro che non hanno più titolo a permanere nei centri.

Si sottolinea il ruolo «fondamentale» dell'attività informativa che deve essere assicurata, in modo ampio e aggiornato, dagli enti gestori dei centri, con l'ausilio dei mediatori culturali. In particolare: sui rischi della diffusione del virus, sulle prescrizioni anche igienico-sanitarie, sul distanziamento all'interno dei centri, sulle limitazioni degli spostamenti e, nei casi in cui siano in atto le più stringenti misure previste per i casi di isolamento fiduciario o di quarantena, sull'esigenza del loro assoluto rispetto.

I prefetti sono, poi, chiamati a monitorare il rispetto delle prescrizioni e a intercettare eventuali difficoltà operative sul territorio, anche assumendo ulteriori iniziative d'intesa con le altre istituzioni locali, in particolare sanitarie. Al riguardo, si sottolinea l'importanza di effettuare nei confronti delle persone trattenute un costante monitoraggio delle condizioni di salute di ciascuno, al fine di individuare tempestivamente eventuali sintomatologie da Covid-19 e, nei casi sospetti, interessare le competenti autorità sanitarie per gli accertamenti del caso. È altresì necessario assicurare ai trattenuti una idonea dotazione di materiale per la cura dell'igiene e impartita un'attenta informazione sugli accorgimenti da adottare per prevenire il contagio del virus, garantendo la massima cura dei servizi di pulizia di tutti gli ambienti, sia di alloggio che di servizio. Nell'eventualità di nuovi ingressi, si rileva l'importanza di verificare se sia stata effettuata la visita medica preliminare e se sia stata esclusa la sussistenza di sintomatologie da Covid-19. In ogni caso, compatibilmente con le attuali disponibilità di posti, è opportuno collocare i soggetti in alloggi separati per un periodo di almeno 14 giorni.

⁸ Cfr. MINISTERO DELL'INTERNO, GABINETTO DEL MINISTRO, *Circolare 18 marzo 2020*, reperibile su https://www.interno.gov.it/sites/default/files/circolare_decreto_legge_cura_italia_rev_fin.pdf.

Quanto ai colloqui con soggetti esterni si è stabilito che debbano avvenire mantenendo una distanza di almeno 2 metri e, ove possibile, prima dell'ingresso i visitatori dovranno essere sottoposti al rilevamento della temperatura corporea. Nei casi di accertata necessità, si dispone di impartire opportune disposizioni affinché, fermo restando il divieto di detenere negli alloggi i telefoni cellulari, le persone trattenute possano mantenere contatti telefonici con i congiunti che, in relazione ai vigenti divieti di circolazione, non possono raggiungere la struttura di trattenimento.

Si tratta di prescrizioni che però finiscono per rimanere solo delle “buone intenzioni”, non realizzabili, causa gli assembramenti presenti nei grandi centri di accoglienza. Come rilevato in un documento predisposto da diverse associazioni e organizzazioni della società civile (da Asgi ad ActionAID, dal Naga al Gruppo Abele, da Mediterranea a Emergency)⁹, al 15 marzo 2020 si segnalava la presenza di ancora oltre 62mila persone, il che rende, nella pratica, impossibile il rispetto delle misure approvate dal governo, a partire dalla distanza tra le persone (di norma nei moduli abitativi, cd. *container*, stanno almeno 10 persone e gli spazi dedicati ai pasti sono collettivi).

È del tutto evidente, quindi, che le strutture collettive caratterizzate da grandi concentrazioni (CAS, CARA, HUB, CPR, hotspot) non sono oggettivamente idonee a garantire il rispetto delle prescrizioni legali e la salvaguardia della salute sia dei richiedenti asilo, sia degli operatori dell'accoglienza. Si consideri, poi, che l'entrata in vigore del nuovo capitolato di gestione delle strutture di prima accoglienza (DM del 20 novembre 2018), a seguito del primo “decreto Salvini” dell'ottobre 2018, ha determinato una consistente riduzione del personale qualificato (medici e infermieri), con importanti conseguenze sulla qualità dei servizi offerti.

A ciò si aggiunge che sebbene alcune prefetture abbiano diramato le indicazioni prima richiamate ai responsabili dei CAS, chiedendo di «assicurare l'adozione di tutte le iniziative necessarie all'applicazione delle prescrizioni di carattere igienico-sanitario previste», non sono state accompagnate dalla puntuale fornitura di mascherine e disinfettanti personali, né da una sanificazione costante dei locali.

⁹ Cfr. *Emergenza Covid-19. L'impatto sui diritti delle/dei cittadine/i straniere/i e le misure di tutela necessarie: una prima ricognizione*, 22 marzo 2020, reperibile su https://altreconomia.it/app/uploads/2020/03/EMERGENZA-COVID-19_DIRITTI-STRANIERI-22-marzo-finale.pdf

4. *La sanatoria del 2020 e la sua inefficacia*

In tale scenario, l'emergenza sanitaria ha reso quanto mai urgente la richiesta di regolarizzare i migranti irregolarmente soggiornanti in Italia, per consentire loro livelli di tutela adeguati in questa perdurante fase di crisi sanitaria e di sistema, a partire dal fondamentale diritto alla salute. Non a caso sono stati promossi vari appelli e iniziative per sollecitare la regolarizzazione, in generale dei cittadini stranieri irregolari o con specifico riferimento a coloro che sono impiegati in agricoltura, a partire dalla "lettera-appello" promossa da FLAI-CGIL e Terra! «Agire subito per tutelare la salute dei migranti costretti negli insediamenti rurali informali e nei ghetti»¹⁰, sino a quelli promossi dalla campagna «Ero straniero»¹¹, dalla campagna «Sono qui- Sanatoria subito»¹², e, da ultimo, il documento promosso da ASGI¹³. Sono tutte proposte indirizzate al Governo, in particolare alle Ministre dell'Agricoltura, dell'Interno e del Lavoro. Di regolarizzazione, invero, si era iniziato a parlare ancor prima dell'emergenza Covid-19, nel quadro più generale di una complessiva rivisitazione delle disposizioni che incidono sulle politiche migratorie e sulla condizione degli stranieri in Italia¹⁴.

La pandemia ha accelerato la decisione e all'esito di un confronto aspro e teso si è disposta l'ennesima procedura di sanatoria (l'ottava realizzata fra il 1986 e oggi), la cui disciplina si rinviene nell'art. 103 del d.l. 34/2020 (conv., con mod., in l. 77/2020)¹⁵.

Le finalità sono state esplicitate dallo stesso legislatore: «garantire livelli

¹⁰ V. FLAI-CGIL, TERRA!, *Emergenza coronavirus. Lettera-appello alle Istituzioni per la tutela dei migranti nei ghetti*, 20 marzo 2020, reperibile su <https://www.flai.it/primo-piano/emergenza-coronavirus-lettera-appello-della-societa-civile-alle-istituzioni/>.

¹¹ V. *Coronavirus: Organizzazioni 'Ero Staniero' chiedono a Lamorgese e Catalfo regolarizzazione stranieri già in Italia*, reperibile su <https://www.arci.it/coronavirus-organizzazioni-ero-staniero-chiedono-a-lamorgese-e-catalfo-regolarizzazione-stranieri-gia-in-italia/>.

¹² V. LASCIATECIENTRARE, *Appello per la sanatoria dei migranti irregolari ai tempi del Covid-19*, 20 marzo 2020, reperibile su <https://www.lasciatecientrare.it/appello-per-la-sanatoria-dei-migranti-irregolari-ai-tempi-del-covid-19/>.

¹³ V. ASGI, reperibile su <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/proposta-ASGI-emendamenti-COVID-19.pdf>.

¹⁴ Cfr. W. CHIAROMONTE, *A un anno dai decreti sicurezza: eppur (qualcosa) si muove?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, n. 1.

¹⁵ Per un approfondimento si rinvia a W. CHIAROMONTE, M. D'ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, n. 3.

adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria connessa alla calamità derivante dalla diffusione del contagio da Covid-19» e «favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari».

Tante erano, dunque, le aspettative riposte sulla procedura, e altrettanto numerose erano le domande che ci si aspettava pervenissero entro la scadenza. Invece, i numeri sono stati alquanto deludenti. Secondo i dati ufficiali sono pervenute 207.542 richieste¹⁶, con una netta prevalenza di domande da parte di datori di lavoro nell'ambito del lavoro domestico e di cura della persona. E, dunque, gli invisibili dei campi, proprio quelli che vivono in situazioni alloggiative fatiscenti e lavorano per tre euro l'ora, non di rado sotto caporalato, sono rimasti tali (come testimoniato anche da più recenti notizie di cronaca¹⁷).

Pur convenendo sull'opportunità del provvedimento, spiace, quindi, constatare come la montagna abbia partorito un topolino¹⁸, soprattutto rispetto all'obiettivo di porre fine alle gravi forme di sfruttamento dei migranti e di compensare la carenza di manodopera agricola. D'altro canto, non poteva che esserci questo risultato, avendo il Governo sovraccaricato un'unica procedura di più obiettivi: da quello sanitario-emergenziale, per garantire il diritto alla salute a tutti gli irregolari e contestualmente contenere la pandemia, a quello economico-occupazionale, per soddisfare il fabbisogno di lavoratori in alcuni settori strategici.

5. Una chiosa finale

Ebbene, se si vuole trarre qualche lezione dalla storia più recente¹⁹, va

¹⁶ Cfr. il *Report* aggiornato alle ore 24.00 del 15.8.2020 (https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-08/dlci_-_analisi_dati_emersione_15082020_ore_24.pdf).

¹⁷ Solo per citare uno dei casi più recenti, il 24.8.2020 la Guardia di Finanza ha sequestrato l'azienda agricola StraBerry a Cassina de' Pecchi (Milano) nell'ambito di un'indagine sul caporalato che ha accertato un «sistematico sfruttamento illecito della manodopera agricola a danno di circa 100 lavoratori extracomunitari» (<https://www.lastampa.it/milano/2020/08/24/news/sequestrata-la-straberry-l-azienda-sfruttava-i-braccianti-4-5-euro-l-ora-1.39226954>).

¹⁸ Si veda W. CHIAROMONTE, *Sanatoria 2020 in stallo. Il Viminale fa un passo avanti (e due indietro)*, in *LLC*, 21 maggio 2021.

¹⁹ Cfr. M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri*, Roma, 2018.

accettato che una regolarizzazione – da sola – non può essere sufficiente ad affrontare l'attuale congiuntura con tutte le sue criticità, oltre al fatto che essa sposta l'attenzione dal vero problema che sta dietro alla irregolarità/illegalità di molti rapporti di lavoro, e cioè l'assenza di canali regolari di ingresso e di strumenti adeguati di incontro tra domanda e offerta di lavoro.

Resta l'urgenza, ancor più in questa grave situazione pandemica, di porre in essere una riforma strutturale e realistica dell'immigrazione che superi la tradizionale impostazione securitaria ed emergenziale. Non basta regolarizzare gli immigrati; bisogna anche “regolarizzare l'immigrazione” e lo strumento della sanatoria (anche la migliore giuridicamente possibile) non è certo in grado di ripristinare i diritti fondamentali nei luoghi di lavoro, a partire dal diritto alla salute, né tantomeno è sufficiente a far scomparire i ghetti o a rendere più vivibile la vita dei lavoratori migranti.

Persistere nel nesso tra “clandestinità”, marginalità sociale e pericolosità pubblica finisce per generare una sorta di effetto *boomerang*, lasciando totalmente sprovvisti i lavoratori di protezione sociale, ivi compresa quella tutela sanitaria, tanto evocata in questi mesi, affidata perlopiù (e non da oggi) all'attivismo di organizzazioni sindacali, di associazioni di volontariato, come la Caritas, e, per i più fortunati, agli organi di giustizia.

Perfino il tempo straordinario che stiamo vivendo nel mondo intero, nel pieno della crisi della pandemia Covid-19, di chiusura di tutti i porti e gli aeroporti, sta dimostrando in modo evidente che fermare la mobilità umana uccide, oltre all'economia, i tessuti sociali. Chiudere ogni famiglia nella propria casa, ogni città dentro le sue mura, ogni nazione dentro i confini, funziona bene per fermare una malattia infettiva, ma distrugge assolutamente tutto il resto, alimentando un grave analfabetismo culturale.

In questa prospettiva, per concludere, resta imprescindibile che qualunque intervento legislativo, anche quello più garantista, debba smettere di considerare gli immigrati, specie se irregolari, come una massa indistinta, trascurando il fatto che si tratta di decidere di aspetti essenziali della vita di tanti singoli individui e contribuire alla loro integrazione. Il che significa null'altro che attenersi alla visione solidaristica della nostra Costituzione, la quale colloca la persona (e i diritti che valgono a definirla) al centro dell'apparato istituzionale, generando quel circolo virtuoso tra sicurezza, dignità e solidarietà.

COVID-19 E IMMIGRAZIONE:
L'URGENTE NECESSITÀ DI UNA REGOLARIZZAZIONE

Andrea De Petris*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Migranti e manodopera nel settore agroalimentare. – 3. Le iniziative del Governo. – 4. I pericoli di una reiterata precarizzazione dei lavoratori migranti attivi nel settore. – 5. Possibili miglioramenti della disciplina della materia.

1. *Introduzione*

Tra le tante emergenze provocate dalla diffusione del COVID-19, si sta gradualmente profilando anche quella legata alle difficoltà di garantire la raccolta della produzione agroalimentare nazionale per l'anno in corso. Secondo Coldiretti, nel settore mancano attualmente almeno 200.000 lavoratori stagionali, che negli anni scorsi giungevano in Italia dall'estero e che quest'anno non arriveranno a causa della chiusura delle frontiere determinata dalla pandemia. I problemi che questa situazione deficitaria rischia di provocare sono molteplici, e tutti di estrema gravità: non soltanto sarebbero a rischio oltre 200 milioni di Euro di produzioni agricole, ognuna da raccogliere coi giusti tempi nella rispettiva finestra temporale della stagione, ma la giacenza di frutta e verdura nei campi starebbe determinando anche un aumento esponenziale degli animali selvatici che se ne nutrono, a cominciare dai cinghiali.

La crescente presenza di questi ultimi rappresenterebbe una minaccia non solo per l'esistenza dei raccolti, ma anche per l'incolumità dei lavoratori del settore, senza dimenticare il pericolo di trasmissione di malattie aviarie come la peste suina agli animali di allevamento e, più in generale, la tenuta degli equilibri ambientali in ecosistemi territoriali molto ampi e di elevato valore naturalistico. Coldiretti teme che questo possa tradursi tra l'altro in un aumento dei prezzi all'ingrosso e al consumo dei prodotti agricoli e, a cascata, in un ulteriore aggravio economico per tutta la filiera agroalimentare e della ristorazione. Per questa ragione, ci sarebbe bisogno di trovare soluzioni

* Professore aggregato di Diritto costituzionale, Università Giustino Fortunato di Benevento/Direttore Scientifico Cep Italia.

rapide ed efficaci che consentano di mettere in sicurezza un settore chiave dell'economia nazionale, in un momento in cui la crisi occupazionale e produttiva di altri settori si fa sempre più pressante e drammatica.

2. *Migranti e manodopera nel settore agroalimentare*

Non è un mistero che, fino all'anno scorso, l'imprenditoria agroalimentare non si sia servita soltanto dei lavoratori stagionali giunti dall'estero, ma abbia fatto anche sistematicamente affidamento sulla manodopera offerta dai migranti presenti sul territorio nazionale, a cui venivano offerte condizioni di lavoro profondamente svantaggiose per livello di retribuzione, condizioni di lavoro e garanzie socio-sanitarie. I fenomeni del lavoro nero e del caporalato, odiosi in tutte le loro forme, hanno mostrato negli anni la maggiore recrudescenza proprio nei confronti degli immigrati, soprattutto se privi di permesso di soggiorno e quindi più facilmente ricattabili da parte di datori di lavoro senza scrupoli, troppo spesso nel disinteresse delle pubbliche istituzioni che pure avrebbero le competenze per sorvegliare e reprimere certe pratiche illegali. Non sono quindi mancati in queste settimane gli inviti pubblici dai soggetti attivi nel settore a considerare l'introduzione di forme di regolarizzazione per i cittadini stranieri privi di permesso di soggiorno disposti ad occuparsi della raccolta agroalimentare, tanto per scongiurare la compromissione dei raccolti, quanto per garantire, attraverso la regolarizzazione, adeguate condizioni esistenziali e sanitarie ad una popolazione di regola costretta dalla precarietà ad ammassarsi in vere e proprie *bidonville* sorte a ridosso delle coltivazioni che, in tempi di pandemia, rischiano di trasformarsi rapidamente in altrettanti focolai del COVID-19, pericolosi non solo per chi le abita, ma anche per l'intero territorio che le ospita.

3. *Le iniziative del Governo*

Recentemente, il Governo avrebbe iniziato a mostrare interesse nei confronti di questa richiesta, se è vero che secondo informazioni di stampa tra i ministeri di Agricoltura, Lavoro, Interni, Economia e Giustizia ha preso a circolare una bozza di legge¹ ancora del tutto provvisoria, avente ad oggetto

¹ Il testo della bozza è disponibile al link: https://www.meltingpot.org/IMG/pdf/bozza_regolarizzazione.pdf (23.2.2021).

il tema della regolarizzazione dei cittadini immigrati destinati all'impiego nei settori dell'agricoltura, dell'allevamento, della pesca e dell'acquacoltura. Pur non trattandosi di un provvedimento ufficiale, sembra comunque utile analizzarne i contenuti, valutare quali effetti potrebbe produrre se approvato, e considerare se risulti congruo rispetto alla finalità che intende perseguire.

Come detto, la bozza mira a “sopperire alla carenza di lavoratori nei settori dell'agricoltura, dell'allevamento, della pesca e dell'acquacoltura, in conseguenza del rischio sanitario connesso alla diffusione del Covid 19”: espresso scopo del provvedimento sarebbe quindi quello di far fronte ad un problema di carattere imprenditoriale – garantire il regolare svolgimento di un'attività produttiva –, e non di normalizzare la condizione di una quota considerevole di forza lavoro al momento irregolare, la cui regolarizzazione ne risulterebbe una mera conseguenza accessoria e, come vedremo a breve, solamente temporanea. Il testo prevede infatti che i datori di lavoro che “intendano concludere un contratto di lavoro subordinato nei suddetti settori economici, a tempo determinato con cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale in condizioni di irregolarità”, possano farlo presentando una apposita istanza a riguardo presso lo sportello unico per l'immigrazione ai sensi dell'art. 22 del D.L. 286/1998 e successive modificazioni.

Sono legittimati a presentare istanza solamente i datori di lavoro dotati di cittadinanza italiana, della cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione Europea, nonché i datori di lavoro stranieri in possesso del titolo di soggiorno previsto dall'art. 9 del D.L. 286/1998, vale a dire la Carta di Soggiorno a tempo indeterminato. La bozza prosegue precisando che, in caso di esito favorevole del procedimento, il permesso di soggiorno così ottenuto ha la durata del contratto di lavoro, che non può essere superiore ad un anno, rinnovabile “in caso di nuova opportunità di lavoro offerta dallo stesso o da altro datore di lavoro, fino alla scadenza del nuovo rapporto di lavoro”. Nel caso in cui il contratto non venga rinnovato, il titolare del permesso di soggiorno temporaneo ha diritto ad accedere all'iter previsto nel già citato art. 22 del D.L. 286/1998, al cui punto 9 si legge che “il lavoratore straniero in possesso del permesso di soggiorno per lavoro subordinato che perde il posto di lavoro, anche per dimissioni può essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno, e comunque, salvo che si tratti di permesso di soggiorno per lavoro stagionale, per un periodo non inferiore ad un anno.”

Le problematiche della bozza non si esauriscono comunque qui: in primo luogo, il procedimento per la richiesta del permesso di soggiorno risulta infatti estremamente complesso - chiamando in causa una serie considerevole

di enti ed istituzioni, quali lo sportello unico per l'immigrazione, la questura, il competente Ispettorato territoriale del lavoro – in un momento la funzionalità degli uffici pubblici subisce inevitabili rallentamenti dovuti alle restrizioni conseguenti alla diffusione del Coronavirus; in secondo luogo, il procedimento ha una sua onerosità, in quanto esige dal proponente datore di lavoro che richiede il rilascio del permesso di soggiorno un contributo economico la cui entità per il momento non è ancora definita.

Questi due aspetti della norma potrebbero influire negativamente sull'intenzione di datori di lavoro potenzialmente interessati di avvalersi effettivamente di questo strumento, riducendo i margini di regolarizzazione della popolazione immigrata irregolare. L'impianto della bozza sembra ad ogni modo chiaro: l'obiettivo è quello di reperire rapidamente forza lavoro da impiegare in un settore che ne rivendica a gran voce la necessità, mentre non viene presa affatto in considerazione la condizione di precarietà iniziale in cui versano e alla quale sembrerebbero destinati a tornare al termine dell'attività lavorativa i destinatari del provvedimento.

È evidente, infatti, che ancorare la durata del permesso di soggiorno al periodo di validità di un contratto di lavoro stagionale, e farne derivare il rinnovo dalla stipulazione di un nuovo contratto dello stesso tipo, significa relegare i migranti regolarizzati secondo questo iter ad una condizione di potenziale precarietà indeterminata nel tempo. Nemmeno la possibilità di accesso alle liste di collocamento garantirebbe agli interessati maggiore stabilità, dal momento che comunque il rinnovo del permesso di soggiorno continuerebbe a dipendere dall'eventuale instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro. Si configurerebbe pertanto una regolarizzazione finalizzata a soddisfare il mero bisogno di "braccia" dell'attività economica, e non orientata a realizzare un'opportunità di porre fine alla precarietà di gruppi di migranti di cui pure il sistema produttivo del Paese mostra di avere estremo bisogno.

3. I pericoli di una reiterata precarizzazione dei lavoratori migranti attivi nel settore

Far dipendere la titolarità di un permesso di soggiorno da condizioni lavorative così incerte ripropone l'annosa problematica della debolezza intrinseca ad una popolazione di lavoratori la cui stabilità resta subordinata al rinnovo del rapporto occupazionale, ovvero, in ultima analisi, alla volontà del datore di lavoro. Indubbiamente, la regolarizzazione di questo rapporto garantirebbe ai lavoratori emersi quantomeno un salario conforme alle disposi-

zioni di legge ed adeguate condizioni occupazionali e socio-sanitarie; d'altro canto, porre quale unica condizione per una reiterazione che resterebbe comunque periodica e provvisoria del permesso di soggiorno il rinnovo stagionale del contratto di lavoro rischia di riproporre con modalità differenti quella precarietà che proprio la manodopera agricola ha storicamente conosciuto nel nostro Paese sotto forma di caporalato e lavoro nero.

Un'aporìa che, se confermata, risulterebbe ancor più sconcertante in quanto, a quanto è dato sapere, contenuta in un testo all'esame di un Esecutivo che tra i propri componenti annovera in veste di Ministro delle Politiche Agricole Teresa Bellanova, la quale grazie al suo storico impegno di lavoratrice agricola prima, e di sindacalista nel settore poi, ha conosciuto e combattuto con forza negli anni le sopraffazioni e le iniquità che la piaga del caporalato ha imposto ai braccianti, regolari e non. Se, come lo stesso Ministro Bellanova asserisce, l'Italia avrà bisogno stabilmente ed in grande quantità di manodopera nel settore agroalimentare, scopo della disciplina in materia dovrebbe allora essere in primo luogo quello di tutelare la qualità dei lavoratori impiegati in tale ambito, provvedendo innanzi tutto a favorirne la continuità lavorativa come preconditione per consentirne una stabile regolarizzazione.

Come spiega la presidente di Coldiretti Bologna, Valentina Borghi, infatti, l'attività lavorativa in agricoltura, seppur semplice, ha delle condizioni specifiche e standard di qualità molto alti da rispettare. Per assicurare il rispetto di questi standard, è necessario che anche il personale impiegato nella raccolta sia adeguatamente formato, poiché è chiaro che "persone formate che vengono qui da anni conoscono bene le tecniche di raccolta, il mantenimento della qualità, così come la cura e ripristino della pianta". In altre parole, un bracciante già formato garantisce un lavoro più adeguato ed efficiente, ed un prodotto agricolo finale di migliore qualità. Sarebbe quindi scelta non solo di civiltà, ma anche di assoluto interesse generale, assicurare che lavoratori già formati nell'attività della raccolta ortofrutticola possano tornare ad essere impiegati stabilmente negli anni: diversamente, prima di ogni stagione di raccolta si renderebbe necessario formare personale alla prima occupazione nel settore, con notevole dispendio di tempo e risorse ed un'inferiore qualità della produzione agricola resa disponibile al commercio.

Considerata la cronica carenza di manodopera nel settore, è verosimile che anche una volta superata l'attuale emergenza pandemica gli imprenditori agricoli continueranno a mantenere un bisogno di forza lavoro che l'offerta di manodopera al momento disponibile tra i cittadini italiani e stranieri regolari non sembra in grado di soddisfare: braccianti già formati e certi della regolarità del loro soggiorno sono d'altro canto lavoratori più consapevoli e

capaci di far valere i loro diritti nei confronti di potenziali situazioni di sfruttamento ed abuso. Sarebbe quindi una scelta di pieno buon senso che gli estensori della norma in esame riconsiderassero il meccanismo di stabilizzazione dei migranti irregolari in Italia intenzionati a lavorare nell'agroalimentare, attribuendo loro un permesso di soggiorno pluriennale indipendente dalla durata del contratto di lavoro che ne consente l'emersione, e che possa essere convertito in un regolare permesso di lavoro indipendente dalla tipologia dell'attività occupazionale svolta.

Una forma più concreta di stabilizzazione del lavoratore oggi irregolare consentirebbe quindi una sua più solida emersione dall'illegalità, allontanando il suo ritorno nella precarietà, e favorirebbe l'erogazione di lavoro di qualità alla base della filiera agroalimentare: un settore al momento sotto fortissima pressione e sul quale tuttavia si regge una parte cruciale dell'economia sia a livello nazionale che locale. Non va comunque dimenticato che, quand'anche venisse effettivamente trasformato in legge, il provvedimento in esame interesserebbe comunque solo una parte ridotta della popolazione migrante attualmente presente sul territorio nazionale in condizioni di irregolarità – un'irregolarità, è bene ricordarlo, in buona parte sopravvenuta o sopravveniente a causa dei due Decreti Sicurezza 113/2018 e 53/2019.

4. *Possibili miglioramenti della disciplina della materia*

Secondo stime dell'ISMU², alla fine del 2018 si trovavano in Italia 533.000 cittadini stranieri privi di permesso di soggiorno, a cui andrebbe aggiunta la quota di immigrati che, a seguito della cancellazione della protezione per motivi umanitari voluta dal primo Decreto Sicurezza, hanno perso la possibilità rimanere legalmente in Italia, che un'analisi dell'ISPI³ ritiene possano raggiungere le 670.000 unità entro il 2020. Dal momento che il numero dei rimpatri alla metà del 2019 risultava essere di poche migliaia, è verosimile ipotizzare che al momento su suolo italiano la popolazione immigrata irregolare ammonti almeno a 600.000 unità, dei quali solo una parte molto ristretta beneficerebbero della regolarizzazione temporanea connessa allo svolgimen-

² Comunicato Stampa Fondazione ISMU, XXIV Rapporto ISMU sulle migrazioni 2018, disponibile in: <https://www.ismu.org/wp-content/uploads/2018/10/Comunicato-Stampa-XXIV-Rapporto-Ismu-sulle-Migrazioni.pdf> (23.2.2021)

³ Matteo Villa, I nuovi irregolari in Italia, ispionline, 18.12.2018, disponibile in: <https://www.ispionline.it/pubblicazione/i-nuovi-irregolari-italia-21812> (23.2.2021)

to dell'attività bracciantile. Considerate le comprovate condizioni di precarietà in cui versano i migranti irregolari da un punto di vista non solo occupazionale, ma in primo luogo esistenziale e sanitario, sono molte le iniziative sorte in questo periodo di pandemia che chiedono al Governo italiano di prevedere forme di regolarizzazione generalizzata della popolazione migrante, nella convinzione che la cessazione della condizione di clandestinità, consentendo l'emersione degli irregolari dal lavoro sommerso ed il loro accesso alle forme di protezione disponibili sul territorio, elimini quelle condizioni di precarietà che all'epoca del COVID-19 costituiscono un pericolo per l'incolumità non solo degli stranieri irregolari, ma dell'intera collettività.

Va ad es. in questo senso la proposta di ASGI⁴ (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione), che censura il ricorso a permessi di soggiorno settoriali, e richiede invece forme generali di regolarizzazione attraverso l'emanazione di un permesso di soggiorno per ricerca occupazione, rinnovabile e convertibile alle condizioni di legge, oppure un permesso di soggiorno per lavoro qualora, alla data del 29 febbraio 2020 o alla data della domanda il richiedente abbia in corso un rapporto di lavoro, entrambi della durata di un anno. Dello stesso tenore la recente iniziativa di Tito Boeri, Sergio Briguglio e Edoardo Di Porto⁵ che, muovendo dalla stessa logica di lotta alla precarietà dell'immigrazione sommersa, propone l'immediata regolarizzazione degli attuali stranieri irregolari in modo rapido e privo di adempimenti burocratici, attraverso il rilascio di un permesso di soggiorno basato sulla semplice richiesta dello straniero.

Con la sola ricevuta della richiesta del permesso dovrebbe essere possibile iniziare la ricerca e l'eventuale svolgimento di attività lavorativa, con conseguente iscrizione al Servizio sanitario nazionale e all'anagrafe (nel caso anche come "senza fissa dimora", se necessario), ed accesso all'assistenza dei servizi sociali offerti dal Comune di residenza. Peraltro, la linea dell'opportunità della regolarizzazione è stata di recente ribadita anche dalla Commissione Europea, che nella Comunicazione (2020/C 126/02) del 17

⁴ ASGI, No alla regolarizzazione settoriale, si ad un permesso per chi lavora e cerca lavoro in Italia, 30.4.2020, disponibile in: <https://www.asgi.it/notizie/regolarizzazione-stranieri/#modulo> (23.2.2021)

⁵ Tito Boeri, Sergio Briguglio e Edoardo Di Porto, Chi e come regolarizzare nell'emergenza coronavirus, lavoce.info, 24.4.2020, disponibile in: <https://www.lavoce.info/archives/65966/chi-e-come-regolarizzare-nellemergenza-coronavirus/#autore> (23.2.2021)

aprile 2020⁶ ha specificato che, in caso di impossibilità a procedere ai rimpatri, “gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale per concedere il permesso di soggiorno o altra autorizzazione così da riconoscere ai migranti irregolari il diritto di soggiornare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura, a norma dell’articolo 6, paragrafo 4, della direttiva 2008/115/CE (“Direttiva rimpatri”).”

La linea della regolarizzazione generalizzata di tutta la popolazione immigrata sul territorio nazionale era stata già accolta dalle autorità portoghesi⁷, che dal 18 marzo, giorno della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, hanno previsto che il documento di richiesta del permesso di soggiorno è considerato un giustificativo equiparato ad un permesso di soggiorno temporaneo, con il quale è possibile accedere a tutti i servizi pubblici come il Servizio Sanitario Nazionale e i servizi sociali, e stabilito che la stessa tutela è estesa anche ai richiedenti asilo. La pandemia ci costringe a vivere un momento drammatico e doloroso: mettere al centro l’individuo ponendo mano ai due Decreti Sicurezza, come l’attuale Governo aveva promesso di fare al momento del suo insediamento, e provvedere a ridurre l’emergenza socio-sanitaria attraverso la regolarizzazione della parte più debole della popolazione, sarebbe un buon modo per ridurre almeno in parte la complessità di questo tempo così precario per tutti.

⁶ Comunicazione della Commissione (2020/C 126/02), Covid-19: linee guida sull’attuazione delle disposizioni dell’UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, 17.4.2020, disponibile in: https://www.ifelcampania.it/wp-content/uploads/2020/04/CELEX_52020XC041707_IT_TXT.pdf (23.2.2021)

⁷ Joana Gorjão Henriques, Portogallo - Il governo regolarizza tutti gli immigrati che hanno domande pendenti, Traduzione a cura di: Michele Montemurro, Progetto Melting Pot Europa, 28.3.2020, disponibile in: <https://www.meltingpot.org/Portogallo-Il-governo-regolarizza-tutti-gli-immigrati-che.html#.YDTxd-hKguW> (23.2.2021)

REGIONI, EMERGENZA SANITARIA E IMMIGRAZIONE.
RIFLESSIONI IN TEMA DI COMPETENZE A PARTIRE
DALL'ORDINANZA 22.8.2020
DEL PRESIDENTE DELLA REGIONE SICILIANA

Francesca Biondi Dal Monte*

SOMMARIO: 1. L'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana in tema di emergenza sanitaria e immigrazione. – 2. La sospensione dell'ordinanza e il decreto cautelare del TAR per la Sicilia. – 3. Un potere sostitutivo “alla rovescia”? – 4. Rilievi conclusivi.

1. *L'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana in tema di emergenza sanitaria e immigrazione*

Quello delle competenze tra Stato e Regioni in tema di immigrazione e asilo è un tema che ha ricevuto una grande attenzione negli anni immediatamente successivi alla riforma del titolo V della Costituzione e che mantiene una perdurante attualità anche in tempi di emergenza sanitaria.

La pandemia in corso, causata dalla diffusione del virus Covid-19, ha infatti messo alla prova tutti gli Stati nazionali, e al loro interno tutti i livelli di governo, nella ricerca di soluzioni efficaci per arginare il contagio nel rispetto dei diritti umani fondamentali¹. Si tratta di una emergenza sanitaria che ha visto un ampio ricorso a poteri di emergenza e che ha avuto riflessi anche sulla gestione del fenomeno migratorio, sulla tutela della salute dei migranti nei luoghi di accoglienza, sull'accesso ai servizi sanitari e sociali a livello territoriale. Preoccupano in questa direzione il sovraffollamento di alcuni centri di accoglienza e dell'*hotspot* di Lampedusa, in conseguenza degli ultimi sbarchi sul territorio siciliano, nonché il ricorso a “navi quarantena”, in cui i mi-

* Ricercatrice in Diritto Costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna.

¹ Sulla diffusione della pandemia e le sfide dell'accoglienza tra Unione europea e Stati nazionali a partire dalle vicende di Moria, S. FABBRINI, *La miscela esplosiva di Covid-19 e rifugiati*, in *Il Sole24ore*, 13 settembre 2020. In generale sul tema, con riferimento all'aumento delle migrazioni verso l'Unione europea a partire dal 2014, si vedano i contributi raccolti in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Diagnosi e prospettive*, Napoli, 2017.

granti vengono trattenuti per accertare la presenza o meno di persone affette da Covid-19. Alle difficoltà già rilevate, a livello regionale e locale, nella gestione dell'accoglienza dei migranti, sia in relazione al ricorso a centri straordinari di accoglienza che nell'adesione degli enti locali alla rete *Sprar* (poi ridenominata *Siproimi* e da ultimo *Sai*), si è aggiunta – in tempi di pandemia – anche la necessità di evitare la diffusione del contagio nei centri per migranti e il rispetto delle prescrizioni in temi di distanziamento sociale e osservanza dell'obbligo di quarantena.

Si colloca in questo contesto l'ordinanza contingibile e urgente del 22 agosto 2020, n. 33², del Presidente della Regione siciliana Nello Musumeci, con la quale è stato ordinato l'immediato sgombero degli *hotspot* e dei centri di accoglienza dei migranti, disponendo che tutti i migranti presenti fossero «improrogabilmente trasferiti e/o ricollocati in altre strutture fuori dal territorio della Regione Siciliana, non essendo allo stato possibile garantire la permanenza nell'Isola nel rispetto delle misure sanitarie di prevenzione del contagio». Con la medesima ordinanza, il Presidente della Regione ha altresì disposto il divieto di ingresso, transito e sosta nel territorio della Regione Siciliana di ogni migrante che raggiunga le coste siciliane con imbarcazioni di grandi e pubbliche dimensioni, comprese quelle delle O.N.G., con il fine di «tutelare e garantire la salute e la incolumità pubblica, in mancanza di strutture idonee di accoglienza».

Tra i presupposti dell'ordinanza, sotto il profilo della competenza del Presidente della Regione, viene richiamato in via generale lo Statuto regionale e le competenze in ambito sanitario. In particolare, ci si riferisce alla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. n. 833/1978) e, nello specifico, alla possibilità per il Presidente della Giunta regionale e per il Sindaco di emettere ordinanze di carattere contingibile ed urgente – con efficacia estesa rispettivamente alla Regione o al territorio comunale – in materia di igiene e sanità pubblica, nonché le funzioni amministrative ad essi attribuiti anche nell'ambito del d.lgs. n. 112/1998. Nel quadro poi dell'emergenza epidemiologica derivante dalla diffusione del Covid-19, viene richiamata l'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020, che individua nel Presidente della Regione Siciliana il Soggetto Attuatore delle misure emergenziali connesse allo stato di emergenza dichiarato sul territorio nazionale e relative al rischio sanitario e connesso all'insorgenza

² Il testo dell'ordinanza è disponibile al sito della Regione Siciliana: http://pti.regione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR_PORTALE/PIR_Covid19OrdinanzePresidenza della Regione/Ordinanza 33.pdf

di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. Mentre sotto il profilo della situazione di fatto che ha determinato l'adozione dell'ordinanza, si richiama genericamente il quotidiano sbarco di migranti sul territorio regionale, che inciderebbe in modo significativo ed allarmante «sul rischio concreto di diffusione del contagio, con evidente pregiudizio per l'ordine e la sicurezza pubblica e, quindi, per la tutela della salute». Ci si riferisce altresì alla mancanza di strutture idonee a garantire l'assenza di promiscuità tra soggetti contagiati e sani, la carenza di misure per evitare il concreto rischio di fuga dei migranti contagiati, il sovraffollamento degli *hotspot*.

Vari sono i profili critici dell'ordinanza in questione, che peraltro introduce misure da adottare nei confronti di tutti i migranti presenti sul territorio regionale, senza distinguere quelli affetti da Covid-19 o quelli in sovrannumero rispetto alla capienza consentita nei luoghi di accoglienza presenti sul territorio. A ciò deve aggiungersi anche l'inadeguatezza del breve termine assegnato per l'esecuzione delle misure ivi previste – dal giorno successivo alla sua adozione, 23 agosto 2020, e fino al 10 settembre 2020 – senza una adeguata e previa attivazione di meccanismi di coordinamento con lo Stato e le altre Regioni.

L'ordinanza è stata impugnata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Ministero dell'interno dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, con contestuale istanza di adozione della misura cautelare monocratica di cui all'art. 56 c.p.a., che come noto consente di chiedere al Presidente del Tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio.

L'istanza cautelare è stata accolta con decreto del 27 agosto 2020 del Presidente della Sezione Terza del TAR per la Sicilia, rinviando poi la trattazione collegiale ad una successiva camera di consiglio.

2. *La sospensione dell'ordinanza e il decreto cautelare del TAR per la Sicilia*

Tra i vari profili toccati nel decreto cautelare, appare meritevole di attenzione proprio quello attinente al difetto di competenza del Presidente della Regione Siciliana, sia sotto il profilo delle attribuzioni regionali in tema di salute, che in relazione a quelle in tema di immigrazione.

Con riferimento al primo profilo, occorre inquadrare l'ordinanza

nell'ambito della disciplina emergenziale adottata in conseguenza della diffusione del virus Covid-19³. In particolare, la speciale normativa di rango primario adottata con il d.l. n. 19/2020 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19) ha attratto allo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri la competenza all'adozione delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, rimettendo alla responsabilità delle Regioni l'adozione di eventuali misure interinali e di ulteriore profilassi giustificate da specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario a livello locale. In riferimento a tali situazioni, le Regioni possono comunque intervenire in via di urgenza – nelle more dell'adozione di un nuovo D.P.C.M. – ed esclusivamente «nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale».

Tuttavia, l'ordinanza in questione, sebbene sia stata adottata con la dichiarata finalità di tutelare la salute in conseguenza del dilagare dell'epidemia da Covid-19 sul territorio regionale, ha inciso inevitabilmente sull'organizzazione e gestione del fenomeno migratorio nel territorio italiano, ambito di competenza statale esclusiva. Peraltro, è indubbio come l'esecuzione delle misure previste dall'ordinanza avrebbe avuto effetti sull'intero territorio nazionale, verso cui trasferire tutti i migranti presenti sul territorio siciliano.

Che le misure in questione incidano sulla competenza statale esclusiva in tema di immigrazione e asilo appare piuttosto chiaro dalla natura delle stesse, strettamente attinenti all'ingresso e soggiorno degli stranieri sul territorio regionale (e nazionale). Sul punto è decisivo il contributo offerto dalla giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenza tra Stato e Regioni dopo la riforma del titolo V della Costituzione. Come si ricorderà, infatti, proprio la riforma del titolo V ha offerto un nuovo slancio all'intervento delle Regioni in materia di immigrazione, stimolando l'adozione di specifiche leggi prevalentemente dedicate all'integrazione dei migranti sul territorio regionale e alla tutela dei loro diritti fondamentali. Ne è derivato un contenzioso che è stato risolto dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 300/2005, con la quale è stato chiarito che l'intervento pubblico «non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma

³ Per un approfondimento del tema si veda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 109 ss., e i contributi raccolti in AA.VV., *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. speciale/2020.

riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, materie che intersecano ex Costituzione, competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente». La legislazione statale può dunque coesistere con legislazioni regionali distinguendo tuttavia le “politiche di immigrazione” dalle “politiche per l'immigrazione”. Le prime sono attinenti al controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale e rientrano nella competenza statale esclusiva in tema di “diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea” (art. 117, comma 2, lett. a, Cost.) e “immigrazione” (art. 117, comma 2, lett. b Cost.). Le seconde sono relative agli altri ambiti della vita dello straniero sul territorio nazionale/regionale: dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, rientranti nella competenza regionale concorrente o residuale. In questo quadro le Regioni possono anche introdurre interventi a favore degli stranieri presenti sul proprio territorio e non in regola con le norme sull'ingresso e soggiorno, in stretta connessione con il principio personalista di cui all'art. 2 Cost. e con la tutela dei diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti (Corte cost. sent. nn. 269/2010, 299/2010 e 61/2011). Mentre per quanto riguarda le funzioni amministrative, l'art. 118 Cost. ha come noto costituzionalizzato il principio di sussidiarietà verticale, secondo il quale esse sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Lo stesso art. 118 Cost. prevede espressamente che la legge statale disciplini forme di coordinamento fra Stato e Regioni in materia di immigrazione⁴.

⁴ Per un approfondimento del riparto di competenze tra Stato e Regioni si vedano, *ex multis*, P. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, pp. 483 ss.; ID, *L'allocazione delle funzioni amministrative e le forme di coordinamento per le materie dell'ordine pubblico, della sicurezza e dell'immigrazione nel nuovo art. 118 della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 5/2002, pp. 1121 ss.; A. RUGGERI, C. SALAZAR, «Ombre e nebbia» nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), *Problemas constitucionales de la inmigracion: una vision desde Italia y España*, Valencia, 2005, pp. 309 ss.; D. STRAZZARI, *Riparto di competenze tra Stato e Regioni: alla ricerca del confine perduto?*, in *Le Regioni*, n. 5/2006, oo, 1036 ss.; G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra stato e regioni in materia di immigrazione al tempo del «pacchetto sicurezza»*. Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010, in *Giur. cost.*, n. 5/2010, pp. 3901 ss.; C. CORSI,

Chiarito quanto sopra, in ragione degli interessi coinvolti, è evidente come l'intervento del Presidente della Regione Siciliana sia andato ad incidere su un ambito di competenza statale esclusiva, in quanto attinente all'ingresso dei migranti sul territorio regionale e alla loro permanenza nei centri di accoglienza. Tale conclusione è confermata anche dalla più recente sentenza n. 194/2019, ove la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare, con specifico riferimento alla riforma del sistema di accoglienza adottata con il d.l. n. 113/2018, convertito dalla legge n. 132/2018, che l'intervento statale in tema di accoglienza deve prioritariamente ricondursi alle materie «diritto d'asilo» e «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» contemplate dall'art. 117, secondo comma, lettera a), Cost., di competenza esclusiva statale. In questo quadro spetta allo Stato definire il trattamento di coloro che – una volta fatto ingresso nel territorio dello Stato – richiedono all'Italia protezione internazionale, anche modificando la platea dei soggetti ammessi a beneficiare dell'accoglienza territoriale⁵. Ne consegue dunque che le Regioni non potranno – con proprie discipline legislative o amministrative – incidere su detta platea, disponendo, come nel caso dell'ordinanza del 22 agosto 2020, lo sgombero immediato dei centri di accoglienza.

Si precisa a tal proposito che neppure lo Statuto speciale siciliano può condurre ad una diversa conclusione, non contemplando un diverso assetto di competenze in tema di immigrazione e asilo tra la Regione e lo Stato⁶. Né la circostanza che il Presidente della Regione Siciliana sia stato individuato Soggetto Attuatore delle misure emergenziali con ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile conduce a differenti conclusioni, poiché – si rileva nel decreto cautelare – il Soggetto Attuatore opera sulla base delle direttive impartite dal Capo del Dipartimento, oltre che in stretto raccordo con la struttura di coordinamento del suddetto Dipartimento. Pertanto, in mancanza di preve direttive in materia non è possibile ricondurre le misure adottate con ordinanza ai poteri delegati dal Governo centrale.

Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e Regioni, in E. ROSSI-F. BIONDI DAL MONTE-M. VRENNIA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, pp. 229 ss.

⁵ Per un approfondimento, cfr. D. TEGA, *I ricorsi regionali contro il decreto sicurezza: la ridondanza dalla difesa delle competenze allo scontro sui diritti*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2019, pp. 413 ss.; C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *Le Regioni*, n. 4/2019, pp. 1152 ss.

⁶ In via generale sul tema, A. PIRAINO, O. SPATARO, *La specialità della Regione siciliana a dieci anni dalla riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, n. 5/2011, pp. 907 ss.

Peraltro, anche in relazione ai presupposti fattuali dell'ordinanza, sembra rilevabile un difetto di istruttoria, poiché il rischio sanitario legato alla diffusione del Covid-19 e posto in relazione con la necessità delle misure prospettate risulta meramente enunciato in mancanza di specifici riferimenti o richiami ad accertamenti svolti. In via generale sul punto, non può non rilevarsi la necessità che i dati relativi ai contagi siano forniti in modo tempestivo e aggiornato, soprattutto in relazione ai migranti che vivono in strutture di accoglienza e, dunque, inevitabilmente a contatto con altre persone. Ciò al fine di apprestare le misure più appropriate per prevenire il contagio e, al contempo, tutelare la salute di coloro che sono risultati positivi al virus Covid-19. Ogni misura programmata e adottata deve, infatti, essere coerente con il principio di proporzionalità e dunque manifestare una ragionevole correlazione tra mezzi impiegati e obiettivi da raggiungere⁷.

3. *Un potere sostitutivo "alla rovescia"?*

Un ultimo passo dell'ordinanza è meritevole di attenzione. Nelle premesse si afferma espressamente che l'ordinanza è adottata ritenuto che "nonostante il crescente numero dei migranti ospitati negli *hotspot* con sede nell'Isola e il numero dei soggetti infetti ivi presenti, ad oggi non ha prodotto alcun provvedimento da parte dei competenti organi con l'evidente necessità ed urgenza di intervenire, a livello regionale, per evitare che perduri un evidente stato di pericolo rappresentato dalla propagazione del virus".

Sembra dunque che nella stessa ordinanza sia dia atto dell'esistenza di "organi competenti" che non sono tempestivamente intervenuti, quasi che la Regione potesse attivare una sorta di potere sostitutivo di intervento in direzione opposta a quella contemplata dall'art. 120 Cost. Si ricorda a tal proposito che tale disposizione prevede la possibilità per il Governo di sostituirsi agli organi delle Regioni (e degli enti locali) in alcuni casi tra i quali figura il pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica e la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Sembra dunque che l'ordinanza lasci intendere l'esercizio da parte del Presidente della Regione Siciliana di un potere sostitutivo "alla rovescia", per il quale potrebbe ritenersi astrattamente ammissibile un intervento regionale volto a tutela-

⁷ Per un commento al decreto si veda altresì A. CIOFFI, *Sui poteri di necessità e di urgenza della Regione Siciliana nell'emergenza Covid e migranti* (nota a Tar Sicilia - sez. III - decreto cautelare 27 agosto 2020, n. 842), in *Giustizia Insieme*, 15.9.2020.

re la sicurezza della popolazione regionale (declinata in senso ampio come anche riferita alla tutela della sanità pubblica e della salute umana) in assenza di un intervento statale.

È evidente come tale tesi non possa trovare fondamento nell'art. 120 Cost., che configura un potere sostitutivo straordinario, in capo al Governo, da esercitarsi peraltro sulla base dei presupposti e per la tutela degli interessi ivi esplicitamente indicati, rinviando a procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto di principio di sussidiarietà e di leale collaborazione. Ciò non esclude peraltro che anche le Regioni possano esercitare un potere sostitutivo regionale nei confronti dell'inerzia degli enti locali. Come chiarito anche dalla Corte costituzionale, l'art. 120 Cost. non preclude, infatti, «la possibilità che la legge regionale, intervenendo in materie di propria competenza, e nel disciplinare, ai sensi dell'articolo 117, terzo e quarto comma, e dell'articolo 118, primo e secondo comma, della Costituzione, l'esercizio di funzioni amministrative di competenza dei Comuni, preveda anche poteri sostitutivi in capo ad organi regionali, per il compimento di atti o di attività obbligatorie, nel caso di inerzia o di inadempimento da parte dell'ente competente, al fine di salvaguardare interessi unitari che sarebbero compromessi dall'inerzia o dall'inadempimento medesimi» (Corte cost. sent. n. 43/2004). Ma è evidente che questo non è il caso. Nell'ordinanza in questione non si fa infatti riferimento all'inerzia degli enti locali della Regione siciliana, bensì «alla mancanza di idonee e concrete misure di prevenzione adottate dal Governo nazionale», oltre a idonei ed efficaci meccanismi di redistribuzione dei migranti in altri Stati europei.

Se dunque giuridicamente non sembra configurabile un tale potere sostitutivo regionale, nondimeno l'azione del Presidente della Regione Siciliana ha comunque avuto un effetto per così dire «politico», ponendo l'attenzione sulla situazione della Regione e stimolando un'azione del Governo centrale. Si rileva infatti che in data 7 settembre 2020 il Ministro dell'Interno Luciana Lamorgese e il Ministro della Salute Roberto Speranza hanno istituito una task force interministeriale composta dal personale sanitario della Polizia di Stato, dei Vigili del fuoco e dell'USMAF (ufficio sanità marittima, aerea e di frontiera)-SASN Sicilia, per assicurare il supporto ai Prefetti delle Province della Regione Siciliana interessati dall'attuazione dei necessari interventi di adeguamento delle strutture di accoglienza per migranti⁸. Sarà dunque rilevante, ai fini più generali di un'analisi della situazione siciliana, monitorare

⁸ Per un'analisi delle misure adottate si veda Camera dei deputati, Servizio Studi, *Emergenza COVID-19: le misure in materia di immigrazione*, 8 settembre 2020.

l'attività che sarà condotta da questa task force e quali interventi saranno effettivamente realizzati nei centri di accoglienza siciliani.

4. *Rilievi conclusivi*

A seguito del decreto cautelare del 27 agosto 2020, la vicenda è stata poi definita con la sentenza del TAR Sicilia del 25 settembre 2020, n. 1952, con la quale il ricorso è stato dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Si ricorda, infatti, che l'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana era valida per un arco temporale ben definito, 23 agosto 2020-10 settembre 2020, per cui ha cessato di produrre i suoi effetti a decorrere dall'11 settembre 2020.

Il Collegio ha comunque affermato la fondatezza del ricorso, rilevando l'incompetenza della Regione Siciliana all'adozione dell'atto impugnato, sia in riferimento alla cornice normativa emergenziale connessa alla gestione della pandemia, che in relazione all'immigrazione. A tal ultimo proposito, si afferma che il provvedimento «ha inciso direttamente sulla gestione dei flussi migratori, finendo sostanzialmente per disciplinare gli hotspot e i centri di accoglienza in sovrapposizione alla competenza statale, di natura esclusiva nel campo del controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale»; si rileva altresì che esso ha esorbitato «dai limiti correlati alla natura di ente territoriale esponenziale degli interessi della sottostante collettività, in quanto il provvedimento era destinato a produrre effetti sul territorio di altre regioni, verso le quali il flusso migratorio avrebbe dovuto essere spostato una volta attuati i trasferimenti». Viene inoltre rilevata la fondatezza della denunciata carenza di istruttoria e della violazione del principio di leale collaborazione, poiché non risulta che la Regione avesse avviato una specifica interlocuzione con il Presidente del Consiglio prima di adottare il provvedimento *extra ordinem*.

In conclusione, la vicenda sollecita una riflessione sulla gestione dell'accoglienza dei migranti in tempi di emergenza, affinché sia attivato un effettivo dialogo tra Stato e Regioni che possa portare i territori ad offrire risposte tempestive e adeguate ai bisogni della popolazione. A tal proposito è auspicabile un'azione coordinata dello Stato e delle Regioni nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni o della Conferenza Unificata: sedi deputate a favorire la discussione sugli atti normativi e amministrativi di interesse regionale e la cooperazione tra l'attività dello Stato e il sistema delle autonomie, nel rispetto del principio di leale collaborazione. Si ricorda a tal proposito l'intesa

raggiunta tra Stato, Regioni ed enti locali in sede di Conferenza Unificata del 10 luglio 2014 “per fronteggiare il flusso straordinario di cittadini extracomunitari, adulti, famiglie e minori stranieri non accompagnati”, che ha costituito la base per la definizione del sistema di accoglienza poi delineato con il d.lgs. n. 142/2015. Il tema dell'accoglienza in tempi di emergenza sanitaria sollecita, infatti, un più stretto coordinamento tra Stato e Regioni ai fini della tutela della salute pubblica nel rispetto dei diritti di tutte le persone presenti sul territorio, cittadini e stranieri. Si tratta di un tema che ha una grande valenza politica non solo a livello nazionale ma anche europeo e che sollecita direttamente la capacità degli Stati nazionali e dell'Unione europea di offrire risposte ai territori e alle persone.

LA GEOPOLITICA DEL CORONAVIRUS TRA ISOLAMENTO NAZIONALISTA E SOLIDARIETÀ GLOBALE

Giuseppe Terranova*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Geopolitica delle pandemie. – 3. Dalla globalizzazione alla glocalizzazione.

1. *Introduzione*

L'attuale pandemia di COVID-19 conferma che il *glocalismo*, fenomeno che teorizza una stretta correlazione tra la sfera del locale e quella del globale, è pura realtà. La rapida diffusione del cosiddetto Coronavirus mostra che l'ordine internazionale, basato sui confini e sugli ambiti politico territoriali da essi definiti, fatica oggi nella gestione di problemi complessi causati da fattori come l'innovazione e la mobilità delle persone, delle merci e delle informazioni che caratterizzano il nuovo millennio¹.

In un breve lasso di tempo, il virus si è velocemente propagato, grazie al contagio da uomo a uomo, dal mercato della metropoli cinese di Wuhan al resto del mondo. A questa sfida globale gli Stati hanno risposto con soluzioni nazionali². Contravvenendo alle indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, più di cento trenta Paesi hanno, soprattutto durante la prima ondata, chiuso o imposto rigidi controlli alle frontiere e vietato l'ingresso a una selezione di cittadini provenienti dalle aree-focolaio del contagio. Si tratta di rimedi spesso peggiori del male. I divieti alla mobilità dei cittadini tra e all'interno degli Stati hanno spinto migliaia di *expats* e lavoratori immigrati temporanei a rientrare attraverso canali irregolari a casa, col rischio di contribuire alla disseminazione del virus laddove non era ancora arrivato. Molti uomini e donne d'affari che si trovavano a Pechino per lavoro hanno acquistato biglietti aerei con scalo in Giappone per aggirare il divieto di ingresso imposto negli USA a chiunque arrivasse dalla Cina. La scelta di alcuni go-

* Docente di Geografia economico-politica, Università Niccolò Cusano.

¹ P. BASSETTI, *Oltre lo specchio di Alice. Governare l'innovazione nel cambiamento d'epoca*, Milano, 2020.

² M.P. PAGNINI, G. TERRANOVA, *Un mondo disordinario. Tra Medioevo e Nuovo Rinascimento. Un virus sconvolge la geopolitica e oltre*, Roma, 2020.

verni di pubblicare *black list* di viaggiatori considerati untori in ragione della loro nazionalità, ha esacerbato forme di stigmatizzazione, discriminazione e razzismo, soprattutto verso la comunità cinese e italiana che nei rispettivi emisferi sono state le prime vittime del COVID-19. Negli Stati Uniti persino molti asiatici con passaporto americano hanno affollato le armerie per acquistare pistole e fucili immaginando di essere presto nel mirino di una caccia alle streghe del nuovo tipo. L'amministrazione Trump ha chiuso le frontiere anche ai richiedenti asilo per evitare la diffusione del COVID-19 attraverso strutture di accoglienza e agenti di frontiera. Il Canada di Justin Trudeau ha annunciato il respingimento dei richiedenti asilo che tentano di varcare attraverso canali irregolari il confine con gli USA. Non va meglio dall'altra parte dell'Atlantico. Alla chiamata del virus al *centralino* UE, a conferma dell'arguta intuizione che fu di Henry Kissinger³, hanno risposto più voci portatrici di soluzioni divergenti se non fratricide. Alcuni Stati, inclusi quelli fondatori come la Germania, hanno sospeso, formalmente o di fatto, nello spazio Schengen la libera circolazione delle persone con il risultato di rallentare e ostacolare il trasporto transnazionale di prodotti e macchinari, per lo più sanitari, di prima necessità. Il Primo Ministro ungherese Viktor Orban ha giustificato il temporaneo rifiuto di nuove domande d'asilo perché convinto che con gli stranieri arrivino le malattie. Sulla stessa linea il governo greco che ha inoltre colto l'emergenza sanitaria per giustificare l'intenzione di trasformare i centri di accoglienza in strutture chiuse e sorvegliate sempre più simili a luoghi di detenzione, peraltro in condizioni socio-sanitarie allarmanti. I campi profughi ellenici sono sovraffollati da migliaia di donne, uomini e bambini, in maggioranza siriani, che delle più basilari norme di prevenzione antivirus hanno scarsa o nessuna contezza. Rappresentano una potenziale bomba epidemiologica che pochi nell'UE, per indifferenza o timore di contagi, sembrano interessati a disinnescare. Oggi sono loro la schiuma della terra⁴.

2. *Geopolitica delle pandemie*

Si cerca, insomma, come abbiamo visto, di assegnare specificità fisiche, etniche e razziali a un nemico invisibile che invece nella sua micidiale azione di contagio agisce *democraticamente* senza distinzione di ceto, età, genere,

³ H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, Milano, 2015.

⁴ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2009.

nazionalità, religione. Un fenomeno tipico nella storia della geopolitica delle emergenze sanitarie internazionali, perché le nuove malattie, come sostiene lo storico William Eamon⁵, fanno emergere le fobie più profonde di una cultura. In queste fasi il popolo chiede rassicurazioni, la politica le trova nelle accuse infondate verso l'*altro*, cioè lo straniero. La conferma arriva dalla rassegna, sia pur non esaustiva, delle etichette attribuite alle pandemie che nel corso dei secoli hanno colpito il nostro Pianeta: la peste bubbonico-ebraica del XIV secolo; la sifilide del XV secolo cambia denominazione da paese a paese, mal napoletano, mal francese, mal polacco, mal tedesco e così via; il colera del XIX secolo negli USA è definito malattia irlandese; la pandemia influenzale del 1918-1920 prende il nome di *spagnola*; l'epidemia influenzale del 1957-1958 è nota come asiatica; quella odierna passerà alla storia come la pandemia cinese.

Insomma, mentre il COVID-19 coglie i vantaggi della globalizzazione, i governi chiamati a contrastarlo adottano armi, strumenti e categorie nazionali, cioè un *arsenale* anacronistico e controproducente che in un'epoca in cui spazio e tempo sono azzerati a favore di un'elevata mobilità, sembrano appartenere al passato. Sarà forse per tali ragioni che in questa inedita e imprevedibile guerra⁶ persino i più navigati e raffinati leader politici sono entrati in confusione tra affermazioni e smentite. Un tasso di generale improvvisazione e disorganizzazione che ha pochi precedenti su scala mondiale. Una instabilità politica, ma anche economica che rischia di avere conseguenze pari se non superiori a quelle prodotte dall'emergenza sanitaria internazionale.

3. *Dalla globalizzazione alla glocalizzazione*

È necessario elaborare tutto ciò che è in atto al fine di indagare quali possano essere i nuovi strumenti e le nuove modalità di organizzazione politica utili a governare questa nuova fase epocale. Se fino a ieri l'impatto della glocalizzazione sulla società e sulla sua organizzazione geopolitica ed economica poteva considerarsi un dato riconosciuto e acquisito, il diffondersi del virus ha reso ancora più evidenti e tangibili questi processi, rendendo indispensabile per le realtà che hanno il compito di comprenderli e di analizzar-

⁵ W. EAMON, *Science and the secrets of nature*, Princeton University Press, Princeton, 1994.

⁶ M. DRAGHI, *Draghi: we face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Times*, March 25, 2020.

ne gli impatti, un rafforzamento e un aggiornamento del proprio ruolo. Non c'è tempo da perdere, quantomeno per chi intende difendere la società aperta occidentale. Come ha chiarito il Prof. Yuval Noah Harari⁷, di fronte alla minaccia globale del COVID-19 siamo chiamati a scegliere tra l'isolamento nazionalista e la solidarietà globale. Chi fosse interessato a questa seconda opzione deve tener presente che non si realizza a parità di condizioni, cioè limitandosi a intensificare i rapporti tra Stati Nazione. In soccorso di questi ultimi spiazzati dalla *glocalizzazione*, occorre riconoscere il ruolo di nuovi attori: come ad esempio quello dei *commonwealth* e delle civiltà glocali, ovvero aggregazioni per molti aspetti post-nazionali che coltivano al loro interno più identità e cittadinanze. Sono network transnazionali che interconnettono continenti, territori dai confini sempre più porosi, attori sub-nazionali e locali, espressione di come, lo ha già segnalato Parag Khanna⁸, le megalopoli e i raggruppamenti regionali assumeranno potere in misura crescente, mentre i governi nazionali e le tradizionali organizzazioni multilaterali globali faticeranno a tenere il passo di questa rapida dispersione del potere.

Tale nuovo orizzonte istituzionale internazionale rappresenterebbe una sorta di *arma-multiscala* per reagire, al contempo, alle sfide globali e alle sfide locali. Ed è proprio questo approccio glocal che la comunità scientifica sembra seguire in queste ore, mentre la politica e l'economia virano verso la chiusura e lo statalismo, fenomeno che il filosofo Slavoj Žižek ha definito con un neologismo il comunismo dei disastri⁹. È infatti in atto una campagna scientifico-tecnologica che non ha precedenti nella storia umana. Uniti ventiquattro ore al giorno dai social media, a dispetto dei fusi, medici, microbiologi, biologi, *data scientists*, esperti di reti, comunicano con strumenti sconosciuti ai loro colleghi negli anni duemila, al tempo della Sars. La differenza con le pandemie del passato è nella enorme mole di dati disponibile oggi, prodotta negli ultimi mesi. Gli scienziati sono usciti dai loro laboratori, mettono in tempo reale online i passi avanti fatti, permettendo agli istituti di ricerca lontani di assimilarli e corroborarli. Su richiesta del Presidente degli Stati Uniti Donald Trump, illuminato dal Prof. Anthony Fauci, virologo italo-americano già pioniere nella lotta all'AIDS, l'Office of Science and Tech-

⁷ Y. N. HARARI, *Yuval Noah Harari: the world after coronavirus*, Financial Times, March 20, 2020.

⁸ P. KHANNA, *Connectography. Mapping the future of global civilization*, Random House, New York, 2016.

⁹ S. ŽIZEK, *Pandemic!: COVID-19 shakes the world*, Polity, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

nology Policy (OSTP) ha creato in poche settimane un database in costante aggiornamento sul COVID-19. A tale scopo la National Library of Medicine ha elencato le pubblicazioni scientifiche, Microsoft ha impegnato gli algoritmi collazionando le voci più importanti, l'Allen Institute for Artificial Intelligence le ha mutate da pagine web e pdf in testi leggibili dai vari algoritmi. L'OSTP vuole adesso utilizzare l'Intelligenza artificiale contro il virus, spaccettando i problemi complessi in compiti ridotti e lasciandoli risolvere alla massa di collaboratori. Premi in migliaia di dollari sono previsti agli sviluppatori che in ogni parte del globo, per primi, trovano la soluzione a una data incognita.

Sono esempi che sembrano indicare come la comunità scientifica internazionale abbia già scelto con un approccio globale la via della solidarietà globale anziché quella dell'isolamento nazionalista. Rimane da capire se la politica seguirà la medesima strada. In caso contrario, lo scenario di un potenziale conflitto mondiale tra Stati Nazione potrebbe uscire dal perimetro della narrativa complottista e abbattersi sulla nostra quotidianità.

I DIRITTI COLLEGATI AL SOGGIORNO DELLO STRANIERO

L'AGGIORNAMENTO O RINNOVO DEL PERMESSO DI SOGGIORNO UE PER SOGGIORNANTI DI LUNGO PERIODO TRA NORME VIGENTI E CATTIVE PRATICHE AMMINISTRATIVE

Roberto Cherchi*

SOMMARIO: 1. Una controversia originata dal mancato aggiornamento del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. – 2. La motivazione della sentenza. – 3. Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo come titolo di soggiorno a tempo indeterminato: la direttiva europea 2003/109/CE e le norme nazionali di recepimento. – 4. Il preteso requisito dell'iscrizione anagrafica ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

1. *Una controversia originata dal mancato aggiornamento del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo*

Uno straniero ha presentato alla questura di Roma una domanda di aggiornamento o rinnovo del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, che costituisce documento di identificazione personale per non oltre cinque anni dalla data del rilascio o del rinnovo (art. 17 d.p.r. 394/1999). La questura ha adottato un provvedimento negativo in base all'assunto secondo cui l'iscrizione anagrafica presso un indirizzo virtuale, messo a disposizione dal comune per l'iscrizione delle persone senza fissa dimora, «non è compatibile con il tipo di autorizzazione richiesta». Lo straniero ha quindi impugnato il decreto presso il TAR Lazio, chiedendo l'annullamento del provvedimento, una pronuncia sulla fondatezza della pretesa ex art. 31, comma 3, d.lgs. 104/2010 (l'attività amministrativa in questione è vincolata) e il risarcimento del danno derivante dalla perdita di una concreta opportunità di lavoro. In seguito alla presentazione di tale ricorso, la questura ha inviato all'interessato una comunicazione con la quale ha fatto presente di aver deciso di annullare in autotutela il provvedimento sfavore-

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Cagliari.

vole, e lo ha invitato a presentarsi munito di quattro fotografie formato tessera, passaporto in corso di validità e permesso di soggiorno in suo possesso. In tale sede, tuttavia, l'amministrazione ha confermato il diniego, ribadendo l'inadeguatezza dell'iscrizione anagrafica presso un indirizzo virtuale ai fini dell'aggiornamento di tale permesso di soggiorno. In sede giudiziale, il TAR Lazio in una prima udienza non ha accolto l'istanza cautelare, ritenendo che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare il secondo decreto negativo, reputato non meramente confermativo del primo, mediante la proposizione di motivi aggiunti. Successivamente la controversia è stata decisa con una sentenza in forma semplificata (ex art. 60 d.lgs. 104/2010), e con essa il TAR ha respinto le domande processuali.

2. *La motivazione della sentenza*

La sentenza in esame¹ ha affermato la legittimità dell'atto impugnato e la correttezza dell'azione amministrativa in base a due argomenti: a) lo straniero non avrebbe soddisfatto, in occasione del rinnovo del permesso di soggiorno, i requisiti previsti per il suo rilascio di cui all'art. 9 d.lgs. 286/1998; b) l'iscrizione anagrafica presso un indirizzo virtuale sarebbe incompatibile, come già sostenuto dall'amministrazione, con il tipo di autorizzazione richiesta.

Sotto il primo profilo, il collegio ha evidenziato che in base alla direttiva 2003/109/CE lo straniero dovrebbe disporre di un reddito sufficiente e di un'assicurazione contro le malattie, in modo da non divenire un onere per lo Stato (considerando n. 7 della direttiva), e che tra i requisiti previsti per il rilascio di tale titolo di soggiorno vi sono la disponibilità di un reddito minimo e di un alloggio con attestazione dell'ufficio comunale di idoneità abitativa (art. 9, d.lgs. 286/1998 e art. 16 d.p.r. 394/1999); di contro, nel caso in esame il reddito dello straniero sarebbe stato pari a 1/7 dell'assegno sociale annuo, e lo stesso si sarebbe limitato a dichiarare, senza mai provare, di avere la propria dimora abituale presso un'abitazione il cui contratto di locazione era intestato a un'altra persona, e senza aver certificato l'idoneità abitativa di tale immobile.

Sotto il secondo profilo, il TAR Lazio ha ritenuto che il ricorrente non avesse documentato alla questura l'iscrizione anagrafica presso un indirizzo «reale ed effettivo», che secondo il collegio sarebbe richiesta dall'art. 6,

¹ TAR Lazio, sez. I-ter, sentenza dell'11 febbraio 2020, n. 01909.

comma 7, d.lgs. 286/1998 e dall'art. 15 d.p.r. 394/1999. Sarebbe quindi stato corretto il rilievo dell'amministrazione secondo cui l'iscrizione anagrafica presso un indirizzo virtuale messo a disposizione delle persone senza fissa dimora «non è compatibile con il tipo di autorizzazione richiesta».

Per ciò che concerne la domanda di risarcimento danni, il collegio ha rilevato che il ricorrente non avrebbe provato la prospettiva di assunzione, e che la condotta dell'amministrazione non sarebbe stata soprassessoria, ma semmai ispirata al principio di buon andamento, in quanto la seconda convocazione in questura avrebbe dato al ricorrente un'ulteriore possibilità di provare la titolarità del requisito richiesto (l'iscrizione anagrafica presso un indirizzo «reale ed effettivo»).

3. *Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo come titolo di soggiorno a tempo indeterminato: la direttiva europea 2003/109/CE e le norme nazionali di recepimento*

Il rinnovo del permesso di soggiorno a tempo determinato è stato definito una *via crucis* amministrativa², che è parte di un fenomeno noto come amministrativizzazione dei diritti dello straniero³. Quest'ultimo è tenuto a soddisfare le condizioni per il rinnovo in presenza di contesti amministrativi spesso repulsivi e non di rado votati a ridurre il carico dei richiedenti lamentando la carenza di requisiti legalmente non previsti. Da queste prassi amministrative dovrebbe tuttavia essere esonerato il titolare del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. Il rilascio di questo titolo di soggiorno presuppone il perfezionamento di un percorso di integrazione so-

² Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Residenza, dimora, domicilio, condizione alloggiativa nella disciplina del permesso di soggiorno*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2019, p. 27.

³ Cfr. A. CAPUTO, *L'immigrazione: ovvero, la cittadinanza negata*, in L. PEPINO (a cura di), *Attacco ai diritti. Giustizia, lavoro, cittadinanza sotto il Governo Berlusconi*, Roma-Bari, 2003, p. 41; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, pp. 196-197; M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlafia*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3-4/2015, p. 50 ss.; P. BONETTI, *I Diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione dell'asilo dell'Unione europea*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, 2016, 208.

ciale dello straniero, attestato dalla sua capacità di soddisfare alcuni requisiti, ossia il possesso da almeno cinque anni di un permesso di soggiorno in corso di validità, la disponibilità di un reddito minimo, di un alloggio idoneo secondo parametri di legge sul benessere abitativo, il superamento di un test di conoscenza della lingua italiana e l'iscrizione anagrafica. Una volta che è stato acquisito, però, tale permesso dà diritto a un soggiorno tendenzialmente permanente, salvi i casi in cui la revoca è ammessa. Come da ultimo ha posto in evidenza la Corte costituzionale, il permesso di soggiorno UE, «che ha durata indeterminata, consente l'inclusione dello straniero nella comunità nazionale ben distinguendo il relativo status dalla provvisorietà in cui resta confinato il titolare di permesso di soggiorno di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 5» (Corte cost., sentenza 15 marzo 2019, n. 50).

La disciplina vigente è inequivoca. L'art. 8, comma 1 della direttiva e l'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 286/1998 prevedono che tale permesso di soggiorno è a tempo indeterminato e che lo status di soggiornante di lungo periodo è permanente, fatte salve le ipotesi di revoca del titolo. Il permesso «costituisce documento di identificazione personale per non oltre cinque anni dalla data del rilascio o del rinnovo» (art. 17 d.p.r. 394/1999), ma alla sua scadenza deve essere automaticamente rinnovato (art. 8, par. 2 della direttiva); inoltre «in nessun caso la scadenza del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo comporta *la revoca o la perdita* dello status di soggiornante di lungo periodo» (art. 9, paragrafo 6 della direttiva).

Anche le disposizioni del regolamento di attuazione del testo unico sull'immigrazione confermano che l'accertamento dei presupposti per il rilascio non è da ripetersi in occasione del rinnovo. Se infatti l'art. 16 d.p.r. 394/1999 elenca i documenti che lo straniero è tenuto a produrre alla questura ai fini del rilascio del permesso, di contro l'art. 17 dello stesso regolamento prevede solo che alla scadenza quinquennale, ai fini del rinnovo del permesso come documento di identificazione, lo straniero deve fornire nuove fotografie all'amministrazione. Non vi è alcun riferimento alla necessità di presentare nuovamente i documenti previsti per il rilascio e, se ciò fosse previsto, la norma sarebbe illegittima in quanto in violazione di legge. Vi è in questo quadro normativo un elemento di ambiguità (che il TAR Lazio ha evidenziato nella sua sentenza come argomento per il rigetto delle domande processuali): la formula contenuta nell'art. 17 del d.p.r. 394/1999, secondo cui «la carta di soggiorno è a tempo indeterminato», è stata abrogata dall'art. 16 del d.p.r. 334/2004. L'effetto abrogativo si è prodotto, tuttavia, tre anni prima del recepimento della direttiva 2003/109/CE; attualmente il regolamento di attuazione nulla prevede sul carattere a tempo determinato o inde-

terminato del titolo, mentre sono inequivoche le disposizioni di cui all'art. 8, comma 1, della direttiva e di cui all'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 286/1998, secondo le quali il titolo è a tempo indeterminato e dà diritto a soggiorno permanente (salvi i casi di revoca espressamente previsti). Giova infine ricordare che il regolamento deve essere conforme alla legge e che, in caso di antinomia, secondo costante giurisprudenza amministrativa deve essere disapplicato dal giudice.

La revoca del permesso di soggiorno UE è sempre possibile, ma non se vengono a mancare le condizioni previste per il rilascio, ma solo se si inverte una delle ipotesi tipiche di cui all'art. 9 della direttiva e di cui all'art. 9, comma 7, d.lgs. n. 286/1998, che la ammettono solo se: a) il permesso è stato ottenuto fraudolentemente; b) in caso di espulsione, che può essere decisa solo per gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato, o per motivi di prevenzione del terrorismo (ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.l. n. 144/2005, convertito dalla legge n. 155/2005), o in quanto il soggetto appartiene a determinate categorie di soggetti pericolosi (art. 9, comma 10, d.lgs. n. 286/1998); c) quando lo straniero è pericoloso per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato; d) in caso di assenza dal territorio dell'Unione per un periodo di dodici mesi consecutivi; e) in caso di conferimento di permesso di soggiorno UE da parte di un altro Stato membro dell'Unione europea, e comunque in caso di assenza dal territorio dello Stato per un periodo di sei anni. La direttiva inoltre prevede che la decisione sull'allontanamento dello straniero «non è motivata da ragioni economiche» (art. 12, paragrafo 2 della direttiva).

Il TAR Lazio nella sentenza in esame sembra evocare una distinzione tra la revoca - possibile in ogni momento, ma ammissibile solo nei casi tipici di cui all'art. 9, comma 7, d.lgs. 286/1998 - e il rinnovo quinquennale del titolo, in relazione al quale lo straniero dovrebbe dimostrare il possesso di tutti i requisiti del primo rilascio. La tesi è però, in punto di diritto positivo, insostenibile: se l'amministrazione ha il potere di accertare la sussistenza dei requisiti del rilascio in occasione del rinnovo del permesso, allora questo è un titolo a tempo determinato (con una durata più lunga rispetto a quella prevista per gli altri permessi di soggiorno: cinque anni invece che un massimo di due), e non conferisce più un diritto al soggiorno tendenzialmente permanente. Una simile conclusione, oltre a essere in contrasto con la lettera e lo spirito delle disposizioni vigenti, è smentita dalla giurisprudenza relativa a casi in cui l'amministrazione ha negato il rinnovo di questo permesso a persone che non soddisfacevano più il requisito del reddito minimo o in ragione della lamen-

tata irreperibilità dello straniero⁴. Le preoccupazioni che sono alla base di tali provvedimenti sfavorevoli (come la sostenibilità della spesa pubblica), ha evidenziato un TAR, sono «metagiuridiche», non trovando un riscontro nel diritto positivo⁵.

4. *Il preteso requisito dell'iscrizione anagrafica ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo*

Un secondo profilo della motivazione della sentenza è la necessità di un'iscrizione anagrafica presso un indirizzo «reale ed effettivo», che secondo il collegio sarebbe richiesta dall'art. 9 d.lgs. 286/1998 e dall'art. 16 d.p.r. 394/1999, perché in assenza di questa «non è possibile neanche identificare l'ufficio territoriale competente per il rilascio del titolo di soggiorno». Nel caso di specie, lo straniero risultava iscritto all'anagrafe presso uno degli indirizzi virtuali messo a disposizione dal comune di Roma per le persone senza fissa dimora, e aveva altresì prodotto l'indirizzo di un'immobile (il cui contratto di locazione era intestato a un conoscente) come propria dimora abituale.

In primo luogo, giova ricordare che l'iscrizione anagrafica è un adempimento necessario ai fini del rilascio del permesso di soggiorno UE, ma non del suo aggiornamento o rinnovo: l'aggiornamento è automatico e subordinato esclusivamente alla presentazione di nuove fotografie; la revoca può avere luogo esclusivamente in una delle ipotesi tipiche di cui all'art. 9, comma 7 d.lgs. 286/1998. Anche la mancata comunicazione di dimora abituale

⁴ Cfr. TAR Veneto, sez. III, 8 luglio 2019, n. 808; TAR Lombardia, 14 gennaio 2015, n. 128; TAR Lombardia, sez. IV, 26 giugno 2015, n. 115; TAR Lombardia, sez. IV, 19 dicembre 2014, n. 695; T.A.R. Lombardia, sez. I, n. 1353/2015; T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, 3 luglio 2019, n. 625. Sulla stabilità di soggiorno assicurata dal permesso di soggiorno UE in quanto titolo di soggiorno a tempo indeterminato v. altresì la già citata Corte cost., sentenza 15 marzo 2019, n. 50; sul punto v. anche G. SAVIO, *Il Diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Rimini, 2019, p. 43; su tale permesso come titolo di soggiorno a tempo indeterminato, *ex plurimis*, v. D. THYM, *Citizens and foreigners*. in *EU law. Migration law and its cosmopolitan outlook*, in *European Law Journal*, 2016, III, p. 315.

⁵ Cfr. TAR Lombardia, sez. IV, 14 gennaio 2015, n. 128, pubblicata in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3-4/2014, p. 194 ss.; v. altresì, *ivi*, la nota alla sentenza di N. ZORZELLA, *Le preoccupazioni metagiuridiche delle questure e lo status permanente di soggiornante di lungo periodo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3-4/2014, p. 197.

non è prevista come presupposto del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno UE o di revoca dello stesso.

È in secondo luogo criticabile l'assunto secondo cui l'iscrizione all'anagrafe presso un indirizzo virtuale da parte di un soggetto senza fissa dimora non integrerebbe l'esercizio del diritto all'iscrizione anagrafica. La reperibilità del soggetto è comunque assicurata dalla dichiarazione di dimora abituale, che costituisce un onere in quanto consente la produzione di effetti giuridici favorevoli (o la mancata produzione di effetti sfavorevoli) nella sua sfera giuridica⁶. Peraltro, è solo in seguito al rinnovo del permesso di soggiorno UE che lo straniero deve ripetere la dichiarazione di dimora abituale presso l'ufficio anagrafe, che è tenuto ad aggiornare la scheda anagrafica dello straniero, dandone comunicazione al questore (art. 7, 3° comma, d.p.r. 223/1989). Proprio nella vicenda che ha dato origine alla controversia, il dialogo tra il richiedente e l'amministrazione nel corso del procedimento di aggiornamento del titolo di soggiorno è stato reso possibile dal fatto che l'interessato aveva comunicato alla questura un luogo di dimora abituale. La pretesa irreperibilità – oltre a essere una preoccupazione metagiuridica – è smentita dallo stesso sviluppo del procedimento amministrativo.

In conclusione, la questura con il provvedimento amministrativo impugnato sembra aver inteso revocare tacitamente il permesso di soggiorno UE, ponendo lo straniero in un limbo in cui l'esercizio dei diritti diviene difficile perché il mancato rinnovo del titolo suscita la diffidenza degli uffici pubblici e dei soggetti privati con i quali lo straniero stabilisca un contatto. La sentenza in esame avalla una cattiva pratica questorile in materia di aggiornamento del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, attuata in violazione delle norme vigenti, proprio in un ambito in cui sarebbero auspicabili sentenze esemplari che ne scorraggino la ripetizione.

⁶ Sul punto v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Residenza, dimora, domicilio, condizione alloggiativa nella disciplina del permesso di soggiorno*, cit., p. 10.

DIRITTO DI RESIDENZA PER IL CITTADINO DELL'UNIONE
CHE DISPONE DI RISORSE SUFFICIENTI
DERIVANTI DA ATTIVITÀ LAVORATIVA ILLEGALE

Virginia Passalacqua*

SOMMARIO: 1. Le circostanze peculiari della famiglia Bajratari: *ius soli*, lavoro illegale e figli a carico. – 2. La decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 3. I diritti derivati dei genitori extracomunitari. – 4. Il ritorno della proporzionalità. – 5. Lavoro illegale e ordine pubblico. – 6. Conclusione.

1. *Le circostanze peculiari della famiglia Bajratari: ius soli, lavoro illegale e figli a carico*

Come spesso accade quando si tratta di cittadinanza dell'Unione, la controversia esaminata dalla Corte di Giustizia scaturisce da vicissitudini familiari piuttosto intricate. I coniugi Bajratari, di cittadinanza albanese, dal 2012 vivono in Irlanda del Nord (Regno Unito), dove hanno avuto tre figli. Ad oggi, i coniugi non possiedono un valido titolo di soggiorno, ma il Signor Bajratari, per via di precedenti nozze con una cittadina britannica, dal 2009 al 2014 è stato titolare di una carta di soggiorno¹. Proprio grazie a questo suo periodo di residenza legale, due dei loro tre figli hanno goduto del cosiddetto “*ius soli condizionato*”²: hanno acquisito la cittadinanza irlandese grazie al fatto che sono nati sull'isola d'Irlanda da genitore straniero regolarmente residente da almeno tre anni³.

Nel 2013, la Signora Bajratari ha presentato domanda alle autorità del Regno Unito per il riconoscimento del suo ‘diritto di soggiorno derivato’ in quanto madre e principale custode di due cittadini dell'Unione in tenera età. Le autorità inglesi, però, le hanno risposto con un diniego: a loro avviso, i

* Postdoctoral Fellow, Università di Torino e Collegio Carlo Alberto.

¹ CGUE, sentenza del 2 ottobre 2019, *Bajratari*, Causa C-93/18, EU:C:2019:809, par. 10 e ss.

² I. HONONAN, *Ius Soli Citizenship*, EUDO CITIZENSHIP Policy Brief No. 1

³ Irish Nationality and Citizenship Act, 2004. Si noti che la legislazione sullo *ius soli* della Repubblica d'Irlanda trova applicazione su tutto il territorio dell'isola, quindi anche in Irlanda del Nord, benchè faccia parte del Regno Unito.

suoi figli, e di conseguenza anche lei, non godono del diritto di risiedere nel Regno Unito poiché, sebbene siano cittadini europei e dispongano di risorse economiche sufficienti come richiesto dall'art.7 Direttiva 2004/38, tali risorse derivano dall'attività di lavoro illegale del padre e non possono essere considerate. La Signora Bajratari ha contestato tale diniego, richiedendone il riesame in via amministrativa e poi in sede giurisdizionale. In questo contesto, la Corte d'Appello del Regno Unito ha deciso di rinviare due questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), che possono essere così riassunte: al fine di verificare se un cittadino dell'Unione dispone di 'risorse sufficienti' ex art.7 Direttiva 2004/38, si può tener conto anche del reddito proveniente da un'attività lavorativa illegale⁴? E tale reddito, in ragione della sua matrice illegale, deve essere ritenuto *ipso facto* precario?

2. La decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

La CGUE ha affrontato le due domande poste dalla Corte d'Appello del Regno Unito come se fossero una sola: nel valutare se un cittadino europeo dispone di 'risorse sufficienti' ex art. 7 Direttiva 2004/38, è possibile tener conto anche di redditi derivanti da lavoro illegale? In realtà, come rileva dalle motivazioni della CGUE stessa, questa domanda ne sottende altre tre. Prima di tutto, vi è la questione del diritto di residenza 'derivato' di genitori extracomunitari con figli minori a carico aventi cittadinanza europea; la questione è stata al centro di un importante filone giurisprudenziale inaugurato con il caso di *Zhu e Chen* e consolidato con *NA e Rendón Marín*⁵. Connessa a questo punto è la questione dello scopo di applicazione degli artt. 20 e 21 TFUE e di quello che nel corso di questo commento ho definito 'ritorno alla proporzionalità'. Infine, vi è la questione del lavoro illegale come minaccia per l'ordine pubblico, e dell'eventualità in cui il diritto dell'UE possa intralciare le prerogative degli Stati Membri di tutelarlo.

Queste tre questioni saranno discusse nel commento qui di seguito. Intanto si anticipa che la Corte, ricorrendo al suo classico ragionamento funzionalistico, ha risposto al quesito posto nella causa *Bajratari* in chiave garan-

⁴ Direttiva 2004/38 del 29 giugno 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

⁵ CGUE, sentenza del 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen*, Causa C-200/02, EU:C:2004:639; CGUE, sentenza del 30 giugno 2016, *NA*, Causa C-115/15, EU:C:2016:487; CGUE, sentenza del 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, Causa C-165/14, EU:C:2016:675.

tista: l'obiettivo perseguito dall'art. 7 Direttiva 2004/38 è quello di evitare che il cittadino europeo diventi un onere eccessivo per le finanze dello Stato Membro ospitante, e richiedere, come fa il Regno Unito, che le risorse provengano da lavoro legale "costituirebbe un'ingerenza sproporzionata" nell'esercizio del diritto di libera circolazione dei cittadini europei⁶.

Ad un primo sguardo, la conclusione della CGUE potrebbe apparire sprezzante nei confronti del legittimo interesse del Regno Unito di tutelare la legalità sul suo territorio. Tuttavia, la risposta della Corte risulta meno sorprendente se consideriamo circostanze del caso concreto: il 'lavoro illegale' del Signor Bajratari non consisteva nel compiere un qualche reato, ma nell'aver continuato a lavorare come capocuoco anche dopo che il suo permesso di soggiorno fosse scaduto. Nel commento che segue verrà illustrato come il principio di proporzionalità abbia giocato un ruolo importante nel ragionamento della Corte: questo strumento le ha permesso di evidenziare come la politica del Regno Unito non servisse a perseguire lo scopo dell'art. 7, i.e. evitare che i cittadini UE diventino un onere eccessivo per le finanze pubbliche, e nemmeno a tutelare l'ordine pubblico. La CGUE è tornata ad utilizzare il principio di proporzionalità come strumento di garanzia, volto a evitare che gli stati membri limitino in modo pretestuoso o irragionevole la libertà di circolazione dei cittadini e dei loro familiari.

3. *I diritti derivati dei genitori extracomunitari*

La vicenda in esame ruota attorno alla questione dei cd. 'diritti derivati' che i cittadini di stati terzi possono acquisire per via del loro legame di parentela con un cittadino dell'Unione. Come ricorda la Corte: "La finalità e la ratio di tali diritti derivati si basano sulla constatazione che il rifiuto del loro riconoscimento è idoneo a pregiudicare, in particolare, la libertà di circolazione del cittadino dell'Unione"⁷. È importante notare che le norme sulla cittadinanza dell'Unione non conferiscono diritti autonomi in capo ai cittadini di stati terzi, ma questi godono di un diritto di soggiorno fintantoché i loro familiari, cittadini dell'Unione, ne siano titolari a loro volta⁸. Quindi, per capire se la Signora Bajratari gode di un diritto di soggiorno derivato, le autori-

⁶ *Bajratari*, Causa C-93/18, par 42.

⁷ CGUE, sentenza del 10 maggio 2017, *Chavez-Vilchez*, Causa C-133/15, EU:C:2017:354, par. 62.

⁸ CGUE, sentenza del 12 marzo 2014, *O. e B.*, Causa C-456/12, EU:C:2014:135, par. 36.

tà britanniche hanno dovuto prima di tutto stabilire se i suoi due figli godono del diritto di risiedere nel Regno Unito ex art. 21 del TFUE (libertà di circolazione dei cittadini UE), alla luce delle condizioni previste dalla Direttiva 2004/38.

La prima condizione che rileva è quella posta dall'art. 3 della Direttiva 2004/38, che definisce come 'aventi diritto' quei cittadini europei e i loro familiari che abbiano esercitato la libertà di movimento. I figli della signora Bajratari sono cittadini cd. 'statici', in quanto sono nati e hanno sempre vissuto in Irlanda del Nord, e perciò rischiano di essere esclusi. Tuttavia, la CGUE ha velocemente dipanato i dubbi in merito: il fatto di essere cittadini di uno stato membro (Irlanda) residenti in un altro stato membro (Regno Unito) è sufficiente per escludere che la situazione sia puramente interna⁹. Resta da verificare se i due fratelli soddisfano la seconda condizione richiesta ex art. 7 della Direttiva, che è al centro della disputa in esame: il possesso di risorse sufficienti.

Prima di addentrarci nel test utilizzato dalla CGUE circa l'art. 7, appare opportuno aprire una breve parentesi su un punto sollevato dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni, sebbene sia stato ignorato dalla Corte di Giustizia. Si tratta del rapporto tra art. 20 (cittadinanza dell'Unione) e art. 21 (diritto di circolazione) TFUE. L'Avvocato Generale nota come entrambe le disposizioni siano state usate per garantire un diritto di soggiorno derivato al genitore extracomunitario che abbia la custodia effettiva di cittadini europei minorenni, ma mentre l'art. 20 è stato usato per i 'casi Zambrano', quindi quando il minore è cittadino dello stato membro in cui risiede, l'art. 21 è stato usato per i 'casi Zhu e Chen', quando il minore risiede in uno stato membro di cui non è cittadino. Anche se questi due filoni giurisprudenziali hanno la stessa *ratio*, cioè garantire al minore l'effettivo godimento dei suoi diritti di cittadinanza europea, solo nel secondo caso la CGUE ha sottoposto il diritto di soggiorno del minore alla condizione prevista ex art. 7 Dir 2004/38, i.e. alla dimostrazione di disporre di risorse sufficienti e di un'assicurazione medica.

L'Avvocato Generale si domanda "se non sia privo di ogni logica che un minore cittadino dell'Unione possa aver maggiori diritti basandosi sull'articolo 20 TFUE di quanti ne avrebbe, come nella presente causa, qua-

⁹ *Bajratari*, Causa C-93/18, par 26; questo principio era già stato espresso dalla Corte in *Zhu e Chen*, Causa C-200/02, par 19, ma in alcune sentenze successive la Corte sembrava aver cambiato idea (si veda la sentenza del 5 maggio 2011, *McCarthy*, Causa C-434/09, EU:C:2011:277).

lora l'articolo 21 TFUE e la direttiva 2004/38 gli fossero applicabili"¹⁰. E tale domanda è tutt'altro che retorica: per dirlo con la giurisprudenza, ai figli della Signora Bajratari è richiesto di dimostrare il possesso di risorse sufficienti, ma lo stesso requisito non è stato richiesto ai figli del Signor Zambrano¹¹. Tale disparità si traduce in una discriminazione verso i cittadini europei meno abbienti, i quali non possono risiedere legalmente in uno stato di cui non sono cittadini anche se rischiano di essere privati dei loro diritti di cittadinanza europei¹². L'arbitrarietà di tale differenza di trattamento diventa ancora più palese in casi come *Rendon Marin* (dove un padre extracomunitario ha un figlio spagnolo che ricade nella situazione dell'art. 20 e una figlia polacca che ricade nella situazione dell'art. 21) o *Chavez Vilchez* (dove alcune delle ricorrenti ricadevano in una previsione e altre nell'altra); ma né in questi procedimenti citati, né in *Bajratari*, la CGUE ha voluto affrontare l'esistenza di questa possibile discriminazione tra cittadini europei.

4. *Il ritorno della proporzionalità*

Gli studiosi della cittadinanza europea sanno che negli ultimi anni la CGUE ha fatto un'inaspettata retromarcia nel campo dei diritti dei cittadini¹³. Se la Corte è stata per due decenni la più attiva promotrice (e fautrice) di quello che è "destinato a diventare lo status fondamentale dei cittadini degli stati membri", alcune sentenze come *Dano* e *Alimanovic* hanno portato alcuni commentatori a concludere che il periodo d'oro della cittadinanza europea fosse finito¹⁴. Sebbene le circostanze suggeriscano di andare con cautela, si può certamente affermare che la sentenza di *Bajratari* si colloca in quel filone giurisprudenziale espansivo dei diritti di cittadinanza, in cui la Corte ricorre incisivamente al principio di proporzionalità per promuovere la tutela del singolo e ridurre lo spazio di discrezionalità dello stato membro ospitante.

¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 19 giugno 2019, *Bajratari*, Causa C-93/18, EU:C:2019:512, par 86

¹¹ CGUE, sentenza dell'8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, Causa C-34/09, EU:C:2011:124.

¹² E. SPAVENTA, *Earned Citizenship: Understanding Union citizenship through its scope*, in D. Kochenov, 'EU Citizenship and Federalism: the role of rights', Cambridge: CUP, 2017, p. 215.

¹³ C. O' BRIEN, *A. Court of justice the ECJ sacrifices EU citizenship in vain: commission v. United Kingdom*, *Common Market Law Review* 54(1), 2017, p. 210.

¹⁴ CGUE, Sentenza del 11 novembre 2014, *Dano*, Causa C- 333/13, EU:C:2014:2358. CGUE, Sentenza del 15 settembre 2015, *Alimanovic*, Causa C-67/14, EU:C:2015:597.

Come anticipato, la Corte di Giustizia è chiamata a verificare se i figli della famiglia Bajratari (e di conseguenza la madre) godono di un diritto di residenza derivante dall'art. 21 TFUE alla luce delle condizioni poste dall'art. 7 della Direttiva 2004/38. In particolare, il dubbio della Corte d'Appello del Regno Unito non riguarda il *quantum* delle risorse - infatti è pacifico che grazie al lavoro del padre la famiglia disponga di risorse sufficienti - ma piuttosto l'origine illegale di esse.

La CGUE comincia chiarendo come, essendo l'art. 21 TFUE "un principio fondamentale del diritto dell'Unione", esso costituisce la regola generale, mentre l'art. 7 della Direttiva va interpretato restrittivamente, nel rispetto del principio di proporzionalità¹⁵. In tal senso, sia la Corte che l'Avvocato Generale sono concordi nel dire che il Regno Unito, non volendo tener conto delle risorse ricavate dal lavoro di una persona senza permesso di soggiorno, ha aggiunto un requisito ulteriore rispetto a quelli previsti dalla Direttiva, così espandendo quelle condizioni che invece andrebbero interpretate restrittivamente.

Inoltre, la CGUE nota come il requisito aggiunto dal Regno Unito non è in linea con gli obiettivi della Direttiva, i.e. evitare che il cittadino diventi un onere eccessivo sulle finanze pubbliche degli stati membri. È vero che, potenzialmente, un lavoro legale è più duraturo, e quindi garantisce più stabilità di risorse; tuttavia, la CGUE ricorda come esista già la possibilità per lo stato membro di agire ex art. 14 della Direttiva nel caso in cui il cittadino dovesse diventare un onere eccessivo sulle sue finanze. Insomma, richiedere un tale requisito preventivamente risulterebbe in "un'ingerenza spropositata nell'esercizio del diritto fondamentale di libera circolazione e soggiorno" in quanto non è necessario per la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla Direttiva¹⁶.

Un cenno merita anche il fatto che la Corte si sia soffermata sulla circostanza per cui, nonostante il Signor Bajratari lavorasse senza permesso di soggiorno, questi avesse continuato a versare contributi previdenziali e fiscali nelle casse del Regno Unito, senza peraltro poterne beneficiare per via della sua condizione di irregolarità. La Corte smaschera così l'ipocrisia del diniego da parte delle autorità britanniche: se formalmente tale diniego è stato fatto ex art. 7, e quindi per proteggere le finanze dello stato, alla prova dei fatti il Signor Bajratari è un contribuente netto per le casse dello stato.

¹⁵ *Bajratari*, Causa C-93/18, par 35.

¹⁶ *Ibidem*, par 42.

5. *Lavoro illegale e ordine pubblico*

L'ultima questione riguarda l'argomento avanzato dal Regno Unito secondo cui, nel suo ordinamento interno, svolgere un'attività lavorativa senza permesso è considerato contrario all'ordine pubblico, e questo gli consentirebbe di derogare al diritto di residenza dei due minorenni e della loro madre, la Signora Bajratari¹⁷. Si tratta anche qui di una questione delicata e annessa, su cui la CGUE si è pronunciata spesso, fin dal classico caso di *Van Duyn*¹⁸. Anche in *Bajratari*, la Corte ha ribadito che la nozione di ordine pubblico non può essere determinata unilateralmente dagli stati membri: costituendo un motivo di deroga alle libertà fondamentali dei cittadini, va sottoposta allo scrutinio delle istituzioni dell'Unione e deve essere interpretata restrittivamente¹⁹.

L'Avvocato Generale nota come gli Stati Membri possano utilizzare l'eccezione dell'ordine pubblico in casi in cui le risorse del cittadino derivino da un abuso di diritto o da attività criminose, ma è inappropriato paragonare queste condotte a quella del Signor Bajratari, che si è reso colpevole di aver continuato a lavorare nonostante il suo permesso fosse scaduto²⁰. Anche la Corte ritiene che una perturbazione dell'ordine pubblico non possa coincidere con una qualsiasi infrazione di legge, ma che essa presupponga "l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave rispetto ad un interesse fondamentale della società"²¹. L'infrazione del Signor Bajratari non sembra rientrare in questa definizione, ed è quindi ritenuta inammissibile l'eccezione di ordine pubblico.

6. *Conclusione*

La decisione della Corte di Giustizia in *Bajratari* è particolarmente significativa nel contesto in cui è stata adottata: il Regno Unito che si preparava alla Brexit. Infatti, una delle categorie più vulnerabili in questo delicato momento è proprio quella dei familiari extracomunitari di cittadini dell'Unione,

¹⁷ *Bajratari*, Causa C-93/18, Conclusioni dell'Avvocato Generale, par 72.

¹⁸ CGUE, Sentenza del 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, Causa C-41/74, EU:C:1974:133.

¹⁹ *Bajratari*, Causa C-93/18, par 50.

²⁰ *Bajratari*, Causa C-93/18, Conclusioni dell'Avvocato Generale, par 73

²¹ *Bajratari*, Causa C-93/18, par 51.

che rischiano di subire un abbassamento dei loro diritti e delle loro tutele²². A mio avviso, questa sentenza può essere letta come un invito alle corti britanniche ad effettuare uno scrutinio scrupoloso delle decisioni amministrative, prendendo sul serio i diritti dei cittadini europei e dei loro familiari.

²² I. SOLANKE, *The Impact of Brexit on Black Women, Children and Citizenship*, *Journal of Common Market Studies*, 58(1), 2020, pp 147-159.

LA “PROVENIENZA” DELLE RISORSE
QUALE CRITERIO NON VALUTABILE
PER LA CONCESSIONE DELLO *STATUS* DI SOGGIORNANTE
DI LUNGO PERIODO

Maria Teresa Ambrosio*

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Le questioni pregiudiziali. – 3. La decisione. – 4. Le condizioni per l’acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo periodo nel diritto dell’UE. – 5. Sulla esclusione della “provenienza” delle risorse dai requisiti richiesti per il soggiorno di lungo periodo: le argomentazioni della CGUE.

1. *La vicenda*

La sentenza in commento¹ trae origine dalla domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal *Raad voor Vreemdelingenbetwistingen* del Belgio (Commissione per il contenzioso in materia di stranieri, d’ora in avanti Commissione per il contenzioso) nell’ambito della controversia che vede un cittadino di Paese terzo (d’ora in avanti, X) opporsi al *Belgische Staat* (d’ora in avanti, Stato belga) in merito al rigetto della domanda di autorizzazione di residenza e di ottenimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo.

Da una breve ricostruzione dei fatti di causa emerge che X, cittadino camerunense, nel luglio 2007 presentava domanda di visto per studenti all’ambasciata belga di Yaoundè, in Camerun. Con il visto ottenuto, il suo diritto di soggiorno in Belgio veniva prorogato di anno in anno fino al gennaio 2016 quando, su richiesta di X, gli veniva concesso un permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Un mese prima della scadenza di tale permesso (gennaio 2017), X presentava domanda per ottenere il conferimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo.

A sostegno di tale richiesta, quale prova dei mezzi di sussistenza «stabili, regolari e sufficienti» statuiti dall’art. 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2003/109/CE², come recepito dall’art. 15-*bis* della legge belga del 15 dicem-

* Dottoranda di ricerca, Università degli Studi del Molise.

¹ CGUE, sentenza del 3 ottobre 2019, *X c. Belgische Staat*, causa C-302/18.

² Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 «relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo».

bre 1980 in materia di ingresso nel territorio, soggiorno, stabilimento ed espulsione degli stranieri (in prosieguo, legge sugli stranieri), X presentava contratti di lavoro, avviso fiscale e buste paga il cui titolare non era sé medesimo bensì il fratello.

In aggiunta, sempre in conformità a quanto previsto dall'art. 15-*bis*, X produceva un documento firmato dal fratello con il quale quest'ultimo si impegnava a provvedere affinché X disponesse di risorse stabili, regolari e sufficienti al sostentamento suo e dei suoi familiari con la conseguenza che non avrebbe gravato sul sistema assistenziale dello Stato belga.

Nell'aprile 2017, la domanda di X veniva respinta. A giudizio del delegato del segretario di Stato belga per l'asilo e la migrazione incaricato della questione, al richiedente che non disponeva di risorse proprie non poteva concedersi lo *status* di soggiornante di lungo periodo.

Contro tale decisione, X presentava ricorso davanti alla Commissione per il contenzioso. Secondo il ricorrente, la decisione del delegato si fondava su un'interpretazione erranea della locuzione «risorse» di cui all'art. 5, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 2003/109, che non avrebbe dovuto tenere in considerazione la provenienza delle stesse, come accade per le direttive 2003/86/CE³ e 2004/38/CE⁴. A giudizio del delegato, invece, la presa in carico di X da parte del fratello escludeva che il richiedente avesse un reddito stabile e regolare per il sostentamento proprio e della sua famiglia; tale circostanza non rappresentava una sicurezza per le risorse pubbliche dello Stato belga e pertanto la richiesta di X andava respinta.

2. *Le questioni pregiudiziali*

Alla luce di tali considerazioni, la Commissione per il contenzioso decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre all'attenzione della CGUE alcune questioni pregiudiziali, in particolare:

- a) Se l'art. 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2003/109, nella parte

³ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 «relativa al diritto al ricongiungimento familiare».

⁴ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 «relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE».

in cui prevede che per acquisire lo *status* di soggiornante di lungo periodo i cittadini di Paesi terzi devono provare di disporre, per sé e per i familiari a carico, di risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento loro e dei loro familiari senza fare ricorso al sistema di assistenza sociale dello Stato, debba essere interpretato nell'unico senso consentito, ossia che si tratti esclusivamente di risorse proprie del richiedente;

b) Se sia, invece, sufficiente che dette risorse siano nella disponibilità del cittadino di Paese terzo senza che ricorra alcuna condizione circa la loro provenienza, cosicché queste possano essere messe a disposizione del cittadino di Paese terzo anche da un familiare o da un terzo;

c) In caso di soluzione positiva della questione di cui alla lettera b), se un impegno di presa in carico assunto da un terzo – dove quest'ultimo si impegna a garantire che il richiedente lo *status* di soggiornante di lungo periodo disponga per sé e per i suoi familiari a carico di risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento suo e dei suoi familiari – sia sufficiente a comprovare che il richiedente possa disporre concretamente delle risorse ai sensi dell'art. 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2003/109.

3. *La decisione*

A conclusione dell'analisi delle questioni pregiudiziali la CGUE, Terza Sezione, ha affermato che «L'art. 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2003/109 del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, deve essere interpretato nel senso che la nozione di "risorse" di cui a tale disposizione non riguarda unicamente le "risorse proprie" del richiedente lo status di soggiornante di lungo periodo, ma può anche comprendere le risorse messe a disposizione di tale richiedente da un terzo purché, tenuto conto della situazione individuale del richiedente interessato, siano considerate stabili, regolari e sufficienti».

4. *Le condizioni per l'acquisizione dello status di soggiornante di lungo periodo nel diritto dell'UE*

Nella sentenza in commento, la CGUE prende posizione sul delicato problema delle risorse che il cittadino di Paese terzo richiedente lo *status* di soggiornante di lungo periodo deve dimostrare di disporre. La Corte, in par-

ticolare, si pronuncia sulla provenienza *aliunde* delle risorse quale criterio atto a negare o a concedere detto *status*.

Giova, *in primis*, precisare che la direttiva 2003/109/CE si fonda sull'idea di un progressivo avvicinamento della posizione (e dei diritti) dei cittadini di Paesi terzi ai cittadini dell'Unione, reso possibile proprio dalla concessione dello *status* di soggiornante di lungo periodo⁵. È tuttavia necessario, ai fini del rilascio del suddetto *status*, che siano accertate le condizioni previste dagli artt. 4 e 5 della direttiva 2003/109, di cui una è di natura temporale e l'altra di tipo economico.

Per quel che concerne la prima condizione, come si evince dal Considerando n. 6 e dall'art. 4 della direttiva 2003/109/CE, è richiesta, ai fini della concessione dello *status* di soggiornante di lungo periodo, la durata del soggiorno «legale e ininterrotto» di almeno 5 anni nel territorio dello Stato membro dove la richiesta è stata presentata. Dare prova di una certa stabilità testimonierebbe, infatti, il radicamento del cittadino di Paese terzo nello Stato europeo. L'avveramento di tale condizione giustifica un avvicinamento della posizione (e dunque dei diritti) dei cittadini di Paesi terzi ai cittadini europei.

La seconda condizione che il cittadino di Paese terzo deve comprovare è di tipo economico. A tale riguardo, il Considerando n. 7 e l'art. 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2003/109 stabiliscono che spetta agli Stati membri interessati richiedere la prova della disponibilità di risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento del cittadino di Paese terzo e dei suoi familiari a carico affinché quest'ultimo non attinga al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato.

Anche il diritto belga, all'art. 15-*bis* della legge sugli stranieri di recepimento della direttiva 2003/109, richiede la sussistenza dei requisiti sopra indicati e, per quanto concerne nello specifico le risorse, dichiara che lo straniero deve comprovare di disporre «in modo da non diventare un onere per lo Stato».

Sul requisito della provenienza delle risorse, quale criterio atto ad accogliere o a respingere la domanda per l'ottenimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo, non si fa tuttavia menzione né nella direttiva 2003/109 né nel diritto interno di recepimento della stessa.

È, dunque, necessario ripercorrere il ragionamento logico-giuridico della CGUE che ha condotto ad escludere la provenienza delle risorse dall'alveo dei criteri valutabili per il rilascio dello *status* di soggiornante di lungo periodo.

⁵ Sul tema vds. D. ACOSTA ARCARAZO, *The Long-Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship. An Analysis of Directive 2003/109*, Leiden, 2011. Cfr. W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, 2013.

5. *Sulla esclusione della “provenienza” delle risorse dai requisiti richiesti per il soggiorno di lungo periodo: le argomentazioni della CGUE*

Richiamandosi a una precedente decisione⁶ pronunciata dalla stessa Corte, la CGUE, Terza Sezione, ha ribadito che, non essendovi nell’art. 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2003/109 alcun rinvio al diritto interno degli Stati membri, il termine «risorse» vada interpretato in modo uniforme in tutto il territorio dell’Unione.

L’analisi interpretativa della locuzione ha preso in considerazione fattori quali: la formulazione dell’art. 5, paragrafo 1, lettera a), il contesto in cui tale articolo si inserisce nonché l’obiettivo della direttiva 2003/109.

Nell’analisi letterale della disposizione in parola, la Corte ha rilevato una difformità di termini (e dunque di significati) tra alcune versioni dell’art. 5, paragrafo 1, lettera a). Nello specifico, la versione neerlandese a differenza di altre (italiana, spagnola, inglese e francese) utilizza un termine molto simile a quello di reddito che, riferendosi in maniera restrittiva alle sole risorse personali, tende ad escludere le risorse provenienti da un terzo. Posto che la Corte ha richiesto un’interpretazione uniforme su tutto il territorio europeo, il requisito della formulazione dell’art. 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2003/109 non può essere tenuto in conto al fine di stabilire se la provenienza delle risorse rientra o meno tra i criteri di valutabilità per la concessione dello *status* di soggiornante di lungo periodo⁷.

Per quanto concerne l’obiettivo della direttiva 2003/109, come innanzi anticipato, esso intende ravvicinare lo *status* giuridico dei cittadini di Paesi terzi a quello dei cittadini europei attraverso la concessione dello *status* di soggiornante di lungo periodo. Se il fine ultimo è quello dell’integrazione dei cittadini di Paesi terzi nel Paese membro dove è stata presentata la domanda, non sembra che la provenienza delle risorse abbia un grande peso ai fini del suo raggiungimento, nel senso che l’obiettivo perseguito non esige che le risorse abbiano una provenienza particolare e neppure che esse siano generate dall’attività economica del richiedente⁸.

È necessario, pertanto, proseguire con l’interpretazione del contesto in cui si inserisce l’art. 5, paragrafo 1, lettera a). A tale riguardo deve rilevarsi che l’esigenza di disporre di risorse stabili, regolari e sufficienti costituisce,

⁶ Il riferimento è alla CGUE, sentenza del 9 novembre 2017, *Maio Marques de Rosa*, C-306/16, EU:C:2017:844.

⁷ Cfr. Conclusioni Avvocato Generale presentate il 6 giugno 2019, EU:C:2019:469.

⁸ *Ibidem*.

assieme alla durata del soggiorno, una delle condizioni sostanziali per ottenere lo *status* di soggiornante di lungo periodo. Se si tiene conto solo di ciò, si converrebbe che il contesto non permette di richiedere altre condizioni, in particolare la provenienza delle risorse.

La sentenza in commento, tuttavia, svolge un'indagine interpretativa più approfondita del termine «risorse», valutandone il significato ermeneutico anche alla luce delle disposizioni delle direttive 2004/38/CE e 2003/86/CE.

Con riferimento alla direttiva 2004/38, concernente il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, il termine di «risorse sufficienti» appare nell'art. 7, paragrafo 1, lettera b). A giudizio della Corte, se si conferisse al carattere sufficiente delle risorse un'interpretazione orientata nel senso che l'interessato dovrebbe disporre solo di risorse autonome, allora si richiederebbe un requisito aggiuntivo (la provenienza delle risorse) sproporzionato al contesto e all'obiettivo della direttiva citata.

Per un ragionamento analogo dovrebbe escludersi il criterio della provenienza anche nell'interpretazione del termine «risorse» di cui all'art. 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2003/109, tuttavia, come la Corte ha rilevato, tenuto conto del carattere non temporaneo ma definitivo dell'acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo periodo e dell'obiettivo perseguito dalla specifica disposizione di cui all'art. 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2003/109 (che consiste nel preservare il sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato) va detto che il requisito delle risorse in quest'ultima contemplato ha un ambito di applicazione diverso dalla direttiva 2004/38/CE. Infatti, per il rilascio dello *status* di soggiornante di lungo periodo sono gli Stati membri che devono valutare la natura e la regolarità delle risorse, che non devono essere solo sufficienti ma anche «stabili» e «regolari».

Per tale ragione, la CGUE prende in considerazione l'interpretazione del requisito «risorse stabili, regolari e sufficienti» di cui all'art. 7, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2003/86 relativa al diritto al ricongiungimento familiare. Già dall'interpretazione letterale emerge che a rilevare non è la provenienza delle risorse bensì il carattere duraturo e sufficiente delle stesse, tenuto conto della situazione individuale dell'interessato.

Esaminati il tenore letterale e il contesto dell'art. 5, paragrafo 1, lettera a), nonché l'obiettivo della direttiva 2003/109 e tenuto conto delle interpretazioni che del termine «risorse» possono ricavarsi con riferimento alle direttive 2004/38 e 2003/86, la Corte ha ritenuto che la provenienza delle risorse non rappresenta un criterio determinante per lo Stato membro al fine di veri-

ficare la stabilità, la regolarità e la sufficienza delle stesse. Ciò che lo Stato membro, di conseguenza, in qualità di autorità competente dovrà valutare per concedere lo *status* di soggiornante di lungo periodo al cittadino di Paese terzo che ne abbia fatto richiesta è la situazione individuale del richiedente, oltre all'indicazione delle ragioni per cui le risorse che quest'ultimo dichiara di disporre siano o no sufficienti e se presentano una stabilità e continuità tali da non incidere sulle finanze pubbliche dello Stato ospitante.

Qualora ricorrano i requisiti della sufficienza, stabilità e regolarità nulla vieta che le risorse provengano da un familiare o addirittura da un terzo e laddove, come nel caso di specie, vi sia un atto formale di presa in carico del richiedente da parte di un terzo, tale atto rappresenta un elemento in più, in termini di garanzia, che merita di essere preso in considerazione ai fini dell'accettazione della domanda per la concessione dello *status* di soggiornante di lungo periodo.

REVOCA DELLO STATO DI LUNGO SOGGIORNANTE
E ORDINE PUBBLICO:
SECONDO TENTATIVO PER LE CORTI SPAGNOLE

Virginia Passalacqua*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea. – 3. La tutela rafforzata dei lungo-soggiornanti. – 4. Il conflitto tra le corti spagnole. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

L’11 giugno 2020, la Corte di giustizia dell’UE ha pubblicato la sua sentenza nel caso di WT, cittadino di paese terzo a cui era stato notificato un ordine di espulsione dalle autorità spagnole in ragione di alcune sue condanne in materia penale.¹ WT ha contestato detta espulsione in quanto, a suo avviso, sarebbe incompatibile con il suo status di lungo-soggiornante poiché la decisione aveva carattere automatico, mentre la Direttiva 2003/109 prevede che vi sia una valutazione caso per caso.² A prima vista la questione pregiudiziale sembra semplicemente riproporre la questione sollevata nel caso López Pastuzano, C-636/16³; ma a uno sguardo più attento emerge che dietro alla controversia si cela un più complesso conflitto tra corti spagnole capaci di mettere a rischio l’effettiva applicazione del diritto dell’Unione.

WT è un cittadino del Marocco, residente in Spagna da più di dieci anni e titolare di un permesso di soggiorno di lungo periodo. Nel 2016, a seguito di un controllo, la polizia spagnola ha scoperto che tra il 2011 e il 2014 WT era stato condannato a diverse pene, tra cui tre pene detentive superiori a un anno, e in conseguenza di ciò ha emanato un decreto di allontanamento nei suoi confronti in ottemperanza con l’art. 57 comma 2 della Ley Organica 4/2000.⁴ WT ha contestato tale decisione, lamentando che le sue precedenti

* Postdoctoral fellow presso l’Università di Torino e il Collegio Carlo Alberto.

¹ CGUE, sentenza del 11 giugno 2020, WT, C-448/19, EU:C:2020:467.

² Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, OJ L 16, 23.1.2004, p. 44-53.

³ CGUE, sentenza del 7 dicembre 2017, López Pastuzano, C-636/16, EU:C:2017:949.

⁴ Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su inte-

condanne penali non potevano, da sole, giustificare il suo allontanamento anche alla luce del fatto che egli si era integrato nella società spagnola, ne aveva assimilato la cultura, e ivi aveva stabilito i suoi legami di tipo familiare e professionale.

Avverso la decisione di allontanamento, WT dapprima ha fatto ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo n. 1 di Guadalajara, che lo ha ritenuto infondato, dopodiché ha proposto ulteriore appello davanti alla Corte Superiore di giustizia di Castiglia-La Mancia. Quest'ultima ha rilevato la sussistenza di un possibile conflitto tra il diritto spagnolo, così come interpretato dalla Corte Suprema e applicato dall'amministrazione spagnola, e il diritto dell'Unione europea, in particolare con la Direttiva 2003/109 sullo status dei soggiornanti di lungo periodo come interpretata dalla Corte di Giustizia nei casi di *Ziebell* e *López Pastuzano*.⁵

Per dirimere tale conflitto, la Corte Superiore di giustizia di Castiglia-La Mancia ha deciso di sospendere il procedimento e di sollevare la seguente questione pregiudiziale: è compatibile con l'articolo 12 della Direttiva 2003/109 l'espulsione «automatica» (vale a dire senza valutazione della situazione personale, familiare, sociale o lavorativa) di un titolare di permesso di lungo periodo per il fatto che questi abbia commesso un reato punito con una pena privativa della libertà di almeno un anno?

2. *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea*

Come spesso accade, la Corte di giustizia ha cominciato la sua sentenza con una premessa di metodo, mettendo in chiaro come non sia suo compito pronunciarsi sulla compatibilità delle sentenze della Corte suprema spagnola con il diritto dell'Unione, ma che a lei spetta solo l'interpretazione di quest'ultimo. Alla luce di ciò, la Corte ha riformulato la domanda nel senso di chiarire se il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 12 della Direttiva

gración social, dell'11 gennaio 2000 (BOE n. 10, del 12 gennaio 2000, pag. 1139) all'art. 57 comma 2 recita: «Costituisce altresì causa di allontanamento, previo esperimento del corrispondente procedimento amministrativo, la condanna dello straniero, in Spagna o al di fuori, per un comportamento doloso che è costitutivo [in Spagna] di un reato punito con una pena privativa della libertà personale superiore a un anno, salvo che i precedenti penali siano stati cancellati dal casellario giudiziale.»

⁵ CGUE, sentenza dell'8 dicembre 2011, *Ziebell*, C-371/08, EU:C:2011:809; CGUE, sentenza del 7 dicembre 2017, *López Pastuzano*, C-636/16, EU:C:2017:949.

2003/109, «osti ad una giurisprudenza nazionale avente la portata che tale giudice attribuisce alle citate sentenze del Tribunal Supremo (Corte suprema)».

La Corte suprema spagnola, in due sentenze del 19 e 27 febbraio 2019, aveva considerato legittime le espulsioni automatiche dei cittadini stranieri lungo-soggiornanti sulla base della Direttiva europea 2001/04, che disciplina il riconoscimento reciproco delle decisioni di espulsione tra gli Stati membri dell'UE.⁶ Questa Direttiva specifica che vanno eseguite le decisioni di allontanamento che sono state adottate o per motivi connessi alla violazione di norme di ingresso e residenza, o per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale (art. 3 lettere a) e b)). In questo secondo caso, la decisione può far seguito alla «condanna del cittadino di un paese terzo da parte dello Stato membro autore per un reato punibile con una pena privativa della libertà di almeno un anno» (art. 3(a)).

Secondo la ricostruzione della corte del rinvio, la Corte Suprema spagnola, deducendo dalla Direttiva 2001/04 che fosse legittimo espellere automaticamente qualsiasi cittadino di stato terzo autore di reato punito con pena privativa della libertà di almeno un anno, ancorché titolare di permesso di lungo periodo, avrebbe tratto delle conclusioni errate in diritto. In particolare, la Corte del rinvio riteneva problematico il fatto che l'automatismo della decisione precludesse ogni considerazione relativa agli elementi elencati dall'art. 12 della Direttiva 2003/109 (i.e. la durata soggiorno, l'età, le conseguenze per il lungo-soggiornante e per i suoi familiari, e i suoi vincoli con lo Stato membro di soggiorno o l'assenza di vincoli con il suo paese d'origine), nonostante fossero stati debitamente trasposti dalla legge spagnola (art. 57 comma 5 della Ley Orgánica).

La Corte di giustizia ha dapprima rammentato come si fosse già espressa sulla medesima disposizione del diritto spagnolo nel caso precedentemente menzionato di *López Pastuzano*. In quella occasione aveva dichiarato che l'articolo 12 della Direttiva 2003/109 osta a una normativa di uno Stato membro che non prevede l'applicazione delle condizioni di tutela contro l'allontanamento di un cittadino di stato terzo soggiornante di lungo periodo, qualsiasi sia il tipo di atto sulla base del quale veniva eseguita la decisione di allontanamento.

Per quanto riguarda la Direttiva 2001/40, citata dalla Corte Suprema

⁶ Direttiva 2001/40/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di paesi terzi, OJ L 149, 2.6.2001, p. 34-36.

spagnola, la Corte di giustizia ha ritenuto che non fosse rilevante nella controversia oggetto di rinvio, e che comunque non potesse giustificare una diversa interpretazione della Direttiva 2003/109. Infatti, la Direttiva 2001/40 si applica solo in situazioni in cui uno stato membro deve riconoscere la decisione di allontanamento adottata da un altro stato membro, mentre la controversia che riguarda WT si è tutta svolta nello stesso stato membro (Spagna).

In conclusione, la Corte ha ribadito che l'art. 12 osta all'adozione di una decisione di allontanamento nei confronti di cittadino di paese terzo lungo-soggiornante che sia stata presa solamente sulla base di una condanna penale «senza stabilire se tale cittadino di un paese terzo costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza di tale Stato membro e senza considerare i vari elementi elencati al paragrafo 3 di detto articolo, vale a dire la durata del suo soggiorno nel territorio dello Stato membro di cui trattasi, la sua età, le conseguenze di un allontanamento per quest'ultimo e per i suoi familiari, nonché i vincoli con il paese di soggiorno o l'assenza di vincoli con il suo paese d'origine».

3. *La tutela rafforzata dei lungo-soggiornanti*

La vicenda in oggetto verte sullo status dei cittadini di stato terzo titolari di permesso di lungo periodo e sulle norme che disciplinano la loro espulsione. La Direttiva 2003/109, che ha introdotto la disciplina europea sul permesso di soggiorno di lungo periodo, è stata concepita sulla scia dei principi fissati durante il Consiglio di Tampere nel 1999, che professavano la necessità di un trattamento equo per i cittadini di stato terzo basato sull'idea di "civic citizenship" e sull'approssimazione tra lo status di cittadino di paese terzo e quello dei cittadini dell'Unione.⁷ La Corte di Giustizia nelle sue decisioni ha per lo più aderito a tale *ethos*: pur non confermando del tutto l'idea di alcuni commentatori che si potessero estendere in via analogica alcuni diritti dei cittadini europei ai soggiornanti di lungo periodo,⁸ ha fornito un'interpretazione garantista dei diritti dei lungo-soggiornanti conferiti dalla Direttiva.

⁷ D. ACOSTA ARCARAZO, *Civic Citizenship Reintroduced? The Long-Term Residence Directive as a Post-National Form of Membership*, in *European Law Journal*, n. 21, 2, 2015, p. 200-219.

⁸ A. WIESBROCK, *Granting Citizenship-Related Rights to Third-Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 14, 2012, p. 63-94.

Le norme della Direttiva 2003/109 che più si caratterizzano per tale tutela rafforzata, e che quindi costituiscono il cuore di questo «quasi-citizenship status»,⁹ sono fondamentalmente due. La prima è quella che troviamo all'articolo 11, che concede ai soggiornanti di lungo periodo il diritto alla parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali in tutta una serie di campi fondamentali per la vita nello stato membro, come lavoro, istruzione e accesso alle prestazioni sociali.¹⁰ La seconda norma la troviamo all'articolo 12 ed è oggetto della sentenza in commento; questa prevede una tutela rafforzata contro l'espulsione, la quale non può essere decisa sulla base di motivi economici ma «esclusivamente se [il soggiornante di lungo periodo] costituisce una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza».

La Corte di giustizia, nel caso di *WT*, è stata chiamata a definire nuovamente i confini di tale tutela rafforzata per i lungo soggiornanti. In particolare, l'oggetto di discordia consiste nella definizione di chi costituisce una «minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza» e fino a che punto tale definizione deve prendere in considerazione le circostanze personali dell'individuo. Possono le autorità dello stato membro stabilire che un cittadino straniero lungo soggiornante costituisce una minaccia di quel tenore esclusivamente sulla base di una condanna penale e senza considerare il percorso di integrazione svolto?

La Corte di giustizia nel caso di *WT* ha risposto negativamente a tale quesito, sottraendo di fatto alla discrezionalità degli stati membri una parte importante della definizione di minaccia all'ordine pubblico e pubblica sicurezza. Quando si tratta di cittadini lungo soggiornanti, la Corte non ammette automatismi, ma richiede che si applichi una valutazione caso per caso, che prenda in considerazione anche il percorso di integrazione svolto dal singolo.

4. *Il conflitto tra le corti spagnole*

La pronuncia della Corte di giustizia era alquanto prevedibile alla luce delle sue precedenti sentenze. Tuttavia il caso riveste un certo interesse se

⁹ D. KOCHENOV-M. VAN DEN BRINK, *Pretending There Is No Union: Non-Derivative Quasi-Citizenship Rights of Third-Country Nationals in the EU*, in D. THYM, M. ZOETEWIJ TURHAN (a cura di), *Degrees of Free Movement and Citizenship*, Social Science Research Network, Rochester, NY, 2014 The Hague.

¹⁰ CGUE, sentenza del 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10, EU:C:2012:233.

situato nel contesto nazionale di provenienza: infatti, il testo della domanda pregiudiziale nel caso di *WT* e una ricerca nel database della Corte di giustizia rivelano che questo rinvio pregiudiziale è sintomo di un più esteso conflitto tra corti sullo status di lungo soggiornante in Spagna.¹¹ Infatti, nella sua domanda pregiudiziale, la Corte superiore di giustizia di Castiglia-La Mancia fa esplicito riferimento ad un cambio di indirizzo nella giurisprudenza della Corte Suprema, riportando alcuni paragrafi dalle sue recenti sentenze del 2019 in cui definisce le condanne penali superiori a un anno come automaticamente sufficienti a dimostrare “un chiaro pregiudizio per l’ordine pubblico e la pace sociale” e una “mancanza di radicamento” nella società ospitante. Il giudice a quo, essendo vincolato al rispetto delle sentenze della Corte suprema ma non condividendo la sua lettura, si è trovato in difficoltà e ha deciso di sollevare non solo una questione pregiudiziale, ma sei, tutte sullo stesso dubbio interpretativo.¹²

Le sentenze della Corte Suprema spagnola non hanno messo in difficoltà solo la Corte superiore di giustizia di Castiglia-La Mancia. Infatti, poco dopo la sentenza di *WT* la Corte di giustizia si è pronunciata anche nel caso di *UT e SI*, rinviato dal *Juzgado Contencioso-Administrativo n. 17 de Barcelona*, e vertente anch’esso sull’interpretazione della Direttiva 2003/109, ma stavolta sui requisiti per l’acquisizione dello status di lungo soggiornante.¹³ La questione verteva nuovamente sul concetto di ordine pubblico e di radicamento, e chiedeva se fosse compatibile con il diritto dell’Unione l’interpretazione della Corte Suprema spagnola che nega automaticamente l’acquisizione dello status di lungo soggiornante ai richiedenti che abbiano precedenti penali (nel caso di *UT*, una guida in stato di ebbrezza). Non sorprende che anche in questo caso la risposta della Corte di giustizia abbia contraddetto la Corte Suprema Spagnola: in materia di minaccia all’ordine pubblico e alla pubblica sicurezza non sono ammesse valutazioni automatiche, ma vanno tenute in considerazione le circostanze individuali del richiedente, tra cui la durata del

¹¹ Subdelegación del Gobierno en Guadalajara, Domanda di pronuncia pregiudiziale del 12 giugno 2019, *WT*, C-448/19.

¹² CGUE, Ordinanza del presidente della Corte del 29 luglio 2020, *PO*, C-531/19, EU:C:2020:619; CGUE, Ordinanza del presidente della Corte del 24 luglio 2020, *RQ*, C-533/19, EU:C:2020:614; CGUE, Ordinanza del presidente della Corte del 24 luglio 2020, *SR*, C-534/19, EU:C:2020:615; CGUE, Ordinanza del presidente della Corte del 16 luglio 2020, *DX*, C-549/19, EU:C:2020:612; CGUE, Ordinanza del presidente della Corte del 17 luglio 2020, *LP*, C-567/19, EU:C:2020:613.

¹³ CGUE, Sentenza del 3 settembre 2020, *UT e SI*, C-503/19 e C-592/19, EU:C:2020:629.

suo soggiorno, il tipo di reato commesso e l'entità della minaccia agli interessi pubblici.¹⁴ Visto che ad oggi non esistono procedimenti di infrazione aperti dalla Commissione europea contro la Spagna sull'applicazione della Direttiva 2003/109, l'unico modo che le corti spagnole hanno per garantire l'effettivo rispetto dei diritti degli (aspiranti) lungo soggiornanti è quello di effettuare rinvio alla Corte di giustizia, che si sta dimostrando fedele alla sua giurisprudenza.

5. *Conclusioni*

Il rinvio spagnolo nel caso di *WT* ripropone una classica questione di diritto degli stranieri: quale ruolo hanno le valutazioni di ordine pubblico e pubblica sicurezza nella definizione del vincolo che lega lo straniero e lo stato di residenza? Può la commissione di un reato giustificare l'automatica rescissione di tale vincolo? Diversi stati europei negli ultimi anni hanno introdotto degli automatismi espulsivi nei loro ordinamenti, ma tale scelta è stata contrastata da alcune corti nazionali e supranazionali che hanno invece invocato l'adozione di un "rights-based approach": questo esige un bilanciamento tra l'interesse statale di allontanare lo straniero pericoloso (o presunto tale) e l'interesse di quest'ultimo a preservare il complesso di vincoli familiari, sociali ed economici che, con il trascorrere del tempo, ha creato nello stato ospitante.¹⁵

Nel contesto di questo dibattito, e nello specifico per quanto riguarda i diritti degli stranieri lungo soggiornanti, la Corte di giustizia aveva assunto una posizione chiara fin dai casi di *Ziebell* e *López Pastuzano*. Ivi aveva stabilito che i lungo soggiornanti, pur non possedendo gli stessi diritti dei cittadini dell'Unione, godono di una tutela che gradualmente, con il passare degli anni e in considerazione del loro percorso di integrazione, si rafforza. Nel caso di *WT*, la Corte di giustizia è dovuta tornare sulla questione a causa del mancato rispetto delle sue pronunce da parte della Corte suprema spagnola, e ha ribadito che i cittadini stranieri lungo soggiornanti godono di una tutela rafforzata e non possono essere espulsi automaticamente in conseguenza di una loro condanna penale. Tale interpretazione ridisegna il patto tra stato nazionale e straniero, il quale si arricchisce di una tutela crescente di matrice

¹⁴ CGUE, *UT e SI*, C-503/19 e C-592/19, paragrafo 38.

¹⁵ M. SAVINO, *The right to stay as a fundamental freedom? The demise of automatic expulsion in Europe*, in *Transnational Legal Theory*, n. 7, 1, 2016, p. 70-94.

europea che la Corte di giustizia è chiamata a far rispettare, anche contrastando le resistenze di alcune corti nazionali.

PARITÀ DI TRATTAMENTO E SICUREZZA SOCIALE:
IL DIRITTO ALL'EROGAZIONE DELL'ASSEGNO FAMILIARE
ANCHE PER I PERIODI DI ASSENZA DALLO STATO MEMBRO

Maria Teresa Ambrosio*

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La decisione della Corte. – 3. Sulla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale: il contesto europeo e di diritto interno. – 4. Beneficiario e destinatario dell'assegno familiare: una distinzione rilevante ai fini dell'attribuzione della prestazione di sicurezza sociale.

1. *La vicenda*

La vicenda in commento¹ trae origine dalla domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dalla Corte Suprema di Cassazione nell'ambito della controversia tra l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (da qui in avanti, INPS) e un cittadino di Paese terzo regolarmente soggiornante in Italia con permesso unico di lavoro (d'ora in poi, WS) in merito al rigetto della domanda di assegno familiare per periodi durante i quali la moglie e i figli dell'interessato non risiedevano in Italia.

Da una breve ricostruzione dei fatti di causa emerge che WS era titolare, dal dicembre 2011, di un permesso di soggiorno per lavoro subordinato e, dal dicembre 2015, di un permesso unico lavoro (d.lgs. n. 40/2014² di attuazione della direttiva 2011/98/UE³). Nel periodo compreso tra gennaio e giugno 2014 e tra luglio 2014 e giugno 2016, la moglie di WS e i suoi due bambini non erano residenti in Italia, bensì nel loro Paese di origine (Sri Lanka).

* Dottoranda di ricerca, Università degli Studi del Molise.

¹ CGUE, sentenza del 25 novembre 2020, *INPS c. WS*, causa C-302/19.

² Trattasi del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 40 «di attuazione della direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro».

³ Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 «relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro».

WS faceva richiesta all'INPS di assegno familiare anche per i periodi di assenza dei suoi familiari dal territorio dello Stato italiano. In relazione a tali periodi, però, l'INPS negava la richiesta sul fondamento dell'articolo 2, comma 6-*bis*, della legge n. 153/1988⁴, che – per i cittadini di Paesi terzi – esclude dal calcolo di tale assegno i familiari che non abbiano la residenza in Italia.

WS proponeva allora ricorso dinanzi al Tribunale di Alessandria deducendo una violazione dell'articolo 12 della direttiva europea 2011/98, oltre al carattere discriminatorio del diniego. Il Tribunale adito respingeva il ricorso.

La decisione di primo grado veniva impugnata dinanzi alla Corte d'Appello di Torino. La Corte, rilevando una mancata trasposizione nel diritto interno dell'articolo 12 della direttiva 2011/98, nonché l'incompatibilità dell'articolo 2, comma 6-*bis*, l. n. 153/1988 con tale direttiva, accoglieva l'appello.

Avverso tale sentenza, l'INPS proponeva ricorso dinanzi alla Corte Suprema di Cassazione invocando, quale unico motivo, la falsa applicazione dell'articolo 12 della direttiva 2011/98 e del decreto legislativo n. 40/2014.

Nel sospendere il procedimento e rimettere la questione alla CGUE, il giudice del rinvio precisava che l'assegno familiare è una integrazione economica di cui beneficiano tutti i prestatori di lavoro in Italia purché questi abbiano un nucleo familiare che produca redditi non superiori a una certa soglia e che l'importo venga quantificato in proporzione al numero dei componenti, al numero dei figli e al reddito familiare.

Dichiarava, altresì, che la soluzione della controversia tra l'INPS e WS dipendesse sostanzialmente dall'interpretazione dell'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98, e dalla questione se tale disposizione implichi che i familiari del cittadino di Paese terzo, titolare del permesso unico di lavoro e del diritto all'erogazione dell'assegno per il nucleo familiare (art. 2, l. n. 153/1988), siano inclusi nel novero dei beneficiari di tale prestazione pur risiedendo fuori dal territorio italiano. Veniva chiesto, pertanto, alla CGUE «se l'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98 (...), nonché il principio di parità di trattamento tra titolari di permesso unico di soggiorno e di lavoro e cittadini nazionali, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una legislazione nazionale in base alla quale, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro, nel computo degli ap-

⁴ Trattasi della legge 13 maggio 1988, n. 153 «di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 13 marzo 1988, n. 69, recante norme in materia previdenziale per il miglioramento delle gestioni degli enti portuali ed altre disposizioni urgenti».

partenenti al nucleo familiare, al fine del calcolo dell'assegno per il nucleo familiare, vanno esclusi i familiari del lavoratore titolare del permesso unico ed appartenente a Stato terzo, qualora gli stessi risiedano presso il paese terzo d'origine».

2. *La decisione della Corte*

A conclusione dell'analisi della questione pregiudiziale, la CGUE, Quinta Sezione, dichiarava che: «L'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/CE del Parlamento e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa di uno Stato membro in forza della quale, ai fini della determinazione dei diritti a una prestazione di sicurezza sociale, non vengono presi in considerazione i familiari del titolare di un permesso unico, ai sensi dell'articolo 2, lettera c), della medesima direttiva, che risiedano non già nel territorio di tale Stato membro, bensì in un paese terzo, mentre vengono presi in considerazione i familiari del cittadino di detto Stato membro residenti in un paese terzo».

3. *Sulla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale: il contesto europeo e di diritto interno*

Nella sentenza in commento, la CGUE prende posizione sul tema della parità di trattamento del cittadino di Paese terzo soggiornante in Italia con permesso unico di lavoro per quanto concerne l'ambito delle prestazioni di sicurezza sociale⁵. In particolare, la questione pregiudiziale su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi verte sull'interpretazione dell'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/CE, con riferimento agli assegni familiari di cui il cittadino straniero titolare di permesso unico è legittimato a beneficiare (*ex art. 3, par. 1, lett. b) e c)*). Nel caso di specie si trattava di de-

⁵ Sul tema cfr. W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, 2013; M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019.

cidere se concedere tale assegno nonostante la moglie e i figli di WS avessero solo temporaneamente risieduto in Italia e trascorso alcuni periodi nel Paese di origine.

Prima di analizzare la decisione della CGUE, tesa a eliminare il carattere discriminatorio del diniego, giova rammentare il contesto normativo, europeo e interno, che fa da cornice all'attività ermeneutica della Corte. L'interpretazione delle norme, come si vedrà, riveste un ruolo fondamentale per garantire la massima rispondenza del diritto interno a quello sovranazionale, soprattutto sotto il profilo della parità e dell'equo trattamento.

In primo luogo, l'analisi dell'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98, conduce a riconoscere ai lavoratori di Paesi terzi titolari di permesso unico lo stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne i settori della sicurezza sociale di cui al regolamento (CE) n. 883/2004⁶. Tra questi, vi rientrano le prestazioni familiari (art. 3, regolamento (CE) n. 883/2004). Orbene, la controversia nasce propriamente dal fatto che tale articolo non chiarifica se i familiari – residenti presso il Paese terzo di origine – siano inclusi nel computo per l'erogazione dell'assegno.

In via preliminare va anzitutto ricordato che ciascuno Stato, in mancanza di armonizzazione a livello europeo, stabilisce le condizioni per la concessione delle prestazioni di sicurezza sociale, l'importo e il periodo durante cui sono concesse pur dovendosi, tuttavia, conformare al diritto dell'Unione (Considerando 26, direttiva 2011/98), le cui disposizioni mirano a garantire la parità di trattamento. In linea di principio, questo sta a significare che se il diritto interno riconosce una prestazione familiare ai propri cittadini indipendentemente dal luogo in cui i familiari soggiornano, uguale trattamento deve essere riconosciuto ai cittadini di Paesi terzi titolari di un permesso unico.

È su questa base che le argomentazioni avanzate dall'INPS – e avallate dal Giudice di prime cure – sono state contestate dalla CGUE nell'obiettivo ultimo di promuovere uno degli scopi principali dell'Unione in materia di immigrazione, ossia garantire l'equo trattamento dei cittadini di Paesi terzi in posizione di soggiorno regolare con i cittadini dello Stato membro (Considerando 2, direttiva 2011/98).

L'integrazione, peraltro, riveste un ruolo centrale nella normativa europea ed emerge con trasparenza dal ragionamento della Corte. Quest'ultima,

⁶ Trattati del Regolamento (Ce) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

contrariamente a quanto sostenuto dall'INPS, ritiene che l'esclusione dal diritto alla parità di trattamento del titolare di un permesso unico è del tutto contraria all'obiettivo di integrazione. Difatti, l'assenza temporanea dal territorio dello Stato membro non depone a sfavore dell'inclusione bensì, laddove la non residenza nel Paese ospitante divenga motivo di esclusione dal diritto si precluderebbe la parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro, con la conseguenza di effetti – diretti o indiretti – sul percorso di inclusione dei cittadini di Paese terzo in uno Stato dell'Unione.

Il principio della parità di trattamento costituisce, dunque, la regola generale che non ammette deroghe se non nei limiti consentiti dalle direttive o solo qualora gli organi competenti per l'attuazione della direttiva abbiano espresso chiaramente l'intenzione di avvalersene⁷. In relazione alla sicurezza sociale, la Corte ha ritenuto che non sono contemplati limiti nella direttiva 2011/98, né questi possono essere interpretati in modo estensivo da altre disposizioni (si pensi, ad esempio, all'art. 12, par. 2, lett. c), con riferimento ai limiti sulle agevolazioni fiscali) il cui ambito di applicazione è stato ristretto al solo caso in cui i familiari del lavoratore di Paese terzo abbiano il domicilio o la residenza abituale nel territorio dello Stato membro interessato.

Nel diritto interno, per quanto concerne l'attribuzione di prestazioni familiari, i cittadini di Paesi terzi titolari di un permesso unico di lavoro sono soggetti a un trattamento che non corrisponde né agli scopi della direttiva 2011/98 né, più nello specifico, al suo art. 12, par. 1, lett. e). Difatti, per quel che concerne il godimento dell'assegno familiare, l'art. 2, comma 6-*bis*, l. n. 153/1988 introduce un regime di sfavore per i titolari di permesso unico: a differenza dei lavoratori italiani, i cittadini di Paesi terzi non possono includere nella composizione del nucleo familiare, per il computo dell'assegno, i familiari che non soggiornano in Italia.

Tale norma può avere due effetti, entrambi ostativi all'applicazione della parità di trattamento prevista dall'Unione: a seconda del numero dei familiari che risiedono in Italia, infatti, si verificherà o la riduzione dell'importo dell'assegno che il cittadino di Paese terzo può ricevere o, peggio, la totale eliminazione dell'erogazione della prestazione familiare.

⁷ Cfr. CGUE, sentenza del 21 giugno 2017, *Martinez Silva c. INPS e Comune di Genova*, C-449/16, EU:C:2017:485, punto 29.

4. *Beneficiario e destinatario dell'assegno familiare: una distinzione rilevante ai fini dell'attribuzione della prestazione di sicurezza sociale*

Per tutto quanto sopra esposto, la Corte è giunta alla conclusione dell'irragionevolezza del rifiuto o della riduzione del beneficio di una prestazione di sicurezza sociale nei confronti del cittadino di Paese terzo i cui familiari non risiedano in Italia, laddove tale beneficio sia, invece, accordato ai cittadini dello Stato membro indipendentemente dal luogo in cui i familiari risiedano.

Effettivamente, se si tiene conto anche di ulteriori elementi si comprenderà il carattere discriminatorio del diniego. Chiedersi quale sia la natura dell'assegno familiare, quale sia la sua funzione e operare un'opportuna differenziazione tra coloro che sostanzialmente ne beneficiano e chi, invece, ne è il destinatario è di cruciale importanza per sostenere la conclusione della Corte⁸.

In primo luogo, è bene precisare che l'assegno familiare è un trattamento previdenziale di cui può fruire il lavoratore a condizione che faccia parte di un nucleo familiare il cui reddito non ecceda una certa soglia determinata dalla legge. Di tale assegno – che costituisce una prestazione di sicurezza sociale rientrante nel novero delle prestazioni familiari di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera j), del regolamento n. 883/2004 – beneficiano anche i cittadini di Paese terzo con permesso unico di lavoro aventi un nucleo familiare e un reddito computabili ai fini dell'erogazione dell'assegno (art. 12, par. 1, lett. e), direttiva 2011/98).

Laddove i familiari non residenti in Italia siano esclusi dal calcolo dell'importo dell'assegno verrebbe a configurarsi un trattamento di sfavore nei confronti del cittadino di Paese terzo, certamente contrario alla parità di trattamento nell'ambito della sicurezza sociale di cui all'articolo 12 della direttiva 2011/98.

Non si può, peraltro, non sottolineare che seppure siano i familiari i sostanziali beneficiari dell'assegno in quanto la prestazione si dirige a beneficio dell'intero nucleo familiare, tuttavia il diritto a tale assegno è riconosciuto al lavoratore titolare di permesso unico di lavoro ed è, dunque, a quest'ultimo che la prestazione familiare viene versata in qualità di destinatario del diritto in parola. Per tale ragione, la riduzione dell'importo o l'omesso versamento dell'assegno (a seconda che tutti o solo alcuni dei familiari rilevanti per il computo non soggiornino nel territorio dello Stato ospitante) configurano

⁸ Cfr. Conclusioni Avvocato Generale dell'11 giugno 2020, EU:C:2020:452.

una violazione al principio della parità di trattamento nell'ambito della sicurezza sociale.

Per tutto quanto sopra esposto, l'interpretazione della Corte si è mossa nel senso che l'articolo 12, paragrafo 1, lettera e) della direttiva 2011/98, osta al diritto interno che esclude dal computo della determinazione del diritto a una prestazione di sicurezza sociale i familiari del titolare di permesso unico di lavoro non residenti, anche solo temporaneamente, nel territorio italiano, nel mentre prende in considerazione i familiari del cittadino di uno Stato membro residenti in un Paese terzo per l'attribuzione del medesimo beneficio⁹.

La decisione della Corte appare chiaramente avere radici nella più profonda idea di eguaglianza non solo come concreta possibilità di fruire dei vantaggi e dei benefici concessi dalla legge in ambito sociale ma anche, soprattutto, come garanzia di integrazione e di coesione sociale nell'obiettivo di eliminare alcune forme di condizionamento (in questo caso basate sulla residenza) che ostacolano il (lungo) percorso del riconoscimento dei diritti sociali agli stranieri¹⁰.

⁹ Si veda anche CGUE, sentenza del 25 novembre 2020, *INPS c. VR*, C-303/19, EU:C:2020:958. La decisione della Corte ha ad oggetto la questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109/CE. La domanda era stata sollevata nell'ambito di una controversia tra l'INPS e un cittadino di Paese terzo occupato in Italia e titolare di un permesso di soggiorno di lunga durata in riferimento al rigetto di una domanda di assegno familiare per il periodo durante il quale la moglie e i figli avevano soggiornato nel Paese terzo di origine. Anche in tal caso, la Corte di Giustizia ha concluso per la contrarietà del diritto interno rispetto alle norme dell'Unione.

¹⁰ M. RANIERI, *La tutela assistenziale dei migranti*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, Bologna, 2020, p. 235 ss.; A. GUARISO, *L'infinito conflitto tra divieti di discriminazione e welfare "selettivo"*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, p. 532.

L'ASSEGNO SOCIALE DEGLI STRANIERI EXTRACOMUNITARI E GLI "SPECIALI" REQUISITI DI ACCESSO

Carmen Spinelli*

SOMMARIO: 1. La fattispecie e l'*iter* argomentativo della Corte di Cassazione. – 2. Un inaspettato arresto nella giurisprudenza in materia di assegno sociale degli stranieri. – 3. Alcune riflessioni.

1. *La fattispecie e l'iter argomentativo della Corte di Cassazione*

La sentenza in commento¹ offre interessanti spunti per un approfondimento del tema dell'accesso dei cittadini extracomunitari alle prestazioni di natura assistenziale, con particolare riferimento all'assegno sociale *ex art. 3, c. 6, l. n. 335/1995*.

Per l'accesso al beneficio *de quo* la legge prescrive il possesso di due "requisiti speciali": la titolarità della carta di soggiorno (ora permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo) e, indipendentemente dalla cittadinanza, la residenza continuativa in Italia. Il primo requisito è previsto dall'art. 80, c. 19, l. n. 388/2000 (legge finanziaria 2001) che – per ragioni di contenimento della spesa pubblica – ha modificato la portata *ratione personae* dell'art. 41 d. lgs. n. 286/1998 (T.U. in materia di immigrazione)²; il secondo è stato introdotto dall'art. 20, c. 10, l. n. 133/2008.

La questione trae origine dalla pronuncia della Corte di Appello di Torino, confermativa della sentenza di primo grado di rigetto della domanda proposta da un cittadino straniero nei confronti dell'Inps e volta al riconoscimento del diritto all'assegno sociale. Ad avviso della Corte territoriale non poteva essere riconosciuto il diritto al beneficio richiesto in mancanza, nel caso di specie, del requisito della residenza decennale (c.d. residenza qualificata o soggiorno legale)³.

* Dottoressa di ricerca, Università di Foggia.

¹ Cass. civile, sez. lavoro, sentenza del 25 giugno 2019, n. 16989.

² Cfr. C. DE MARTINO, *Il diritto al minimo esistenziale nella tutela multilevel dei cittadini extracomunitari*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1/2013, p. 56, secondo cui l'art. 80, c. 19, l. n. 388/2000 è «una norma a forte connotato nazionalistico, eretta a salvaguardia dei difficili equilibri di bilancio dell'INPS».

³ Cfr. M. D'ONGHIA, *Tutele previdenziali e assistenziali dei lavoratori migranti*, in AA.VV., *Previdenza e assistenza*, Lavoro, Milano, 2017, p. 579.

Il cittadino straniero ricorreva alla Corte di Cassazione, ritenendo ingiusta ed errata la decisione della Corte di Appello per aver ritenuto il requisito della residenza decennale continuativa, ovvero la concreta presenza sul territorio dello Stato, come essenziale per l'accesso all'assegno sociale sulla scorta di un'errata interpretazione dell'art. 20, c.10, l. n. 133/2008.

La Cassazione con la sentenza in commento rigetta il ricorso, sostenendo che per accedere all'assegno sociale è necessario il possesso di entrambi i "requisiti speciali" espressamente previsti dalla legge.

La Suprema Corte, inoltre, facendo proprie le argomentazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 15 marzo 2019⁴, afferma che la previsione normativa dei suddetti requisiti per l'accesso al beneficio dell'assegno sociale da parte degli stranieri extracomunitari non si configura come irragionevole in virtù del fatto che l'assegno sociale è misura che, rivolgendosi a chiunque abbia compiuto sessantacinque anni di età, persegue «finalità peculiari e diverse rispetto a quelle proprie delle misure di assistenza legate a specifiche esigenze di tutela sociale della persona che non tollerano discriminazioni, come nel caso delle invalidità psicofisiche». Il beneficio dell'assegno sociale, dunque, ad avviso della Corte Suprema, non si configurerebbe quale componente dell'assistenza sociale bensì come prestazione assistenziale eccedente i bisogni primari della persona. Ne discende che ben può il legislatore prevedere specifiche condizioni per il godimento delle prestazioni assistenziali "ulteriori", «purché tali condizioni non siano manifestamente irragionevoli né intrinsecamente discriminatorie», com'è appunto nella specie la considerazione dello stabile inserimento socio-giuridico del cittadino extracomunitario nel contesto nazionale. È, pertanto, da ritenersi legittimo il riconoscimento di una prestazione economica al solo straniero, indigente e privo di pensione, il cui stabile inserimento nella comunità lo ha reso meritevole dello stesso sussidio concesso al cittadino italiano.

Nella sentenza in commento, inoltre, si esclude che il requisito della residenza decennale possa essere considerato quale limite alla libertà di circolazione di cui agli artt. 16, c. 2, Cost., 21 e 45 T.F.U.E., in quanto non implica affatto una violazione della libera scelta del singolo bensì si sostanzia in un radicamento territoriale che non si identifica con la assoluta, costante ed ininterrotta permanenza sul territorio nazionale.

⁴ Corte Cost., sentenza del 15 marzo 2019, n. 50. Per un approfondimento v. C. SPINELLI, *La sentenza n. 50/2019: cronaca di un inaspettato arresto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di prestazioni sociali degli stranieri*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n. 4/2019, pp. 667 ss.

2. *Un inaspettato arresto nella giurisprudenza in materia di assegno sociale degli stranieri*

La questione trattata dalla pronuncia in epigrafe è di particolare importanza avendo evidentemente uno stretto legame con la problematica dell'integrazione degli immigrati in Italia ed essendo certamente consequenziale alla natura ormai strutturale del fenomeno migratorio⁵. Se infatti il riconoscimento dei diritti inviolabili e delle libertà classiche (diritto alla vita, diritto all'integrità fisica, libertà di pensiero, ecc.) sembra per definizione ormai indiscutibile, la sentenza in epigrafe dimostra come decisamente più problematica è la garanzia dei diritti sociali cosiddetti di prestazione, in riferimento ai quali peraltro si manifesta come fattore fortemente condizionante l'equilibrio finanziario⁶.

Sebbene la giurisprudenza, soprattutto della Corte costituzionale, sia più volte intervenuta al fine di garantire il principio di non discriminazione nell'accesso dello straniero al sistema di *welfare* statale e regionale, nella legislazione statale permangono varie sacche di tutela differenziata che sembrano affatto rispettose dei principi di eguaglianza e di non discriminazione⁷. Una di queste attiene all'assegno sociale (ex pensione sociale), prestazione che prescinde del tutto dal versamento di contributi, spettante ai cittadini che abbiano compiuto il sessantacinquesimo anno di età e possiedano redditi di importo inferiore ai limiti previsti dalla legge e che costituisce proprio l'oggetto della sentenza qui in commento.

Come detto, per l'accesso al beneficio *de quo* la legge prescrive il possesso di due "requisiti speciali". La succitata sentenza n. 50/2019 della Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale

⁵ Cfr. M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giurisdizionale*, Bari, 2017, p. 199.

⁶ Cfr. D. BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, p. 18. Cfr. anche Sciarra S., *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2017, p. 354, secondo cui «i diritti sociali pesano, poiché pongono in capo allo Stato l'obbligo di prestazioni costose e tuttavia doverose. Proprio per questo i diritti sociali si estendono in parallelo con l'evolversi dello Stato pluriclasse e di quest'ultimo devono interpretare le attese e le aspirazioni, elaborando nello stesso tempo le tecniche di tutela più adeguate».

⁷ Così W. CHIAROMONTE, *The New EU Legal Regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directives 2009/50, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human Rights-Based Approach?*, in *W.P. Csdle "Massimo D'Antona"*, n. 122/2015, p. 22.

sollevata con riferimento al requisito della titolarità del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo per l'accesso all'assegno sociale, in ragione della natura del beneficio *de quo*, prestazione non rivolta a soddisfare “un bisogno primario dell'individuo” e che pertanto tollera “un distinguo correlato al radicamento territoriale”. Su questa scia, la Cassazione ha ritenuto che tale principio valga senz'altro anche per il requisito temporale del soggiorno, il quale è richiesto non solo ai cittadini extracomunitari ma anche a quelli dei Paesi UE e financo – stando allo stretto tenore della norma – agli stessi cittadini italiani.

3. *Alcune riflessioni*

Non si può non segnalare come la considerazione, da parte della giurisprudenza, dell'assegno sociale quale indennità non volta a soddisfare bisogni primari della persona sia certamente meritevole di critica. In primo luogo, solleva non poche perplessità l'eccessiva vaghezza dei metodi di classificazione utilizzati per definire una prestazione come idonea a soddisfare bisogni primari degli individui oppure come provvidenza che fornisce utilità al di sopra dei livelli minimi essenziali. Si fa, poi, veramente fatica a condividere la ricostruzione dell'assegno sociale quale prestazione non destinata al soddisfacimento di bisogni primari di sostentamento della persona, stante la *ratio* della provvidenza *de qua* quale indennità volta a garantire all'anziano il raggiungimento di un reddito minimo annuo di euro 5.954,00 (nel 2019), cioè un reddito neppure sufficiente a superare la soglia di povertà assoluta. Si ritiene, invece, assolutamente pacifica la natura dell'assegno sociale quale reddito “vitale” di sostentamento agli anziani economicamente non autosufficienti, certamente inquadrabile nell'ambito di quegli interventi di natura solidaristica che l'ordinamento è chiamato ad approntare⁸.

⁸ Sul punto si rinvia a G. TURATTO, *Prestazioni agli invalidi civili e trattamenti degli stranieri: la lungamarcia della Corte Costituzionale verso la parità*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1/2008, pp. 1001 ss. Di fronte poi all'eventuale obiezione – qui criticata – che l'assegno sociale potrebbe non configurarsi come rimedio destinato a soddisfare “bisogni primari”, si fa rilevare che in dottrina si è già avanzato il dubbio se le esclusioni imposte dalla legge aventi ad oggetto prestazioni eccedenti l'essenziale siano legittime costituzionalmente, potendo comunque contrastare con il principio di ragionevolezza. Così W. CHIAROMONTE, *Stranieri e prestazioni assistenziali destinate al sostentamento della persona: sono illegittime le differenziazioni fondate sull'adurata del soggiorno in Italia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2010, p. 948.

Ma anche qualificando l'assegno sociale come prestazione che si pone al di fuori dell'area dei diritti fondamentali e riconoscendo quindi una discrezionalità del legislatore nel graduare l'accesso dello straniero a tale beneficio, appare senz'altro criticabile la scelta di richiedere il possesso della residenza qualificata, quale requisito comprovante un inserimento stabile e attivo dello straniero in Italia. La previsione di tale condizione si pone certamente in contrasto con i principi di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio che costituiscono il presupposto di fruibilità della provvidenza in questione.

Si condivide, poi, l'idea di chi abbia ravvisato nel requisito della residenza decennale il fondato rischio di una discriminazione indiretta, stante l'inequivocabile maggiore attitudine di tale requisito ad incidere sulla situazione di stranieri piuttosto che di nazionali. Contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza in commento, la previsione della residenza almeno decennale per l'accesso all'assegno sociale configura palesemente un'evidente disparità di trattamento tra i cittadini italiani e i cittadini extracomunitari titolari di un permesso di soggiorno di lunga durata.

La previsione della residenza almeno decennale si pone, peraltro, in aperto contrasto con alcune norme comunitarie. Innanzitutto, con la Direttiva 2003/109/CE, che all'art. 11 dispone che "il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: (...) d) le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale". Dubbi di conflitto sorgono anche con riferimento all'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE sul permesso unico ai sensi del quale i lavoratori extracomunitari beneficiano dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne i settori della sicurezza sociale. Il requisito della residenza qualificata sembra violare anche l'art. 6 della Convenzione OIL n. 97/1949, che sancisce il principio della parità di trattamento tra cittadini nazionali e cittadini di Paesi terzi, senza alcuna distinzione fondata sull'anzianità, sul reddito o sulla durata del loro soggiorno, in materia di sicurezza sociale.

Non si condivide, inoltre, la conclusione a cui è giunta la Cassazione allorché ha escluso che il requisito della residenza qualificata per l'accesso alle prestazioni sociali si ponga in contrasto con la libertà di circolazione delle persone. È indubbio, infatti, che la previsione del requisito in questione si traduce di fatto in un ostacolo alla libertà di circolazione delle persone, in quanto l'esclusione dal *welfare* può senz'altro condizionare le scelte delle

persone, in particolare di chi si trovi in uno stato di bisogno, “inducendole” ad evitare spostamenti.

Sia consentito pensare che le reali ragioni che hanno portato questa giurisprudenza a una siffatta conclusione siano altre. *In primis*, come espressamente richiamato nella sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2019, il contenimento della spesa pubblica (non a caso il Giudice delle leggi si esprime in termini di «limitatezza delle risorse disponibili»). La tendenza a limitare l'accesso al *welfare* ai cittadini stranieri, peraltro, non può che essere frutto di un approccio restrittivo alle politiche migratorie, erroneamente affrontate in chiave meramente “securitaria” ed emergenziale.

Non si può ignorare come il non pieno riconoscimento dei diritti sociali comporti inevitabilmente la mancata integrazione degli stranieri nel tessuto sociale di un territorio. Del resto, la stessa Corte costituzionale, in una precedente pronuncia intervenuta sul tema, ha rivolto al legislatore l'invito ad elencare le prestazioni sociali da garantire universalmente in modo da evitare «riverberi negativi sul piano della tutela dell'eguaglianza sostanziale» (cfr. Corte Cost., sentenza dell'11 novembre 2015, n. 230)⁹.

⁹ Corte Cost., sentenza dell'11 novembre 2015, n. 230, in *Foro italiano*, n. 1/2016, pp. 23 ss.

SFRUTTAMENTO DEL LAVORO
E “STATO DI BISOGNO” LEGATO ALLA CONDIZIONE
DI STRANIERO

Martina Galli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso all’osservazione della Corte di Cassazione: fatti, vicenda cautelare e decisione. – 3. Lavoro irregolare, lavoro sfruttato: dove passa il confine? – 4. In particolare: lo “stato di bisogno” legato alla condizione di straniero. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Le vicende del moderno “caporalato” e dello sfruttamento di manodopera si trovano intrecciate a doppio filo al fenomeno dell’immigrazione. I flussi migratori che interessano il nostro Paese tendono infatti a produrre – anche in ragione di una disciplina legislativa totalmente inadeguata alla gestione delle c.d. “migrazioni economiche” – un ampio bacino di soggetti vulnerabili, inesorabilmente attratti nel vortice del lavoro sfruttato (quando non del vero e proprio schiavismo)¹. A spezzare questo filo – in un’ottica di tutela della dignità umana da forme di degradazione utilitaristica nell’ambito dei rapporti di lavoro – prova² il delitto di *intermediazione illecita* di cui all’art. 603-bis, co. 1, n. 1 c.p., nonché, a partire dalla riforma della l. n. 199/2016, quello di *sfruttamento del lavoro*, oggi contenuto al co. 1, n. 2, dello stesso articolo³. Se il primo delitto punisce con la reclusione da 1 a 6 anni le con-

* Assegnista di ricerca in diritto penale, Università della Tuscia.

¹ Per un’analisi sociologica, D. SACCHETTO, *Migrazioni e lavoro nella sociologia italiana*, in S. MEZZADRA, M. RICCIARDI (a cura di), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona, 2013, pp. 50 ss. V. inoltre i contributi raccolti in E. RIGO (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pisa, 2015, nonché A. GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di “caporalato” e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *Leg. Pen.*, 3 aprile 2017, pp. 14-15.

² Rileva l’inadeguatezza dello strumentario repressivo penale ad affrontare il pervasivo fenomeno del caporalato, A. DI MARTINO, “*Caporalato*” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata, in *Riv. trim. – dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 109.

³ Sulla riforma, per tutti, T. PADOVANI, *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Guida al Diritto*, 48/2016, pp. 48 ss.

dotte di reclutamento di manodopera destinata allo sfruttamento poste in essere da terzi estranei al rapporto di lavoro, il secondo – assistito da una medesima pena – è diretto invece a colpire le condotte di chi direttamente «*utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al n. 1, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno*».

Distinguere il fenomeno dello sfruttamento da altre e meno gravi forme di occupazione “irregolare” di lavoratori stranieri è tuttavia necessario, perché molto diverse sono le conseguenze giuridiche che ne derivano. Ma come è importante non confondere la prima situazione con la seconda, evitando dunque facili equazioni tra impiego di manodopera a condizioni inique e sfruttamento penalmente rilevante, allo stesso modo appare essenziale non sottovalutare la possibilità che quest'ultimo possa celarsi in rapporti di impiego all'apparenza semplicemente difforni dagli *standard* retributivi nazionali, al di fuori delle consuete cornici di emersione del fenomeno.

La peculiarità della vicenda in esame si trova nel fatto che il reato di *sfruttamento lavorativo* contestato dalla Procura non s'incardina – come più spesso accade – in un contesto di lavoro “nero” (senza contratto) e non vede come vittime stranieri irregolari, riferendosi semmai a un contesto di lavoro “grigio”, dove lavoratori extracomunitari dotati di permesso di soggiorno sono inseriti, con regolare contratto, all'interno di un rapporto di lavoro che tuttavia li vede assoggettati e costretti in una situazione di ricatto. In questo contesto, la situazione di illiceità delineata dall'art. 603-*bis* c.p. tende a farsi meno riconoscibile, richiedendo un'attenta valutazione degli elementi che – arricchendo sul piano modale le condotte di utilizzazione, assunzione o impiego – tale situazione di illiceità disegnano: la *sottoposizione dei lavoratori a una condizione di sfruttamento e l'approfittamento del loro stato di bisogno*.

2. *Il caso all'osservazione della Corte di Cassazione: fatti, vicenda cautelare e decisione*

La sentenza qui in commento⁴ s'inserisce nell'ambito di una complessa vicenda cautelare relativa a un soggetto indagato per il reato di sfruttamento del lavoro (art. 603-*bis*, co. 1, n. 2, c.p.). Dalle indagini condotte dalla Procura di Ancona era emerso che un certo imprenditore di nazionalità straniera, in qualità di amministratore di due società subaffidatarie di lavori di coiben-

⁴ Cass. pen., sez. IV, sentenza del 7 aprile 2020, n. 11546.

tazione e verniciatura per conto di Fincantieri s.p.a, impiegava e gestiva – insieme a un sodale e prestanome – numerosi dipendenti extracomunitari, da lui stesso reclutati, sottoponendoli a inique condizioni di lavoro. In particolare, ai lavoratori veniva corrisposta una retribuzione calcolata secondo il sistema della “paga globale”, pari al mero prodotto della paga oraria (fissata al di sotto dei minimi pattuiti nei contratti collettivi nazionali) per le ore effettivamente prestate, senza il riconoscimento di ferie retribuite e di altri compensi aggiuntivi. Inoltre, per garantire la corrispondenza tra gli importi pagati e quelli indicati in busta paga, veniva qui annotato un numero di ore inferiore a quelle realmente prestate, mentre gli emolumenti comunque eccedenti la paga globale dovevano essere restituiti in contanti dai lavoratori. A questo si aggiungeva il diniego dei congedi per malattia e il divieto di denunciare eventuali infortuni sul lavoro. Tutte le condizioni erano imposte sotto minaccia di licenziamento. Infine, diversi dipendenti alloggiavano in condizioni degradanti in appartamenti di proprietà dell’indagato, corrispondendo allo stesso un canone di locazione. Quanto descritto emergeva da un composito quadro indiziario; segnatamente da intercettazioni telefoniche e ambientali, dal rinvenimento di una contabilità occulta riportante le paghe effettivamente erogate e le somme restituite, nonché dal ritrovamento di fogli in bianco firmati dai dipendenti pronti ad attestare falsamente, in caso di bisogno, il ricevimento di anticipi o liquidazioni, la richiesta di periodi di aspettativa o la consegna di dispositivi di protezione individuale.

La Procura, dopo essersi vista rigettare la richiesta di applicazione della custodia cautelare in carcere davanti all’ufficio G.i.p. per mancanza di gravi indizi, aveva proposto appello davanti al Tribunale delle Libertà di Ancona, in funzione di giudice del riesame, trovandosi tuttavia di fronte a un nuovo rigetto. Per tale Tribunale, dalla piattaforma indiziaria non sarebbe emersa una situazione di “sfruttamento”, sussistendo soltanto una difformità tra il trattamento retributivo dei lavoratori e le previsioni della contrattazione collettiva. Di conseguenza, le condotte dell’indagato sarebbero state idonee a integrare violazioni di ordine amministrativo e/o lavoristico, ma non il reato di cui all’art. 603-*bis*, co. 1, n. 2, c.p. I giudici erano giunti a tale conclusione valorizzando le dichiarazioni di quattro lavoratori, dai quali non sarebbe giunta conferma delle restituzioni abusive o di altre irregolarità. Per gli stessi giudici, risultava carente anche il profilo dello “stato di bisogno”, quale situazione idonea a spingere i dipendenti ad accettare condizioni umilianti di impiego, non ritenendosi sufficiente il riferimento alla nazionalità degli operai e alla loro necessità di lavorare.

Il ricorso in Cassazione del pubblico ministero avverso l’ordinanza del

Tribunale, oltre a mettere in luce la concludentza del materiale indiziario rispetto alla situazione di sfruttamento, si soffermava sull'elemento dello stato di bisogno. Questo veniva ricavato, in particolare, dalla *condizione di stranieri extracomunitari* dei lavoratori; condizione che li esponeva all'esigenza di legittimare la loro presenza sul territorio nazionale mediante un contratto di lavoro che – per quanto imposto a condizioni inique – fosse utile al rinnovo del permesso di soggiorno. Veniva a tal proposito valorizzata la difficoltà di comprensione della lingua italiana quale ostacolo fisiologico all'integrazione e alla ricerca di un impiego diverso. Tale stato di bisogno si riteneva poi indiziato dal fatto che i lavoratori avessero accettato di non denunciare eventuali infortuni sul lavoro, rinunciando alla copertura sanitaria e assicurativa legalmente prevista.

La IV Sezione della Corte di Cassazione, ribaditi i confini del suo sindacato in materia di impugnazioni cautelari (sindacato limitato alla verifica dell'attribuzione di una corretta “valenza indiziante” agli elementi emersi, in rapporto ai contenuti della norma incriminatrice di riferimento), evidenzia la carenza motivazionale della pronuncia del Tribunale del riesame, emettendo una sentenza di annullamento con rinvio. In particolare, ad avviso della Corte i giudici della cautela – soffermandosi sulla circostanza delle restituzioni, non confermata dai lavoratori, e assumendo la paga ridotta quale fattore indicativo di violazioni di norme di natura lavoristica o amministrativa – avrebbero pretermesso una completa analisi delle plurime emergenze probatorie costituenti *indice* della sussistenza del reato, con particolare riferimento agli elementi delle “condizioni di sfruttamento” e dello “stato di bisogno”. Nell'invitare il Tribunale a un nuovo giudizio, la Corte – richiamando una sua precedente pronuncia – ricorda comunque che «*la mera condizione di irregolarità amministrativa del cittadino extracomunitario nel territorio nazionale, accompagnata da situazione di disagio e di bisogno di accedere alla prestazione lavorativa, non può di per sé costituire elemento valevole ad integrare il reato di cui all'art. 603-bis c.p.*» senza che sia anche provato lo sfruttamento del lavoratore⁵.

3. Lavoro sfruttato, lavoro irregolare: dove passa il confine?

L'elemento centrale del disvalore penale dello sfruttamento lavorativo

⁵ Cfr. Cass. Pen., sez. IV, sentenza del 9 ottobre 2019, n. 49781. In termini simili, più di recente, Cass. Pen., sez. IV, sentenza del 23 febbraio 2021, n. 6894.

come reato, ossia la *sottoposizione a condizioni di sfruttamento*, è individuato dal legislatore mediante il ricorso a una tecnica del tutto peculiare e inedita: quella degli “indici”. Senza intraprendere la strada definitoria più comune, il legislatore riporta in fattispecie (segnatamente al co. 3 dell’art. 603-*bis* c.p.) una serie di circostanze capaci di indiziare la presenza di una situazione di *sfruttamento* (quale referente sostanziale del processo qualificatorio e tema di prova), guidando il giudice nel suo riconoscimento. Tali “indici” compaiono suddivisi per tipologie – remunerazione, tempo del lavoro, rispetto degli obblighi in tema di igiene e sicurezza, modalità generali della prestazione lavorativa (condizioni, metodo di sorveglianza, situazioni alloggiative) – e articolati in “indicatori” (es. l’indice riguardante la remunerazione del lavoro fa riferimento alla reiterata corresponsione di retribuzioni palesemente difformi dai contratti nazionali o comunque alla presenza di una sproporzione rispetto alla qualità e quantità del lavoro prestato)⁶.

La tecnica degli indici – di per sé apprezzabile nella sua capacità di descrivere dinamicamente il volto del reato e di imporre una valutazione “di contesto”⁷ – non è però esente da equivoci e cattive applicazioni. Il corretto utilizzo della tecnica richiederebbe un giudizio in due momenti: dopo aver appurato la sussistenza di circostanze idonee a integrare uno o più indici⁸, il giudice dovrebbe poi verificare – mediante una valutazione estesa all’intero *contesto* dell’azione – se esse esprimano una “condizione di sfruttamento”, ossia una situazione in cui la persona, assoggettata a chi le offre lavoro, subisce l’imposizione di condizioni degradanti. Se il secondo momento del giudizio viene omesso, i risultati del processo qualificatorio tendono a risultare falsati.

⁶ Per una disamina accurata degli indici, v. A. GIULIANI, *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova, 2015, pp. 151 ss.; R. DI MEO, *Gli indici di sfruttamento lavorativo nell’art. 630-bis c.p.: una lettura lavoristica*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 1/2019, pp. 265 ss.

⁷ Rinviamo sul punto all’approfondito e acuto lavoro di A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2020, in part. pp. 63 ss. Sul tema, in generale, A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G. DE FRANCESCO – E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, pp. 89 ss. Con vari accenti critici rispetto alla tecnica impiegata dal legislatore, per il rischio ch’essa apra a un intervento sovradimensionato della magistratura, V. TORRE, *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell’art. 603-bis cp tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *Quest. Giust.*, 4/2019.

⁸ Si tratta qui, in sostanza, di rispondere alle domande enucleate all’interno della circolare n. 5/2019 dell’Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL), in funzione di ausilio al personale ispettivo nell’attivazione e svolgimento dell’attività di vigilanza.

Può infatti accadere che, al ricorrere di circostanze fattuali corrispondenti a indici, il giudice ritenga automaticamente provato lo sfruttamento. Un simile atteggiamento tende ad attrarre nell'ambito dell'art. 603-*bis* c.p. condotte che non ne manifestano il disvalore tipico, iscrivendosi piuttosto all'ambito del lavoro irregolare. Quanto descritto avviene in particolare ove l'indice (o coacervo di indicatori) preso a parametro non sia dotato di una significatività intrinseca "forte" rispetto al termine-sfruttamento (es. reiterata violazione delle norme relative agli orari di lavoro e ai periodi di riposo), ma abbia carattere "debole" o "medio-forte" (es. livelli di paga ridotti, sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza sul lavoro)⁹.

Ma può anche accadere il contrario; cioè che, davanti a circostanze dotate di una *scarsa* significatività intrinseca, e tuttavia selezionate dal legislatore tra gli "indicatori" del co. 3, il giudice rinunci a considerare la loro significatività *di contesto*, ossia la capacità che queste hanno di indiziare, alla luce del complesso delle circostanze fattuali, la presenza di vere e proprie condizioni di sfruttamento. In questo caso il rischio è che fatti idonei a integrare il reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. siano sbrigativamente declassati a mere ipotesi di impiego irregolare.

La Corte di Cassazione rimprovera ai giudici del riesame proprio questo secondo atteggiamento; ossia di essersi fermati al contenuto indiziante "minimo" della remunerazione (quello che a tutta prima consente di individuare una situazione di irregolarità non rilevante sul piano penale), senza anche procedere a verificare se, in un'ottica di contesto, essa assumesse una capacità di *significazione* della condizione di sfruttamento. Se è vero che una paga ridotta rispetto ai minimi (ci pare che qui si parli di 6 euro l'ora) non acclara di per sé una condizione di sfruttamento, essa neppure è priva di una sua capacità indiziante in tal senso; specie a fronte di un quadro indiziaro che lascia emergere anche altri "indici" di tale condizione. La situazione concreta pare infatti abbondare di elementi idonei a integrare l'indice della «sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro degradanti» di cui al n. 4 (situazione alloggiativa, obbligo di restituzioni abusive, costrizione a rinunciare a varie tutele e benefici) e invero, seppure non formalmente contestato, anche l'indice di cui al n. 2 (sotto il profilo dell'orario lavorativo e del mancato riconoscimento delle ferie). Questi elementi – lascia intendere la Corte – avrebbero dovuto essere meglio valutati, tanto nella loro capacità di evidenziare (anche autonomamente) la situazione tipica, quanto di risolvere l'equivocità del dato relativo alla paga ridotta.

⁹ Cfr. A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., pp. 88 ss.

Oltre alla mancata contestualizzazione delle irregolarità retributive nella cornice della situazione-sfruttamento e alla pretermissione dell'analisi, nella medesima cornice, di plurimi elementi fattuali, nella pronuncia della Cassazione si rintraccia un altro velato rimprovero (velato perché il terreno su cui ci si sposta è quello del libero convincimento del giudice, interdetto ai giudici di legittimità). A fronte di un vasto materiale indiziario composto da prove documentali e intercettazioni, determinanti per gli esiti dei due giudizi cautelari sono state le dichiarazioni di quattro lavoratori sentiti a sommarie informazioni. Chi scrive non ne conosce lo specifico tenore. E tuttavia, dalla lettura della sentenza si evince che tali affermazioni riguardavano un aspetto specifico del rapporto di lavoro (l'assenza di restituzioni abusive) che, per quanto significativo, non inficia il quadro circostanziale complessivo dello sfruttamento (la paga si assesta comunque al di sotto dei minimi sindacali e restano le altre imposizioni relative alle complessive condizioni di lavoro). Inoltre, si comprende che tali dichiarazioni – limitandosi peraltro a “non confermare” le restituzioni – avrebbero forse meritato una più accurata ponderazione, alla luce delle altre risultanze probatorie che invece ne indiziavano la presenza (in particolare la contabilità occulta contenente annotazioni relative alle restituzioni e le intercettazioni che riferivano di una medesima prassi)¹⁰.

4. *Lo “stato di bisogno” legato alla condizione di straniero*

La fattispecie di cui all'art. 603-*bis* c.p. contempla, accanto all'elemento della sottoposizione dei lavoratori a condizioni di sfruttamento, quello dell'*approfittamento del loro stato di bisogno*. Nell'affiancamento di questi due elementi, il legislatore pare cogliere la specificità del fenomeno dello sfruttamento lavorativo, il quale vede coinvolti, sul lato passivo, soggetti interessati da una situazione esistenziale difficoltosa che li espone a un'alternativa drammatica tra lavorare “sfruttati” e non lavorare, strumentalizzata dal caporale-intermediario o dal datore di lavoro. Tra i due elementi non v'è coincidenza e in particolare il secondo non si esaurisce nel primo. Di conseguenza, il riferimento all'approfittamento dello stato di bisogno ha un effetto di ulteriore selezione dei comportamenti penalmente rilevanti: senza per questo importare vuoti di tutela, esso sembra andare nel senso di un più

¹⁰ In generale, sulla delicatezza dell'acquisizione di testimonianze delle vittime di questo reato, specie in una fase preliminare delle indagini, e sul problema della loro ricattabilità, v. ancora A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., pp. 38-39.

stretto ancoraggio della fattispecie al sostrato empirico-criminologico avuto di mira¹¹. D'altra parte, perché il contributo di tale elemento effettivamente si dispieghi nella selezione dei fatti tipici, deve essere risolto il problema dell'individuazione del suo contenuto.

Tale problema investe in primo luogo proprio il concetto di “stato di bisogno”, quale presupposto fattuale della condotta di approfittamento. Rispetto a questo profilo la vicenda in commento – pur in assenza di un'approfondita trattazione da parte della Corte di Cassazione – si rivela nel suo complesso interessante. Da un lato essa mostra tutte le difficoltà relative all'accertamento di un elemento dal volto indeterminato, dall'altro indica una fruttuosa via ermeneutica per la sua concretizzazione, che procede a stretto contatto con la dimensione di *tipicità* delineata dalla fattispecie. Senza passare per definizioni tratlative, si valorizzano le circostanze di fatto che – determinando una situazione di complessiva precarietà esistenziale – riducono la libertà di scelta dei soggetti, esponendoli agli abusi di chi li recluta o impiega; in questo modo facendo emergere una serie “indicatori” capaci di esprimere la presenza uno “stato di bisogno” rilevante nell'ottica dello sfruttamento.

L'intrapresa soluzione ermeneutica è propiziata dalla fallimentarietà di percorsi interpretativi più classici. Del tutto insoddisfacente è ad esempio il risultato che si ottiene riportando lo “stato di bisogno” entro la formula dell'«*impellente assillo, tale da compromettere fortemente la libertà contrattuale*» elaborata nel diverso contesto dell'usura, dove pure il concetto compare (oggi all'interno delle circostanze aggravanti). Questa nozione, pensata per essere verificata alla luce di difficoltà economiche (transitorie carenze di liquidità o esposizioni debitorie) che spingono il soggetto a fare ricorso al credito usurario, risulta infatti distante dall'orizzonte di senso dello sfruttamento lavorativo, dove l'abuso non incide su una mera circostanza di squilibrio sinallagmatico nella direzione di una lesione patrimoniale, ma si inserisce su una situazione di precarietà esistenziale di più ampia portata, che predispone all'assoggettamento personale (e non semplicemente all'accettazione di condizioni contrattuali sproporzionate)¹². Inoltre il requisito dell'“impellente assillo” (evocazione formulare che ritroviamo anche nella pronuncia in commento, all'interno della ricostruzione processuale), presenta una scarsa veri-

¹¹ Cfr. su questo A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., pp. 53 ss.; nonché ID., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionale*, in *Arch. Pen.*, 1/2019, p. 4.

¹² A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., pp. 164 ss.

ficabilità sul piano oggettivo e, al tempo stesso, una scarsa capacità selettiva: chiunque abbia bisogno di lavorare perché disoccupato tende a trovarsi in tale situazione, cosicché la tipicità della fattispecie – pensata per intercettare speciali situazioni di *vulnerabilità* che predispongono ad abusi di ampia portata della persona-lavoratore – rischia di collassare, rincorrendo «l'inafferrabilità delle forme di disperazione»¹³. Su questo i giudici della cautela hanno ragione: lo stato di bisogno non può attestarsi nella generica necessità di “lavorare per vivere” né ricercarsi nell’“assillo” che da tale necessità deriva.

Bisogna ora notare come il concetto di “approfittamento dello stato di bisogno” si avvicina alla nozione di “abuso di una situazione di vulnerabilità” impiegata negli strumenti internazionali che – sia pure nel diverso ma contiguo contesto della tratta di persone – impongono agli Stati obblighi di penalizzazione di condotte di sfruttamento¹⁴; nozione che ritroviamo anche agli artt. 600 («*Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù*») e 601 («*Tratta di persone*») del codice penale.

Negli strumenti internazionali citati la “condizione di vulnerabilità” è intesa – come risulta anche dai documenti che di essi forniscono commenti esplicativi – quale mancanza alternative esistenziali rispetto al soggiacere all’abuso/approfittamento. Gli studi sull’argomento¹⁵ hanno rilevato come il concetto di vulnerabilità – nella sua formulazione “negativa” di mancanza di alternative – si sia consolidato nelle esperienze giuridiche nazionali, ponendo tuttavia diverse difficoltà applicative: esso si presenta infatti eccessivamente vago, ancora bisognoso di esplicitarsi in parametri oggettivi (caratterizzati “in positivo”) idonei a guidare l’interprete nell’opera di concretizzazione¹⁶. Si suggerisce perciò di procedere a formalizzare, in via legislativa, alcuni *indica-*

¹³ *Ivi*, p. 183. Sul problema della (apparentemente) scarsa selettività dell’elemento, v. inoltre E. RIGO, *Lo sfruttamento come modo di produzione*, in *Leggi, migranti e caporali*, cit., p. 10; A. GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di “caporalato” e sfruttamento dei lavoratori*, cit., p. 58; S. FIORE, *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali*, cit., pp. 885 ss.

¹⁴ Cfr. Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, del 22 novembre 2005; Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, del 16 maggio 2005; Direttiva UE/36/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

¹⁵ Cfr. UNODC, *Model Law against Trafficking in persons*, 2009.

¹⁶ Cfr. A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., p. 204.

tori della condizione di vulnerabilità. Sulla scorta di tali studi, anche la dottrina italiana più esperta sul tema ha evidenziato l'opportunità di migliorie legislative dirette a "indicizzare" il requisito della vulnerabilità e, con esso, quello dello "stato di bisogno" di cui all'art. 603-*bis* c.p.¹⁷, secondo un meccanismo simile a quello che il legislatore già adotta in relazione alla "condizione di sfruttamento". Secondo tale dottrina, tra gli "indici" di tale situazione di vulnerabilità/stato di bisogno – individuati secondo le linee dell'esperienza internazionalistica e comparata – dovrebbero in particolare comparire: a) la mancanza o scarsità di mezzi di sussistenza; b) l'età, il genere, le condizioni di salute fisica o psichica; c) la condizione di straniero, in particolare quando irregolarmente soggiornante sul territorio nazionale.

Nella medesima direzione sembra muovere la giurisprudenza. Le pronunce più recenti in materia di sfruttamento lavorativo evidenziano infatti una serie di fattori in cui lo "stato di bisogno", quale presupposto di una situazione di limitata libertà di autodeterminazione che predispone allo sfruttamento, si manifesta concretamente; presupposti che anche nei casi successivi – secondo un particolare utilizzo del precedente – potranno essere impiegati come base *indiziaria* del giudizio relativo alla presenza del requisito.

L'opera di "indicizzazione" del requisito per via giurisprudenziale ha anzitutto selezionato, tra i fattori idonei a segnalarne la sussistenza, la scarsità di mezzi idonei ad assicurare le fondamentali necessità di sopravvivenza¹⁸. Essa si è inoltre concentrata sulla condizione esistenziale dello straniero. Ricordiamo in proposito una recente pronuncia della Cassazione che, definendo una vicenda cautelare, ha evidenziato nella situazione di "clandestinità"¹⁹ un presupposto idoneo a marcare la presenza di uno "stato di bisogno" che rende «i lavoratori disponibili a lavorare in condizioni disagiate»²⁰. Ma la vicenda che osserviamo ci mostra come la condizione formale di irregolarità amministrativa non sia l'unico indicatore di uno stato di bisogno/vulnerabilità legato alla condizione di lavoratore extracomunitario, potendo tale stato essere indiziato anche da altre circostanze di fatto: la precarietà del titolo di soggiorno legato alla presenza di un regolare rapporto di lavoro (lo stesso in cui lo straniero è sfruttato), le difficoltà linguistiche dello

¹⁷ *Ivi*, pp. 206-207.

¹⁸ Cass. Pen., sez. V, sentenza del 4 febbraio 2014, n. 14591.

¹⁹ Le virgolette sono d'obbligo per un termine che gratuitamente veicola un giudizio di stigmatizzazione; meglio sarebbe sempre parlare di irregolarità amministrativa o di presenza illegale sul territorio nazionale.

²⁰ Cfr. Cass. Pen., sez. V, sentenza del 12 gennaio 2018, n. 17939.

straniero (quale ostacolo fisiologico all'integrazione e alla ricerca di un impiego diverso). Nella stessa ottica, un altro indicatore potrebbe essere individuato nella condizione di richiedente asilo, la cui situazione unisce alla povertà l'impossibilità di abbandonare il suolo italiano per recarsi in altri Paesi europei in cerca di occupazione.

5. Osservazioni conclusive

Le circostanze che emergono quali "indicatori" dello stato di bisogno non dimostrano, dunque, automaticamente la presenza di una *situazione di vulnerabilità oggetto di approfittamento nel contesto dello sfruttamento*, rappresentando semmai ciò che guida l'inferenza induttiva diretta a offrirne prova. I giudici del riesame hanno nuovamente ragione laddove affermano che per individuare lo stato di bisogno non è sufficiente il riferimento alla nazionalità; e tuttavia errano laddove omettono di verificare se la condizione di stranieri extracomunitari pongesse i lavoratori in una situazione di "alternativa bloccata", esponendoli all'abuso. Vale la pena inoltre ribadire che – sebbene i due requisiti debbano essere intesi in stretta connessione fra loro²¹ – né lo sfruttamento può essere desunto dallo stato di bisogno (lo ricorda anche la Corte di Cassazione nell'osservazione finale più sopra riportata), né lo stato di bisogno può essere ricavato dalla sussistenza di una condizione di sfruttamento o da indicatori della stessa. La Procura, che per il resto correttamente profila lo stato di bisogno dei lavoratori a partire dalla loro condizione di stranieri, scivola laddove inserisce tra gli "indicatori" del requisito la rinuncia a denunciare gli infortuni sul lavoro, ciò che semmai è indice di sfruttamento.

Un'ultima notazione. Impiegare – sia pure a condizioni inique – dei lavoratori in stato di bisogno significa instaurare un rapporto che può esser impugnato davanti a un giudice del lavoro; uno spazio per l'intervento penale si apre in tal caso soltanto ove i lavoratori impiegati siano migranti irregolari, venendo in tal caso in rilievo la fattispecie di cui all'art. 22 t.u.imm. Perché intervenga la fattispecie di cui all'art. 603-bis c.p. dev'essere trovato un disvalore differenziale, che consiste anzitutto nell'*approfittamento* della vulnerabilità dei lavoratori. Tale elemento – secondo la dottrina che maggiormente ha

²¹ V. su questo la *Relazione per la II commissione (a.c. 4008)*, relativa al progetto che ha condotto alla riforma del reato di sfruttamento del lavoro del 2016, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2016.

riflettuto sulla sua valenza – dovrà manifestarsi in una condotta (più facilmente attiva, ma anche omissiva) distinta da quella in cui consiste lo sfruttamento, tale da esprimere la strumentalizzazione di una condizione conosciuta dall'agente per instaurare o consolidare un rapporto di dipendenza lavorativa a condizioni degradanti; condotta che tende a collocarsi al di fuori degli ordinari poteri direttivi, organizzativi e di controllo del datore di lavoro²². Tuttavia, l' approfittamento quasi mai è oggetto di specifica rilevazione in sede giurisprudenziale e anche nella vicenda che osserviamo tende a rimanere nell'ombra. Eppure, a voler guardar bene, qui non mancavano – stando alla ricostruzione della Procura – dati riconducibili a una condotta approfittatrice dello stato di bisogno, nel senso appena delineato: l'arruolamento in massa di lavoratori extracomunitari tramite plurime società appositamente costituite dall'imputato, la costrizione dei lavoratori alla firma di fogli in bianco e, infine, l'avanzamento di minacce relative alla perdita del posto di lavoro; quel posto di lavoro che alle vittime si presenta come unica alternativa all'inedia e al rischio di espulsione.

²² A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., p. 54.

MOLESTIE RAZZIALI SUL LUOGO DI LAVORO.
LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE
PER LE MOLESTIE PERPETRATE DA UN PROPRIO DIPENDENTE
A DANNO DEI COLLEGHI DI ORIGINE AFRICANA

Maria Teresa Ambrosio*

SOMMARIO: 1. La vicenda all'esame del Tribunale. – 2. La decisione del Tribunale. – 3. Sulle risultanze probatorie. – 4. Sull'art. 2087 c.c. ovvero sull'obbligo del datore di assicurare un ambiente lavorativo inclusivo e accogliente. – 5. Sulla responsabilità indiretta del datore per le molestie cagionate da un suo dipendente a danno di colleghi di origine africana.

1. *La vicenda all'esame del Tribunale*

L'ordinanza in commento¹ trae origine dal ricorso promosso ai sensi dell'art. 44, d.lgs. n. 286/98² e dell'art. 4, d.lgs. n. 215/2003³ avverso la società datrice e un suo dipendente (responsabile del reparto pizzeria), da parte di tre lavoratori di origine africana che hanno lamentato di essere stati vittime, sul luogo di lavoro, di reiterate condotte sia verbali sia fisiche poste in essere con finalità discriminatorie a ragione della loro etnia.

In particolare, due dei ricorrenti hanno lamentato insulti e percosse richiamando anche un episodio avvenuto il 26 gennaio 2019 quando il convenuto ha costretto loro a sollevare la maglietta e le braccia per spruzzare sul corpo di entrambi un deodorante, mentre un altro dipendente, con il telefono cellulare, riprendeva l'accadimento. Il terzo ricorrente, invece, ha riferito di insulti da parte di una collega e di trattamenti diversi che venivano riservati dal coordinatore dei camerieri nella distribuzione dei compiti quotidiani.

Dinanzi al Tribunale di Milano, evidenziando il carattere discriminatorio dei fatti sopra descritti, i ricorrenti hanno domandato: a) l'accertamento di

* Dottoranda di ricerca, Università degli Studi del Molise.

¹ Tribunale di Milano, sez. lav. civ., ordinanza del 24 gennaio 2020, n. 2836

² Trattasi del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 recante «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero».

³ Trattasi del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 di «attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica».

quanto dedotto e l'addebitabilità delle condotte sia alla società datrice sia al dipendente, responsabile del reparto pizzeria; b) l'ordine di immediata cessazione di quanto lamentato e l'adozione di provvedimenti volti alla rimozione degli effetti; c) il risarcimento del danno da liquidarsi in via equitativa.

La convenuta società, contestando in via preliminare l'ammissibilità del ricorso perché proposto senza prima procedere al tentativo di conciliazione, ha respinto nel merito ogni accusa, contestandone la veridicità; inoltre, la stessa non ha ritenuto addebitabile a sé l'episodio avvenuto il 26 gennaio 2019, individuando come unici responsabili due dei suoi dipendenti.

Il convenuto ha eccepito nella sua difesa l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione passiva per totale insussistenza di condotte discriminatorie, replicando anche che l'episodio del 26 gennaio 2019 era avvenuto in un contesto giocoso e goliardico.

2. *La decisione del Tribunale*

In forza dell'art. 4, d.lgs. n. 215/2003, il Tribunale ha ritenuto innanzitutto infondata l'eccezione di improponibilità dell'azione giudiziale per mancato esperimento della procedura di conciliazione attesa la natura solo facoltativa, e non obbligatoria, di tale strumento.

In secondo luogo, l'escussione dei testi ha dato conferma delle espressioni verbali formulate dal responsabile convenuto ai danni dei due ricorrenti. Ugualmente chiari e comprovati dalle riprese sono risultati i fatti accaduti il 26 gennaio 2019. Dal confronto del dettato normativo con le risultanze probatorie, il Tribunale ha ritenuto che le condotte verbali e i fatti materiali siano idonei ad integrare le molestie razziali di cui all'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 215/2003⁴. Le offese verso la ricorrente e le percosse, invece, non hanno avu-

⁴ Le molestie, assimilabili alle condotte discriminatorie, si palesano sotto forma di un comportamento indesiderato realizzato per motivi di razza o di origine etnica con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima «intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo». A differenza delle discriminazioni, che trovano nella comparazione la loro principale caratteristica, la molestia non prevede alcun giudizio tra situazioni analoghe, e il comportamento indesiderato non coincide né con un trattamento sfavorevole né con una posizione di svantaggio, bensì con la lesione della dignità umana e la creazione di un clima avverso. Per un approfondimento del tema vds. M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, in particolare cfr. L. LAZZERONI, *Molestie e Molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuo-*

to alcun riscontro probatorio pertanto, solo per tali aspetti, il ricorso è stato rigettato.

La società datrice è stata anch'essa chiamata a rispondere di quanto denunciato e provato dalle risultanze istruttorie. Il Tribunale di Milano, infatti, facendo leva sugli articoli 2087 e 2049 c.c., ha statuito che «il datore di lavoro risponde ex art. 2049 c.c. delle molestie poste in essere da un suo dipendente che offende i colleghi con frasi e comportamenti razzisti, a nulla rilevando che questi non sia stato formalmente inquadrato come superiore delle vittime; è invece sufficiente che i colleghi lo percepiscano come tale, che le mansioni a lui affidate abbiano reso possibile o agevolato il comportamento lesivo e che comunque detto comportamento abbia creato un ambiente lavorativo non inclusivo e di non accoglienza».

Il Tribunale ha dunque accolto il ricorso e, per gli effetti, ha condannato in solido la società datrice e il suo dipendente al risarcimento del danno non patrimoniale patito dai ricorrenti, oltre ad ordinare alla società di predisporre per tutti i dipendenti un corso obbligatorio, svolto da personale esperto, finalizzato all'educazione e al rispetto verso ogni cittadino, quale che sia la provenienza o l'etnia.

L'analisi della decisione del Tribunale di Milano in materia di molestie razziali sul luogo di lavoro risulta particolarmente interessante in ordine ai seguenti aspetti: (i) il giudizio sulla 'neutralità' delle prove; (ii) le argomentazioni sull'obbligo del datore di assicurare un ambiente lavorativo inclusivo e accogliente; (iii) le argomentazioni sulla responsabilità indiretta del datore per le molestie cagionate da un suo dipendente.

3. *Sulle risultanze probatorie*

La prima parte della sentenza riguarda l'accertamento della fondatezza delle accuse avanzate dai ricorrenti.

Sotto tale aspetto, vale la pena, *in primis*, sottolineare le argomentazioni utilizzate dal Giudice per escludere l'attendibilità di alcune prove testimoniali.

vo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale, Milano, 2007, p. 382 ss. Si permetta di rinviare anche a M.T. AMBROSIO, *Immigrazione e tutele contro le discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica*, in L. CORAZZA, M. DELLA MORTE, S. GIOVA (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, Napoli, 2018, spec. §1, §6.

Nello specifico, mentre alcuni testimoni hanno dichiarato di aver sentito il convenuto proferire offese a sfondo razziale, anche attraverso l'uso abituale di appellativi denigranti, altri hanno riferito di non aver mai sentito proferire le espressioni addebitategli. Per il Tribunale, queste ultime deposizioni non offrono una prova positiva che sconfessi quanto denunciato, ossia non sono la dimostrazione che le offese denunciate dai ricorrenti non vi siano state ma – come ha precisato il Giudice – rappresentano un contributo neutro, inidoneo sia a dimostrare la sussistenza di un fatto sia a negarne l'esistenza. Non aver sentito proferire frasi o non aver visto le condotte denunciate non proverebbe, dunque, l'insussistenza delle stesse ma varrebbe solo ad escludere che quanto denunciato sia avvenuto sotto la percezione dei testi, fermo restando che in un momento diverso, per assenza del testimone o per una sua distrazione, certi fatti possano essere accaduti. Sul punto il Tribunale statuisce che «il non aver sentito non esclude la sussistenza di fatti accaduti, ma non percepiti».

Dalle risultanze probatorie raccolte, quantomeno nei confronti dei due ricorrenti, le condotte verbali possono essere sussunte appieno nelle molestie di cui all'art. 2, comma 3, d.lgs. 215/2003. Gli appellativi (chiaramente riferiti alla 'razza') utilizzati dal responsabile del reparto pizzeria, infatti, costituiscono comportamenti umilianti, degradanti e offensivi che violano la dignità delle persone offese.

Non può definirsi 'goliardico' (come ha invece sostenuto il convenuto nella sua difesa), bensì umiliante l'episodio del 26 gennaio 2019, che il Tribunale ha ricondotto nella fattispecie di cui al citato art. 2, comma 3, d.lgs. 215/2003. Il gesto compiuto – scaturito da un crescendo di atteggiamenti e richieste sempre più offensive – ha avuto, per il Giudice del lavoro che ha deciso il caso, un chiaro intento razzista, infatti, nonostante nel giorno dell'accadimento fossero al lavoro anche altri dipendenti, il responsabile ha chiamato solo quelli di colore volendo evidenziare in questi un difetto di igiene personale, umiliandoli soprattutto per le modalità con cui il gesto è avvenuto.

Contro la tesi avversaria, inoltre, a nulla sarebbe valsa la reazione dei ricorrenti che dal video apparivano sorridenti. Secondo il Tribunale, i ricorrenti hanno obbedito all'ordine di sollevare la maglietta e di alzare le braccia solo in quanto comandati dal convenuto, percepito come superiore gerarchico, e il tentativo di coprirsi di uno dei ricorrenti non può non denotare uno stato di imbarazzo per nulla compatibile con uno spirito giocoso.

4. *Sull'art. 2087 c.c. ovvero sull'obbligo del datore di assicurare un ambiente lavorativo inclusivo e accogliente*

Le considerazioni svolte hanno certamente consentito al Tribunale di ricondurre soggettivamente le condotte verbali, nonché l'avvenimento del 26 gennaio 2019, al responsabile del reparto pizzeria, identificato come l'autore materiale dei fatti. Ma – come si vedrà in seguito – tra gli aspetti più interessanti dell'ordinanza in commento spiccano le motivazioni rese dal Giudice a supporto della pronuncia di condanna della società datrice.

La disposizione del codice civile sancita nell'art. 2087 fa obbligo al datore di lavoro di adottare le misure necessarie a tutela dell'integrità fisica e morale dei prestatori di lavoro. Tra gli obblighi vi è anche quello di assicurare ai lavoratori dipendenti un ambiente lavorativo in cui la persona del lavoratore non sia vittima di atteggiamenti e/o trattamenti degradanti, umilianti e discriminatori.

Alla luce di tali considerazioni, alla società datrice è stato rimproverato di non aver adottato misure atte a evitare comportamenti come quelli denunciati. Il Tribunale, infatti, ha rilevato che, fatto salvo un regolamento della società (che la stessa ha prodotto in giudizio) che annovera tra gli obblighi dei dipendenti quello di tenere un atteggiamento inclusivo e di ripudiare forme di discriminazioni e/o di emarginazione sanzionabili, non risultano esservi altre misure adottate per verificare il rispetto dei predetti precetti da parte dei suoi dipendenti.

A tale proposito devono considerarsi indifferenti sia le allegate iniziative benefiche del fondatore, sia la presenza di numerosi lavoratori stranieri e di colore nella società stessa. Il motivo di tale irrilevanza deriva dal presupposto che ciò che è stato contestato non è una condotta materialmente posta in essere dalla società (rispetto alla quale potrebbero valere tali allegazioni), bensì le condotte dei suoi dipendenti sulle quali la società avrebbe avuto un obbligo di vigilanza per assicurare un ambiente lavorativo che non risultasse discriminatorio per i dipendenti.

Per le stesse ragioni, oltre ad altre di tipo economico-commerciali, deve ritenersi irrilevante il comunicato stampa con il quale sempre la società ha preso le distanze dall'episodio del 26 gennaio 2019. Si è trattato, invero, di condotta postuma che non la assolve dalle omissioni a suo carico ripetute anche quando, in occasione di un questionario sottoposto ai dipendenti, la società ha ommesso di svolgere le opportune verifiche pur essendovi state lamentate sui comportamenti discriminatori di alcuni dipendenti a danno di altri.

In ultimo, le condotte reiterate e ascrivibili al responsabile del reparto

pizzeria, denotano non solo come il rispetto del regolamento della società non rappresenti una prassi per i dipendenti, ma anche che difficilmente esse siano passate inosservate o non percepite. Proprio la reiterazione di tali condotte, resa possibile dalla omissione dell'obbligo di vigilanza a carico della società, «ha contribuito a generare un ambiente lavorativo non inclusivo, di non accoglienza, respingente verso alcune persone». Di questo, la società è stata chiamata a rispondere.

5. *Sulla responsabilità indiretta del datore per le molestie cagionate da un suo dipendente a danno di colleghi di origine africana*

Il fondamento giuridico della responsabilità della società datrice è stato individuato anche nel disposto dell'art. 2049 c.c.

Richiamando alcune pronunce della Suprema Corte⁵, il Tribunale ha fatto riferimento ad un'ipotesi di responsabilità indiretta, che vede come presupposti: (i) l'esistenza di un rapporto di lavoro tra preponente e preposto; (ii) il nesso di occasionalità necessario tra il lavoro svolto dal dipendente e l'illecito commesso dallo stesso, con la conseguenza che le mansioni affidate al dipendente devono aver reso possibile o comunque agevolato il comportamento che ha determinato il danno al terzo.

Nel caso di specie, l'episodio e le condotte verbali discriminatorie sono avvenuti sul luogo di lavoro⁶ durante lo svolgimento delle mansioni, e il ruolo di responsabile del convenuto ha senza dubbio posto quest'ultimo in una posizione di supremazia gerarchica rispetto ai ricorrenti. Se non vi fosse stata una disparità di grado, come ha rilevato il Tribunale, difficilmente i ricorrenti avrebbero obbedito all'ordine del responsabile di sollevare le magliette.

Nonostante la società abbia cercato di escludere la sussistenza del ruolo di responsabile in capo al convenuto (circostanza, invece, confermata dai testi), il Tribunale ha ritenuto tale eccezione irrilevante in quanto, in ogni caso, resta il fatto che la società datrice non ha verificato quanto accadeva nel proprio ristorante, ossia che un proprio dipendente si aggiudicasse, anche di fatto, un potere gerarchico. Si tratterebbe, pertanto, di fatti illeciti commessi

⁵ Cass. Civ., sez. III, sentenza del 15 giugno 2016, n. 12283; Cass. Civ., sez. III, sentenza del 15 aprile 2019, n. 10445.

⁶ Sul tema, in dottrina, vds. E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Milano, 2015.

nell'esercizio o delle mansioni del convenuto «o di quelle che la società ha tollerato che fossero».

La decisione che qui si commenta rileva, dunque, non tanto per la condanna della società al risarcimento del danno per fatto commesso dal suo dipendente nello svolgimento delle sue mansioni (dettame previsto già in altre sentenze⁷), quanto piuttosto per le motivazioni addotte dal Giudice circa l'irrelevanza che il ruolo di responsabile sia stato o meno attribuito formalmente al convenuto ai fini della responsabilità della società. Per meglio dire, non rileva – a discolpa del datore – che questi non sia stato formalmente inquadrato come superiore delle vittime; è invece sufficiente che i colleghi lo abbiano percepito come tale, che le mansioni da lui svolte abbiano reso possibile o agevolato il comportamento lesivo e che, comunque, detto comportamento abbia creato un ambiente lavorativo non inclusivo e di non accoglienza.

Sul versante della tutela, altrettanto degno di nota è il provvedimento deciso dal Giudice. Non potendo ordinare la cessazione del comportamento, trattandosi di condotte non più reiterabili date le dimissioni del convenuto, il Tribunale ha fatto ordine alla società di adottare misure atte a rimuovere gli effetti e a prevenire ulteriori comportamenti sensibilizzando i dipendenti alle tematiche della multiculturalità e della parità di trattamento delle persone a prescindere dalla diversa etnia o nazionalità. A tale scopo è stata indicata la realizzazione di un corso al quale i dipendenti sono chiamati a partecipare per essere educati al doveroso rispetto di ogni cittadino, quale che sia la sua provenienza o etnia. Infine, riconosciuto il danno morale subito dai ricorrenti a causa del comportamento illecito del convenuto, il Tribunale – per le motivazioni di cui si è detto – ha condannato sia la società datrice di lavoro sia il dipendente al risarcimento del danno in solido tra loro.

La pronuncia, dunque, sembra rappresentare un importante passo in avanti del diritto antidiscriminatorio e della tutela contro le discriminazioni nei luoghi di lavoro⁸.

⁷ Tra cui, Cass. Civ., sez. VI, sentenza del 15 ottobre 2015, n. 20924.

⁸ Sul tema vds. di recente M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2020; cfr. D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005.

«UN SISTEMA PER DISPERATI».
MIGRANTI, SFRUTTAMENTO LAVORATIVO “DIGITALE”
E STRUMENTI PENALI

Martina Galli*

SOMMARIO: 1. Il caso “Uber Italy”. I fatti e il provvedimento del Tribunale di Milano. – 2. Lo sfruttamento lavorativo dei migranti su “piattaforma”. Mezzi nuovi, vecchi schemi di approfittamento. – 3. La filiera dello sfruttamento “digitale”: il ruolo di Uber Italy. – 4. Prevenzione dello sfruttamento lavorativo e salvaguardia dell’impresa: la via dell’amministrazione giudiziaria “soft”.

1. *Il caso “Uber Italy”. I fatti e il provvedimento del Tribunale di Milano*

Il procedimento di prevenzione nei confronti di Uber Italy s.r.l. è una costola di quello per sfruttamento del lavoro (art. 603-bis c.p.) condotto a carico dei titolari di due società di *pony express* (*Flash Road City* e *FCR s.r.l.*) di cui Uber si avvaleva, in qualità di *fleet partners*, per il reclutamento e il coordinamento dei cicofattorini (c.d. *riders*) incaricati del *food delivery*¹. Queste società – con sede nella periferia milanese, ma operative nelle principali città italiane – gestivano nel complesso l’attività lavorativa di oltre 700 *riders*: manodopera costituita in larghissima parte da richiedenti asilo, provenienti da Paesi interessati da conflitti civili e razziali (Mali, Nigeria, Costa D’Avorio, Gambia, Guinea, Pakistan, Bangladesh), perlopiù dimoranti presso centri di accoglienza temporanei.

I *riders* – disposti a tutto, si dice, «per non veder fallito il sogno migratorio»² – venivano reclutati in maniera incontrollata (situazione, questa, aggravatasi nel contesto dell’emergenza sanitaria, in corrispondenza di un aumento della domanda) e sottoposti a un regime di sopraffazione retributiva e trattamentale, consistente in: pagamenti a cottimo (3 euro a consegna) effettuati a prescindere dalle condizioni di luogo (durata del tragitto) e di tempo (ora notturna, condizioni atmosferiche); richiesta di un numero

* Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università degli Studi della Tuscia.

¹ Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto del 28 maggio 2020, n. 9, *Uber Italy s.r.l.*

² Cfr. p. 8 del provvedimento qui in commento, Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto del 28 maggio 2020, n. 9, *Uber Italy s.r.l.* (d’ora in poi “il provvedimento”).

di prestazioni incompatibile con la tutela delle condizioni fisiche del lavoratore; minacce consistenti nella disattivazione dell'*account* per il mancato assolvimento delle prestazioni richieste; trattenimento delle mance corrisposte dai clienti; detrazioni sulle retribuzioni in caso di mancata accettazione o di cancellazione degli incarichi; trattenimento delle ritenute di acconto, operate ma non versate.

Le indagini condotte dalla Procura hanno evidenziato come le società di *pony express* – legate da contratti di prestazione tecnologica alla società olandese Uber Portier BV – s'interfaciassero, per la gestione delle flotte di *riders*, con i quadri di Uber Italy s.r.l.; e come questi ultimi, quali intermediari delle relazioni commerciali tra la società olandese e i *fleet partners*, oltre a conoscere perfettamente la situazione di sfruttamento dei *riders*, contribuissero a determinarla. In particolare, grazie al controllo della piattaforma Uber Eats (da cui le società *partners* erano escluse), non solo concorrevano a stabilire i turni di lavoro, ma gestivano il meccanismo di sanzione “digitale” consistente nel blocco dell'*account* dei *riders* per asseriti comportamenti non conformi.

Ebbene, a fronte di questi fatti, con il decreto in commento la sezione misure di prevenzione del Tribunale di Milano, accogliendo la relativa richiesta della Procura, ha provveduto ad applicare a Uber Italy la misura dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 d.lgs. n. 159/2011 (c.d. “Codice Antimafia”). I giudici hanno infatti ritenuto integrato, anzitutto, il requisito preliminare per l'applicazione della misura, ossia la presenza di elementi idonei a configurare il delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p., data la sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti. Quanto poi al collegamento tra Uber Italy e l'attività criminosa, quale ulteriore requisito applicativo della misura, i giudici sono arrivati a qualificare l'attività della società come oggettivamente *agevolatrice* del reato di sfruttamento lavorativo, in favore dei soggetti indagati nel procedimento genetico (i manager delle società *partners*). Tale agevolazione verrebbe in rilievo, si dice, «quantomeno sotto il profilo dell'omesso controllo» dell'attività dei *fleet partners* o di una «grave deficienza organizzativa»³. Tutto questo, peraltro, senza considerare ciò che il provvedimento a più riprese adombra, ossia che i quadri di Uber fossero direttamente coinvolti nello sfruttamento.

³ Cfr. p. 57 del provvedimento.

2. *Lo sfruttamento lavorativo dei migranti su “piattaforma”. Mezzi nuovi, vecchi schemi di approfittamento*

Tra i fattori che rendono la decisione in commento meritevole d’attenzione, v’è di certo la peculiarità della vicenda sottostante: un paradigmatico caso di “super-sfruttamento urbano”, a mezzo di strumenti digitali. Il provvedimento, prima ancora che segnalarsi per il suo interesse giuridico, aggiunge preziosi elementi all’analisi sociologica, che aveva da tempo evidenziato la capacità di adattamento dello sfruttamento del lavoro rispetto ad ambienti e mezzi diversi da quelli suoi tradizionali, attestandone la disposizione a “cambiar pelle” per insinuarsi nei settori più tecnologici del mercato⁴. Il c.d. capitalismo delle piattaforme, quale manifestazione esemplare della *gig-economy*⁵, rappresenta infatti un terreno ideale, considerata la sua strutturale vocazione a una flessibilità renitente alle tutele lavoristiche⁶. Lo dimostrano, del resto, anche gli scarsi risultati raggiunti con il primo CCNL finalizzato a regolare i rapporti di lavoro dei *riders*⁷.

Sotto questo punto di vista, il provvedimento – il primo a occuparsi di “caporalato digitale” – riesce a superare, anche grazie a un apprezzabile sforzo di ricostruzione empirico-fattuale a monte, la principale difficoltà che questa forma di sfruttamento pone rispetto al modello d’incriminazione: l’asserita assenza di un rapporto di lavoro etero-diretto, quale presupposto logico, ancor prima che giuridico, dello sfruttamento.

La fattispecie di cui all’art. 603-*bis* c.p., nel delineare la soggettività attiva del reato, non ricorre a qualifiche formali rigide (es. la figura datoriale), pre-

⁴ Cfr. A. ACCORNERO, *Il mondo della produzione. Sociologia del lavoro e dell’industria*, IV ed., Bologna, 2013; A. VIOLANTE, *Super-sfruttamento in ambiente urbano. Lo stato dell’arte*, in E. NOCIFORA (a cura di), *Quasi schiavi. Paraschiavismo e super-sfruttamento nel mercato del lavoro del XXI secolo*, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 19 ss.

⁵ Cfr. C. CROUCH, *Se il lavoro si fa gig* (trad. it.), Bologna, 2019, nonché P. TULLINI, *L’economia delle piattaforme e le sfide del diritto del lavoro*, in *Ec. soc. reg.*, 2018, pp. 36 ss.

⁶ Non si deve però cadere nell’equivoco che lavoro flessibile sia per ciò solo lavoro sfruttato. Il diritto penale non può e non deve elevarsi a strumento dirigitico del mercato del lavoro, neppure ove gli schemi formali del rapporto pongano condizioni inaccettabili da un punto di vista ideologico. Si tratta semmai di valutare se, dietro alla forma assunta dall’organizzazione del lavoro, le concrete modalità di disciplina della prestazione possano assumere rilevanza alla stregua del fatto tipico. Cfr. A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2020, pp. 113-115.

⁷ Cfr. F. MARTELLONI, *CCNL Assodelivery-UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *Quest. Giust.*, 22 ottobre 2020.

ferendo invece rivolgersi a «chiunque (...) utilizza, assume o impiega manodopera». Nondimeno, essa incentra la condotta sull'azione di "sottoporre" i lavoratori a sfruttamento, ciò che presuppone una capacità dell'agente di *imporre* le condizioni di lavoro. Apparentemente tale dato si scontra con le caratteristiche del rapporto di lavoro in questione, conferitegli dall'utilizzo di uno strumentario, anche contrattualistico, peculiare: da un lato, l'inquadramento delle prestazioni lavorative dei *riders* entro lo schema formale della collaborazione *autonoma* (etero-organizzata)⁸; dall'altro, la presenza di una *piattaforma* digitale anonima cui si assumono trasferite le funzioni di organizzazione del lavoro.

Ciò nonostante, i giudici, com'è stato fatto notare, riescono agilmente a «smascherare la narrazione, propugnata dai più entusiasti sostenitori della *gig economy*, per la quale il lavoratore svolgerebbe le sue prestazioni in piena autonomia e le piattaforme erogherebbero una mera attività di intermediazione con il loro committente, ma resterebbero effettivamente estranee al rapporto di lavoro»⁹. E infatti il provvedimento, da un lato, demolisce la «"vulgata" che vede Uber come una informale piattaforma con nessun rapporto con i riders e che si limita a mettere in contatto ristoratori e clienti»¹⁰; dall'altro dimostra come l'ingerenza di Uber e delle imprese di *pony express* nell'organizzazione delle prestazioni e dei ritmi lavorativi dei *riders* si scontri con il carattere di supposta autonomia del lavoro, non solo *etero-organizzato*, ma, più in profondità, *etero-diretto*¹¹.

Superato questo scoglio, i giudici hanno poi buon gioco a rintracciare gli altri elementi dello sfruttamento lavorativo. Questa vicenda, del resto, dimostra come l'evoluzione delle *forme* del fenomeno-sfruttamento avvenga all'ombra di una invarianza *sostanziale*: i suoi connotati di base continuano a

⁸ Modificando l'art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 81/2015, il d.l. n. 101/2019 (conv. l. n. 128/2019) ha incluso nell'ambito delle cd collaborazioni etero-organizzate le collaborazioni rese tramite piattaforma anche digitale. Sull'argomento, U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Roma, 2020.

⁹ A. MERLO, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, in *www.sistemapenale.it*, 2 giugno 2020.

¹⁰ Cfr. p. 25 del provvedimento.

¹¹ Cfr. su questo anche le recenti dichiarazioni rese dal procuratore capo di Milano, Francesco Greco, relative all'indagine che, assieme ad Uber Italy, coinvolge le principali società del *delivery food* attive in Italia (*Maxi-indagine sui rider a Milano, obbligo di assumerne 60mila e multe sulla mancata sicurezza per 733 milioni alle società. Greco: "Non sono schiavi ma cittadini"*, in *www.milano.repubblica.it*, 24 febbraio 2021).

manifestarsi con stupefacente tradizionalismo. Il trasferimento in ambiente tecnologico e terziarizzato non pare insomma aver mutato i tratti criminologici che il caporalato si porta dietro dalle campagne del Meridione; tratti che la fattispecie penalistica traduce in elementi di tipicità.

Anzitutto, per quanto attiene al profilo della *sottoposizione dei lavoratori a condizioni di sfruttamento*, il provvedimento fornisce ampi riscontri delle circostanze che ne costituiscono “indice” ai sensi dell’art. 603-bis, co. 3 – segnatamente ai nn. 1 (profilo retributivo), 2 (orari e ritmi di lavoro) e 4 (condizioni degradanti di lavoro). Tutti indici, questi, presenti cumulativamente e dotati di una *significatività* “forte”, perciò indubbiamente in grado di marcare – soddisfacendo lo schema di *tipicità dinamica* disegnato dalla fattispecie¹² – la presenza di una condizione di sfruttamento.

In particolare, rispetto all’indice di cui al n. 1, si evidenzia l’erogazione di compensi con modalità (a cottimo) e in quantità (3 euro a consegna) palesemente difformi dai termini di legge¹³; dato cui va ad aggiungersi l’insieme dei pretestuosi trattenimenti operati sulle retribuzioni a titolo punitivo. Del pari, in riferimento all’indice di cui al n. 2, il provvedimento lumeggia come la richiesta del numero di prestazioni fosse incompatibile con una tutela minima delle condizioni fisiche del lavoratore. Infine, quanto all’indice di cui al n. 4, insieme al sistema di interventi punitivi mediante trattenimenti sulla retribuzione, vengono in rilievo meccanismi di degradazione del tutto tradizionali seppure in una nuova veste “digitale”: pervasivi metodi di sorveglianza a mezzo piattaforma¹⁴, accompagnati da continue minacce di disattivazione dell’*account* personale.

Rispetto, poi, all’elemento dell’*approfittamento dello stato di bisogno* dei lavoratori, i giudici si dedicano a tracciare il profilo delle vittime: come spesso accade, richiedenti asilo, perlopiù dimoranti presso centri di accoglienza temporanei, in situazioni di povertà e di isolamento sociale.

¹² Su questo, ovviamente, A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., in part. pp. 63 ss.

¹³ In assenza di un CCNL di riferimento, l’art. 47-*quater*, co. 2, della l. n. 81/2015 prevede che i *riders* non possano essere retribuiti in base alle consegne effettuate e che ai medesimi debba essere garantito un compenso orario parametrato ai minimi stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti.

¹⁴ La sorveglianza non va comunque confusa con la mera e necessaria organizzazione del servizio a mezzo di algoritmo (v. le osservazioni di A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., pp. 113-114, nota 96). In questo caso, la sorveglianza, con modalità degradanti, si concretizzava in un tracciamento pervasivo degli spostamenti e dei comportamenti dei *riders*.

Ora, come già rilevato¹⁵, l'elemento dello stato di bisogno presenta una connaturata indeterminatezza. Per evitare di arenarsi in secche definitorie, la giurisprudenza tende a privilegiare la via della sua immediata concretizzazione, valorizzando le circostanze di fatto che – nel determinare una situazione di complessiva precarietà, in cui vige una drammatica alternativa tra lavorare “sfruttati” e non lavorare – riducono la libertà di scelta dei soggetti, esponendoli agli abusi di chi li recluta o impiega. La via della concretizzazione pare così aver messo in moto un processo di “estrazione” delle circostanze fattuali idonee a determinare lo stato di bisogno. Tale processo pare a tutti gli effetti corrispondere a una catalogazione, in via ermeneutica, degli *indici* in grado di segnalare la sussistenza di questo elemento (normativamente indefinito); indicizzazione che trova conferma – oltre che nell'analisi socio-criminologica – in alcuni documenti internazionali sul tema¹⁶.

Tra gli “indici” che ad oggi godono di maggiore stabilizzazione vi è proprio la condizione di *migrante extracomunitario*. A prescindere dal suo *status* effettivo (richiedente asilo, soggiornante regolare o irregolare), tale condizione non prova ma comunque “indizia” o, se si preferisce, “significa” lo stato di bisogno, questo perché solitamente accompagnata da circostanze di povertà, da ostacoli linguistici (quale impedimento fisiologico all'integrazione e alla ricerca d'impiego) e da una complessiva difficoltà esistenziale, particolarmente drammatica nel caso del richiedente asilo. Ebbene, la decisione in commento, nel mettere in relazione la condizione del richiedente asilo con il (risultante) stato di bisogno, da un lato contribuisce a questo processo – ancora in corso – di *indicizzazione*, dall'altro (più o meno consapevolmente) se ne avvale.

Immotivatamente tralasciato appare, invece, il profilo dell'“approfittamento”. Un concetto, questo, di difficile profilatura, che la giurisprudenza tende a trascurare a vantaggio del suo presupposto fattuale (lo stato di bisogno). Ma così non deve essere. La fattispecie ci dice infatti che lo “stato di bisogno” dei lavoratori rileva solo se strumentalizzato, se cioè su di esso l'agente fa attivamente leva per imporre le condizioni di sfruttamento¹⁷. Del resto, in questa vicenda non sarebbero mancati gli agganci fat-

¹⁵ Ci permettiamo qui di rinviare a M. GALLI, *Sfruttamento del lavoro e “stato di bisogno” legato alla condizione di straniero*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, maggio 2020 (ora in questo Annuario).

¹⁶ Cfr. ad es. UNODC, *Model Law against Trafficking in persons*, 2009.

¹⁷ Cfr. A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro*, cit., pp. 53 ss.; nonché ID., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionale*, in *Arch. Pen.*, 1/2019, p. 4.

tuali per dare consistenza anche al profilo dell'approfittamento, nella forma di un contegno attivo, distinto dalle condotte che integrano lo sfruttamento. Si poteva, ad esempio, valorizzare l'opera di reclutamento "selettivo" delle società di *pony express*, appositamente indirizzata verso la categoria di soggetti che abbiamo visto. Ma, a ben vedere, anche la stessa minaccia di disattivare l'*account* dei *riders* – pur rilevando già sul piano dello sfruttamento, quale indicatore di condizioni lavorative degradanti – si prestava a essere letta in questo senso, quale condotta esercitata allo scopo di abbonire chi, trovandosi in situazione di vulnerabilità economica e isolamento sociale, di lavorare sulla piattaforma aveva un *vitale* bisogno. Del resto, come ci ricordano le parole di una *manager* di Uber carpite nel corso di un'intercettazione, era quello «un sistema per disperati»¹⁸. Il "digitalismo" torna a fare sfoggio di logiche antiche.

3. La filiera dello sfruttamento "digitale": il ruolo di Uber Italy

Il provvedimento getta luce anche sul problema della *irresponsabilità* (a fronte di un grande *potere*)¹⁹ delle società poste al vertice di complesse filiere produttive: società che si presumono schermate dal ricorso all'*outsourcing*, dall'impiego di complessi schemi societari e dalla frammentazione dei centri decisionali, nonché, come nel caso che osserviamo, da meccanismi di *anonimizzazione digitale*²⁰. Un problema, questo, che indubbiamente sussiste (specie se riguardato nella sua dimensione transnazionale²¹), ma che sconta anche un certo livello di mistificazione.

La misura dell'amministrazione giudiziaria, disciplinata all'art. 34 del Codice Antimafia, può essere applicata laddove ricorrano "sufficienti indizi" per ritenere che un'impresa sia interessata da *condizionamento mafioso* op-

¹⁸ Uber, chiusa l'indagine per caporalato su rider. La manager: "Fuori da qui non dire mai più 'abbiamo creato un sistema per disperati'", in *Ilfattoquotidiano.it*, 12 ottobre 2020.

¹⁹ Sul tema M. DELMAS-MARTY, A. SUPIOT (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, 2015.

²⁰ Sul punto A. MERLO, *Sfruttamento dei riders*, cit.; nonché V. TORRE, *Destrutturazione del mercato del lavoro e frammentazione decisionale: i nodi problematici del diritto penale*, in *Quest. Giust.*, 24 giugno 2020.

²¹ Rinviamo sul punto a V. MONGILLO, *Forced Labour e sfruttamento lavorativo nella catena delle forniture delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2019, pp. 630 ss. in part. pp. 656-658.

pure – come nel caso in esame – che essa *agevoli* l'attività di persone sottoposte a misure di prevenzione o coinvolte in un procedimento penale per una serie di reati-catalogo, tra cui lo sfruttamento del lavoro (art. 603-*bis* c.p.). Ciò che si rimprovera a Uber Italy è proprio di aver favorito la commissione dello sfruttamento da parte dei soggetti indagati nel procedimento genetico, afferenti alle società di *pony express* ad essa legate (il legame *contrattuale* era con la società olandese Uber Portier BV, ma l'interazione effettiva avveniva con Uber Italy). In particolare, si ritiene che l'*agevolazione* – requisito che i giudici, accedendo alla lettura offerta da un precedente dello stesso Tribunale²², riconducono al piano della responsabilità colposa – si sia consumata nella forma dell'*omesso controllo* o, comunque, della grave *deficienza organizzativa*. Concetti, questi, che non corrispondono al criterio di ascrizione della responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001, ma che devono essere intesi alla stregua di «violazione di normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che la stessa società si sia data (magari dotandosi di un codice etico) o che costituiscano norme di comportamento esigibili sul piano della legalità da un soggetto che opera ad un livello medio-alto nel settore degli appalti di opere e/o servizi»²³.

Tutto questo consente di evidenziare, allora, come l'apparato penalistico, almeno nell'ambito dei procedimenti di prevenzione, metta a disposizione misure idonee ad attingere gli enti che – pur formalmente estranei al reato – per la posizione rivestita assumono un ruolo di *garanzia* verso i lavoratori impiegati nelle zone periferiche della filiera. Pur trovandoci qui lontani da meccanismi di attribuzione della responsabilità penale in senso stretto, la finalità delle misure di prevenzione pare entrare in risonanza con un più generale obiettivo di *responsabilizzazione*, perseguito in circuiti esterni al diritto penale (pensiamo in particolare alla responsabilità sociale d'impresa) con strumenti (codici etici, bilanci sociali d'impresa) di (*soft*)*self-regulation*. È vero però che il meccanismo di *responsabilizzazione* si è fermato a Uber Italy, mentre niente è accaduto alla società olandese, anch'essa – a tutta evidenza – implicata nell'omesso controllo (delle società di *pony express* e della stessa Uber Italy, sua intermediaria).

Ciò detto, il provvedimento descrive una situazione ben più grave di quella sufficiente all'applicazione dell'amministrazione giudiziaria. La richiesta della Procura rappresenta infatti come tra i quadri di Uber Italy e gli indagati per sfruttamento vi fosse un rapporto di stretta collaborazione, che si

²² Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto del 23 giugno 2016, *Nolostand s.p.a.*

²³ Cfr. pp. 2-3 del provvedimento.

consumava in contatti telefonici, informatici e riunioni dal vivo proprio sul tema dell'organizzazione del lavoro dei *riders*. Non solo, essa mostra come fossero direttamente i quadri di Uber Italy a sanzionare i *riders* e a incidere sui turni lavorativi attraverso la gestione della *piattaforma* (mero "strumento" in mano ai dipendenti Uber e non "attore" neutrale e anonimo, destinatario di funzioni gestionali). Molto più, quindi, di una colposa agevolazione. Tant'è vero che i giudici non possono astenersi dal notare la presenza di «un ulteriore profilo di concorsualità, o quantomeno di attività di favoreggiamento, realizzata dai diversi manager e/o dipendenti della Galassia Uber e segnatamente di Uber Italy s.r.l.»²⁴. L'esternazione non trova però seguito nel provvedimento finale: l'amministrazione giudiziaria, si badi, ha come unico presupposto *negativo* proprio l'assenza di un coinvolgimento diretto dell'imprenditore nelle attività criminali, fungendo quest'ultimo da presupposto per l'applicazione della più grave misura della confisca. Sorgono allora due osservazioni.

Sul piano generale, il provvedimento documenta come un'accurata attività d'indagine possa evidenziare il diretto coinvolgimento negli sfruttamenti, perpetrati nei livelli terminali della filiera produttiva, di soggetti appartenenti ai livelli superiori; questo secondo modalità di partecipazione "classica" al reato, quale quella concorsuale. Il che consente, data la posizione di intraneità degli agenti, di attivare meccanismi di responsabilità diretta dell'ente (ai sensi del d.lgs. 231/2001) e, sul piano delle misure di prevenzione, di applicare strumenti più pervasivi. Ciò non vuol dire che sia sempre così, potendo ben darsi situazioni di effettiva estraneità ai fatti – nei termini propri della disciplina del concorso di persone nel reato – dei soggetti appartenenti alla sfera "alta" della catena; tuttavia, almeno in certi casi, il *limite* alla responsabilizzazione non è *normativo*, bensì *empirico-fattuale*.

Ci si può allora domandare perché in questo caso non si sia valorizzato il diretto coinvolgimento dei quadri di Uber Italy nel reato di sfruttamento del lavoro. Una prima ragione, di ordine tecnico, è data dalla cronologia del procedimento. La richiesta di applicazione della misura di prevenzione – per definizione improntata a canoni di *tempestività* – era stata presentata in una fase ancora preliminare delle indagini; indagini diramatesi a partire dalle società di *pony express* e non giunte, al tempo, ad approfondire la posizione dei vertici di Uber (non ancora iscritti al registro degli indagati). Segnaliamo però la notizia della chiusura delle indagini e dell'iscrizione al registro degli indagati di una manager di Uber Italy (a titolo di concorso nel reato di sfrut-

²⁴ Cfr. p. 56 del provvedimento.

tamento del lavoro), nonché dell'apertura di un separato procedimento "231" nei confronti della società²⁵.

Non è però difficile immaginare che sullo sfondo si agitano ragioni più profonde, che hanno a che vedere con valutazioni in punto di *sostenibilità* dell'intervento penale, ossia relative all'impatto socio-economico negativo dello stesso. Valorizzare, già in una fase iniziale del procedimento, quel tipo di coinvolgimento avrebbe infatti implicato l'attivazione di misure – quali il sequestro preventivo o l'interdizione cautelare dell'ente (al netto della possibilità di applicare il controllo giudiziario di cui all'art. 3 l. n. 199/2016 o il commissariamento giudiziale ai sensi dell'art. 45, co. 3, d.lgs. 231/2001) – che, oltre a comportare una grave limitazione della libertà d'impresa, erano suscettibili di ostacolare l'attività della società, con gravi ricadute dirette e indirette: sul piano occupazionale, della fruizione dei servizi, sul piano, infine, della riduzione, se non dell'azzeramento, del valore dell'attività d'impresa. Queste ricadute potevano essere evitate mantenendo una prospettiva solo *collaterale*, che autorizzasse l'impiego di misure meno invasive e più flessibili, senza per questo abdicare agli obiettivi penal-preventivi²⁶.

4. *Prevenzione dello sfruttamento lavorativo e salvaguardia dell'impresa: la via dell'amministrazione giudiziaria "soft"*

Quella appena svolta è soltanto una delle possibili ipotesi ricostruttive (tuttavia avvalorata dal fatto che, a quel che consta, neppure le società di *pony express* sono state interessate da provvedimento di sequestro). Del resto, se vogliamo vedere applicato quel ragionamento di *sostenibilità* sopra evocato, è sufficiente concentrarsi sulle *modalità* con cui la misura dell'*amministrazione giudiziaria* viene adottata.

L'amministrazione giudiziaria, pensata per i casi di più intensa contiguità

²⁵ Cfr. *Uber, chiusa l'indagine per caporalato su rider*, cit.

²⁶ Fanno riflettere le recenti notizie (*Maxi-indagine sui rider a Milano*, cit.) relative alla maxi-inchiesta in corso sulle principali società italiane del *delivery food*, in base alle quali la procura milanese, a fronte della contestazione di illeciti in materia fiscale e lavoristica, avrebbe imposto alle aziende coinvolte (soltanto) il pagamento di elevate sanzioni pecuniarie, e comunque offrendo la possibilità di estinguere i relativi reati mediante il pagamento di almeno un quarto della cifra, da un lato, e la regolarizzazione delle posizioni dei *rider*, dall'altro; anch'essa una strategia che pare collocarsi nella medesima ottica di *sostenibilità* dell'intervento penale.

criminale (ossia di agevolazione *non occasionale*), è una misura penetrante, prevedendo *normalmente* un esproprio gestorio, pur selettivo e limitato nel tempo. L'esproprio comporta che, da quel momento in poi, sia l'amministratore giudiziario – immesso nel possesso dei beni e chiamato a esercitare i poteri degli organi di amministrazione e degli altri organi sociali – a gestire l'azienda. Un compito, questo, assai complesso in società di grandi dimensioni e operanti in settori ad alta specializzazione tecnologica come Uber, e perciò esposto a elevate probabilità di insuccesso. Per un intervento più contenuto, senza *impossessamento* e fondato su misure di mera "vigilanza prescrittiva", il Codice Antimafia appronta, all'art. 34-*bis*, un diverso istituto: quello del commissariamento giudiziario, applicabile tuttavia nelle sole ipotesi di agevolazione meramente *occasionale*.

Nel caso di Uber Italy quest'ultimo requisito non appariva però soddisfatto, essendo l'agevolazione contraddistinta da *continuità*. Tuttavia, i giudici milanesi – come già in un altro noto caso di sfruttamento lavorativo "intermediato" da terze società addette al reclutamento della manodopera²⁷ – hanno sfruttato i margini di elasticità del dato normativo (l'art. 34 utilizza infatti un linguaggio non prescrittivo) per reinterpretare l'istituto in modo massimamente conservativo. Escludendo l'esproprio della compagine societaria, hanno elaborato un modello di accompagnamento *soft* dell'azienda, con misure di adeguamento legalitario, prima fra tutte la revisione dei rapporti di lavoro dei *riders*, da attuarsi in collaborazione con l'amministrazione giudiziaria. I giudici approntano poi un *presidio* di tipo *ingiunzionale*, riservandosi di espandere i contenuti della misura fino al totale impossessamento in caso di mancata collaborazione da parte degli organi amministrativi.

A spingere verso questa soluzione "conservativa" vi sono, anzitutto, considerazioni relative alla *proporzionalità* della misura: non tanto e non solo in termini di commisurazione della stessa alla *gravità dei fatti*, bensì – secondo le indicazioni fornite dalla stessa Corte costituzionale²⁸ – in termini di adeguatezza *minima* rispetto agli obiettivi di prevenzione dei reati e di ri-legalizzazione societaria. Vi sono però anche esplicite considerazioni in punto di *sostenibilità*: l'assunzione in seno all'amministrazione giudiziaria del normale svolgimento dell'attività gestionale d'impresa, «con trasferimento da professionalità tipiche a professionalità nuove e magari non perfettamente

²⁷ Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto del 7 maggio 2019, n. 59, *Ceva Logistics Italia s.r.l.*, su cui v. il commento di A. MERLO, *Il contrasto al "caporalato grigio" tra prevenzione e repressione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2019.

²⁸ Corte cost., sentenza del 24 gennaio 2019, n. 24.

allineate con il settore di mercato» appare sconsigliata, si dice, «in termini di rischio e nella prospettiva della salvaguardia occupazionale»²⁹. Insomma, una ricerca del miglior equilibrio tra esigenze diverse, ma non necessariamente contrapposte³⁰; a tutto beneficio della coerenza dell'intervento penale che, altrimenti operando, per sottrarre i migranti allo sfruttamento, rischiava di condannarli alla strada.

²⁹ Cfr. p. 58 del provvedimento.

³⁰ Sul tema, S. CORSO, *Oltre il contrasto al "caporalato": dalla tutela della produzione alla tutela dell'occupazione*, in G. DE SANTIS, S. CORSO, F. DELVECCHIO (a cura di), *Studi sul caporalato*, Torino, 2020, pp. 87 ss. Inoltre, A. ESPOSITO, *Gig economy e recupero della legalità*, in *Leg. Pen.*, 31 luglio 2020.

INTEGRAZIONE E ACCOGLIENZA DEI RICHIEDENTI ASILO E DELLE VITTIME DI TRATTA

PER TORNARE A PARLARE DI *GREEN NEW DEAL*,
TRA DIRITTO DI ASILO E SOLIDARIETÀ

Manuela Consito*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ambiente e cambiamenti climatici: quali riflessi sull’immigrazione? – 3. Migranti climatici tra asilo e solidarietà.

1. *Introduzione*

La contingenza che occupa il pensiero in questo particolare momento, certo grave e densa di preoccupazione, non può consentire di volgere altrove lo sguardo rispetto ad altre contingenze che costituiscono, del pari, gravi minacce per il genere umano.

Non a caso Filippo Grandi, Alto Commissario ONU per i Rifugiati, ci ricorda nella sua Dichiarazione in merito alla crisi del Covid-19¹ (Ginevra, 19 marzo 2020) come «guerre e persecuzioni non sono cessate, e oggi, nel mondo, vi sono persone che continuano a fuggire dalle proprie case alla ricerca di un luogo sicuro», persone che «Oggi, come mai prima, hanno bisogno – come tutti noi – di solidarietà e compassione». Sono parole espresse a fronte della decisione di molti Paesi di chiudere i confini come misura di contenimento dell’attuale rischio sanitario, che tuttavia non pare disgiunto da altro, forse ora meno vivido, rischio con cui è d’obbligo misurarsi e che, pare, possa costituire una delle possibili ragioni di diffusione del virus Covid-19².

Il riferimento è all’inquinamento ambientale e più in generale alla c.d.

* Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università di Torino.

¹ *Statement by Filippo Grandi, UN High Commissioner for Refugees, on the COVID-19 crisis*, 19 marzo 2020, in www.unhcr.org.

² *Inside Climate News*, by N. Banerjee, *Q&A: A Harvard Expert on Environment and Health Discusses Possible Ties Between COVID and Climate*, 12 marzo 2020, <https://insideclimatenews.org/news/12032020/coronavirus-harvard-doctor-climate-change-public-health/>.

emergenza clima³, che oggi non si arresta certo dal manifestarsi almeno come concausa di emigrazioni forzate di esuli e rifugiati. Siano essi tali per motivi economici, politici o, appunto, umanitari/ambientali, per costoro l'esercizio della libertà di circolazione è atto necessario di salvaguardia di quello stesso diritto di vivere che nel diritto di asilo trova il suo più ampio dispiegamento (art. 10, co. 3, Cost. italiana).

2. *Ambiente e cambiamenti climatici: quali riflessi sull'immigrazione?*

Sin dal 1990 l'Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC⁴ ha posto l'attenzione su come il maggiore impatto, singolarmente considerato, del cambiamento climatico si sarebbe verificato proprio sulla migrazione umana, con milioni di persone sfollate a causa dell'erosione dei litorali, delle inondazioni costiere, delle carestie, con un effetto di alterazione dei flussi migratori a livello globale. Se ne ritrova eco in report dedicati dell'Organizzazione internazionale delle Migrazioni - IOM, che dal 2008⁵ e poi negli anni a venire⁶ sempre più ha posto l'accento sulla stretta connessione tra cambiamenti climatici ed esodi ambientali.

È ormai noto che i cambiamenti climatici incidono su frequenza e intensità delle catastrofi naturali, potendo intensificare le c.d. catastrofi a insorgenza lenta (*slow onset*), quali siccità, carestie o innalzamento del livello del mare, progressive deforestazioni, desertificazioni con esaurimento delle risorse dovute a un loro eccessivo sfruttamento, ma potendo del pari intensificare gli effetti di danni ambientali che conducono a disastri ambientali (disastri petroliferi, versamenti di sostanze chimiche, incidenti nucleari) e causare

³ *Tip of the iceberg: is our destruction of nature responsible for Covid-19?*, The Guardian, 18 marzo 2020, <https://www.theguardian.com/environment/2020/mar/18/tip-of-the-iceberg-is-our-destruction-of-nature-responsible-for-covid-19-aoe>.

⁴ IPCC, *Climate Change: The IPCC 1990 and 1992 Assessments*, Giugno 1992, consultabile qui: <https://www.ipcc.ch/report/climate-change-the-ipcc-1990-and-1992-assessments/>; GAO-19-166, *Climate Change: Activities of Selected Agencies to Address Potential Impact on Global Migration*, p. 50.

⁵ IOM, *Migration and Climate Change*, Ginevra, 2008, consultabile qui: https://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs-31_en.pdf.

⁶ IOM, *Migration, Environment and Climate Change. Assessing the Evidence*, Ginevra, 2009, consultabile qui: https://publications.iom.int/system/files/pdf/migration_and_environment.pdf.

catastrofi a rapida insorgenza (*rapid onset*), che comportano un deterioramento ecologico capace di influenzare, ove non di necessitare, l'opzione da parte di un numero sempre più elevato di persone di lasciare il proprio paese di origine in cerca di luoghi più sicuri.

Ne deriva una sfida non secondaria per quanti intendano analizzare e riassumere la complessità delle questioni sollevate dai flussi migratori degli individui, a fronte di una sempre più sentita esigenza di tentare di offrire una corretta qualificazione giuridica dello *status* che potrebbe essere riconosciuto a quanti versano nella condizione di fatto di migrare a cagione dei cambiamenti climatici, non importa ora se per scelta o per forza.

Non potendo in questa sede dilungarsi sulle molteplici soluzioni che possono essere offerte dalla disciplina vigente, si vuole ora solo ricordare come l'IOM ha – come noto – proposto una definizione secondo la quale i migranti ambientali (*environmental migrants*⁷) sono «persone o gruppi di persone che, principalmente a causa di cambiamenti improvvisi o graduali dell'ambiente che influiscono negativamente sulle loro condizioni di vita, sono costrette ad abbandonare le loro residenze abituali, o scelgono di farlo, sia temporaneamente che permanentemente, sia nel loro stesso paese che al di fuori di esso».

È definizione che origina dal primo rapporto del Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente sui c.d. rifugiati ambientali individuati come «quelle persone che sono state costrette a lasciare il loro habitat tradizionale, temporaneamente o permanentemente, a causa di un'interruzione ambientale (naturale e/o causato dall'uomo) che ha messo in pericolo la loro esistenza e/o gravemente influito sulla qualità della loro vita. Con "interruzione ambientale" in questa definizione si intende ogni cambiamento fisico, chimico e/o cambiamento biologico nell'ecosistema (o nelle risorse di base) che lo rendono, temporaneamente o in modo permanente, inadatto a sostenere la vita umana».

Il riferimento è ampio, poiché ricomprende sia i migranti ambientali che i migranti climatici (*climate refugees*), i secondi differenziandosi dai primi poiché indotti a spostarsi dal luogo di origine per causa diretta di eventi ambientali e climatici a breve o lungo termine.

⁷ IOM, *Glossary on Migration*, 2nd. ed., Ginevra, 2011, consultabile qui: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml25_1.pdf.

3. *Migranti climatici tra asilo e solidarietà*

In questo contesto l'ordinamento italiano è già nell'attuale assetto in grado di offrire alcune forme di protezione capaci di ricomprendere gli individui forzati a emigrare per eventi riconducibili a cause o rischi eco-ambientali.

Imprescindibile qui si mostra il riferimento alla tutela costituzionale del diritto di asilo, dove si è chiarito che per decidere circa la sua sussistenza in capo a un individuo il paragone debba essere istituito tra la complessiva situazione, legata a condizioni sia personali sia sociali, in cui lo straniero si trovi effettivamente nel suo paese (e cioè lo «status di fatto» dello straniero) e la situazione che secondo Costituzione spetta alla persona. L'asilo costituzionale imporrebbe cioè l'accertamento di quelle libertà che costituiscono i criteri qualificativi di una realtà autenticamente democratica, individuata nell'insieme delle situazioni giuridiche soggettive, sostanziali e procedurali, che sono idonee e sufficienti, quanto meno come astratto sistema normativo, a qualificare uno Stato come democratico. Il riferimento è al rispetto dell'integrità della persona, al rispetto delle libertà civili come parametri utili a definire un giudizio complessivo sulle condizioni, certo politiche ma suscettibili di una valutazione ampia estesa oggi anche alle condizioni eco-ambientali, del paese di provenienza.

I migranti climatici potrebbero così rientrare nell'applicazione delle misure di accoglienza temporanee per eventi eccezionali, di cui all'articolo 20 del TU Immigrazione, da adottarsi con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale, e con gli altri Ministri eventualmente interessati, anche in deroga alle norme dettate dalla disciplina sull'immigrazione, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità occorsi in Paesi non appartenenti all'Unione Europea (per la disciplina dell'Unione europea: v. Direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea e che non possono fare rientro nel Paese d'origine, per l'ordinamento italiano: v. il d.lgs. 7 aprile 2003, n. 85).

Nei limiti oggi consentiti dall'abrogazione della disciplina che prevedeva il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari non può neppure escludersi che cambiamenti climatici e rischi ambientali possano trovare valutazione ai fini del rilascio del *permesso di soggiorno per motivi di calamità*, secondo l'articolo 20 *bis* del TU Immigrazione. Il legislatore pone qui mente alle situazioni di contingente ed eccezionale calamità che non consentono il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza, che ben potrebbero aprire alla tutela dei casi qui di interesse.

Eventi quali l'innalzamento dei livelli degli oceani o tsunami devastanti o altri eventi naturali che cancellino intere porzioni di territorio o comunque lo rendano inabitabile⁸ potrebbero confluire infine anche nella definizione dello *status* di apolidia⁹ di fatto.

L'assenza di una precisa qualificazione giuridica del migrante o rifugiato ambientale come separata¹⁰ rispetto alle forme di protezione del migrante oggi regolamentate e la conseguente assenza di un preciso titolo di protezione non consente tuttavia ancora di trovare un conforto consolidato nella giurisprudenza, dove talora ipotesi di carestia ed estrema povertà sono state considerate dalla giurisprudenza di merito¹¹ come presupposti meritevoli di fondare una protezione *latu sensu* umanitaria, ma è ancora lontana una puntuale riconduzione di simili situazioni a casi di rifugio per motivo climatico o ambientale. Sul fronte del diritto internazionale si rinvengono tentativi di inquadramento nelle più ampie e diverse ipotesi del genocidio o del crimine contro l'umanità¹², mentre un'analisi delle prassi amministrative italiane in sede di concessione della protezione umanitaria non pare escludere un'embrionale emersione della tutela anche per il c.d. rifugiato ambientale.

⁸ IOM, *Republic of the Marshall Islands IOM Country Strategy 2017-2020* (Delap, Majuro, Republic of the Marshall Islands: 2017); Republic of the Marshall Islands, *Joint National Action Plan for Climate Change Adaptation and Disaster Risk Management 2014-2018*; C.D. STORLAZZI ET AL., 2017, *The Impact of Sea-Level Rise and Climate Change on Department of Defense Installations on Atolls in the Pacific Ocean (RC-2334)*: U.S. Geological Survey Administrative Report for the U.S. Department of Defense Strategic Environmental Research and Development.

⁹ UNHRC, *Climate Change and Statelessness: an Overview* (15 May 2009), 2; H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, LPPR/2010/01 (2010); J. MC ADAM (ed.), *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, 2012, spec. chap. 5: 'Disappearing States', *Statelessness, and Relocation*, pp. 119 e s.

¹⁰ Per un inquadramento più ampio della questione si consenta il rinvio a: M. CONSITO, *Il Patto globale per l'ambiente tra migranti climatici e rifugiati ambientali*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2019, pp. 409-426; v. anche I. RUGGIU, *Migrazioni per cause climatiche e impatti sulla sicurezza a livello locale*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e Diritti fondamentali*, Collane@unito.it, Torino, 2019, pp. 401 e s.

¹¹ Trib. Milano, sez. I, 31 marzo 2016.

¹² A. BERTI SUMAN, *Human rights violations in the ChevronTexaco case, Ecuador: Cultural genocide?*, (2017), 1 *Global Campus Human Rights Journal*, 259; S. BEHRMAN, A. KENT, *Climate refugees. Beyond the Legal Impasse?*, London, 2018; B. MAYER, C. CURNIL, *Climate Change, Migration and Human Rights: Towards Group-Specific Protection?*, in *Climate change and Human Rights. An International and Comparative Law Perspective* (eds. di O. Quirico, M. Boumghar), New York, 2015, p. 173.

Ma è forse ripartendo dalla solidarietà come dovere della persona, certo evocata nelle parole di Filippo Grandi ma ancor più forte come principio costituzionale, che può oggi tentarsi una prospettazione del diritto di asilo costituzionale come forma di protezione estesa non più solo allo straniero migrante perseguitato per il credo o per altra condizione strettamente personale (sesso, opinione politica, razza o etnia), quanto come colui che ha perso una patria ed è nell'impossibilità di trovarne una nuova poiché è «escluso dall'intera famiglia delle nazioni, dall'umanità¹³».

L'assunto, che sul fronte del diritto internazionale fonda il principio di *non refoulement*, trova oggi eco per la prima volta in una decisione del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite del 7 gennaio 2020¹⁴, che segna un punto di svolta stabilendo nuovi standard che potrebbero guidare quanti dovranno decidere di domande di asilo connesse al cambiamento climatico. Il Comitato ha infatti dichiarato che gli Stati non possono espellere le persone che si trovano ad affrontare condizioni indotte dal cambiamento climatico che violano il diritto alla vita: «*Thus, it appears that the State party has opened the door to accepting the legal concept of a climate change refugee in cases where an individual faces a risk of serious harm. For climate change refugees, the risk of serious harm arises from environmental factors indirectly caused by humans, rather than from violent acts*».

In sintesi, riprendendo quanto già espresso in più decisioni dalla Corte Edu in materia di diritto alla sicurezza (art. 5 CEDU), si misura la forza della democrazia proprio quando un pericolo imminente non induce uno Stato in trattamenti disumani, dimostrando così la forza della legalità.

¹³ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo. II. L'imperialismo*, Milano, 1978, pp. 406 s.

¹⁴ La decisione origina dal caso *Ioane Teitiota v the Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, CIV-2013-404- 3528 [2013] NZHC 3125 (26 November 2013), [11].

LA CITTÀ “CON GLI OCCHI DEGLI ALTRI”: L’INTEGRAZIONE NEGLI SPAZI TERRITORIALI

Emanuele Boscolo*

SOMMARIO: 1. Premessa: le politiche territoriali specchio delle (non) politiche per l’integrazione. – 2. Una mappa urbana dettata dai bisogni. – 3. La città pianificata e la città informale. – 4. Contesti urbani e contesti extraurbani. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa: le politiche territoriali specchio delle (non) politiche per l’integrazione*

Fernand Braudel ricordava che la migrazione rappresenta un elemento costitutivo della città europea: «la città cesserebbe di vivere se non si assicurasse un rifornimento costante di uomini nuovi»¹. La città “magnete” si è sempre evoluta per costanti apporti migratori (si potrebbe evocare in proposito l’immagine dei treni che negli anni del boom scaricavano i nuovi cittadini-operai del triangolo industriale)² ma nella stagione del presente questo fenomeno alimenta soprattutto paure e in ampi strati della società il discorso pubblico con accentuazioni securitarie si è radicalizzato attorno alla dicotomia carica di ripiegamenti identitari³ “noi” *vs.* “loro”⁴ e si è giunti a pensare che il governo dell’immigrazione riguardi essenzialmente il controllo delle frontiere. Le dimensioni statistiche, al di là di ogni enfaticizzazione, dovrebbero tuttavia indurre a considerare l’integrazione di etnie diverse come un fattore strutturale della contemporaneità, decisivo per le sorti e il funzionamento di ogni aggregato urbano: basterebbe ricordare che nel quartiere Aurora

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi dell’Insubria.

¹ F. BRAUDEL, *Civiltà materiale, economia e capitalismo e civiltà materiale*, Torino, 2006, p. 21.

² M. CALLARI GALLI, *Il futuro è urbano*, in *Scienze del territorio*, Firenze, 2015, p. 44.

³ Resta fondamentale per la fissazione dei temi che affioreranno nei decenni successivi C. LEVI-STRAUSS (a cura di), *L’identità. Séminaire interdisciplinaire dirigé par Claude Lévi-Strauss, professeur au Collège de France, 1974-1975*, Paris, 1977.

⁴ H. CAROLI CASAVOLA, *L’integrazione nella società pluralista e i migranti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, p. 383.

di Torino, ove si colloca il mercato multietnico di Porta Palazzo, oltre un terzo degli abitanti sono di origine non italiana⁵ e come la crisi demografica in cui versa il nostro Paese sia solo in parte contrastata dalle nascite da nuclei di origine non italiana⁶. Ma forse basterebbe salire su un autobus o guardarsi intorno nella sala d'attesa di un medico di base. I migranti (che peraltro sono una coorte tutt'altro che omogenea, insuscettibile di schematizzazioni omologanti) costituiscono dunque un soggetto sociale permanente, non arginabile, concentrato principalmente nei contesti urbani⁷ e non confinabile in recinti urbani (speculari a quelli delle selettive *gated communities*: ambienti resi sterili da ogni contatto con presenze e realtà *dirty, dangerous, demeaning*). Recinti che in qualche occasione non sono rimasti solo metaforici: è il caso, arcinoto, del muro di Via Anelli a Padova⁸. Le politiche dell'integrazione, almeno sul versante dell'organizzazione dello spazio urbano, dovrebbero uscire dalla dimensione emergenziale, come se il fenomeno potesse cessare grazie ad azioni mirate, asseritamente in grado di fronteggiare una spinta che è invece inarrestabile. Questo è l'alibi che consente di pensare alla città come se gli immigrati fossero dei soggetti "in transito" o, al più, dei *Gastarbeiter* (lavoratore ospite temporaneo, destinato al rientro in patria): ne deriva un vistoso disallineamento tra la città disegnata e la città agita, tra la città pianificata per i residenti e il dato "popolazionale" effettivo, fatto anche di presenze che non hanno voce nel dibattito pubblico e che l'amministrazione non considera destinatari delle decisioni sull'assetto urbano. Eppure questa popolazione "intrusa", solitamente impegnata in lavori precari e quindi più esposta alle crisi economiche, meno scolarizzata e con gravi difficoltà di accesso ai servizi di base, occupa gli spazi urbani abbandonati e rivendica anch'essa un diritto alla città (la cui concettualizzazione risalente ad H. Lefebvre andrebbe estesa in questa direzione⁹): il non considerarli, il relegarli ai margini (onde non alterare l'immagine di città in competizione con altre città) determina una evidente sub-ottimalità delle politiche territoriali. Ma, a

⁵ A. MELA, *Le disuguaglianze in città*, Bologna, 2017, p. 386.

⁶ M. LIVI BACCI, *All'Italia servono persone prima che braccia*, in *Limes*, 1016, p. 103.

⁷ Nei paesi OCSE il 66% dei migranti risiede in contesti urbani densamente abitati, contro il 58% dei nativi: OECD, *Working Together for Local Integration of Migrants and Refugees*, Paris, 2018: il fenomeno si spiega con facilità in quanto queste città offrono le migliori opportunità di accesso ai servizi pubblici e consentono di sviluppare una rete sociale di sostegno e di trovare un lavoro.

⁸ A. S. OMODEO, *Via Anelli a Padova. Ritorni e fughe*, in *La nuova città*, 2006, p. 348.

⁹ H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, Venezia, 1970.

ben vedere, questo è lo specchio, alla scala locale¹⁰, delle non scelte sul piano più generale delle politiche per l'integrazione¹¹ nelle diverse tipologie urbane (nella città "globali"¹² come nella provincia¹³) e nell'intera società italiana.

2. Una mappa urbana dettata dai bisogni

L'osservazione non superficiale della trama urbana mostra come i cambiamenti in atto siano tuttavia molto più profondi e capillarmente diffusi¹⁴. Le tensioni (a volte) violente per la contesa degli spazi hanno grande risalto. Non riempie invece i notiziari la circostanza che in ogni città luoghi anonimi, spazi che è arduo chiamare piazze, lacerti di verde (riconducibili al novero di quello che il paesaggista francese Gilles Clement ha definito il "terzo paesaggio"¹⁵) vengano occupati dalle comunità di immigrati, che ne fanno uso secondo codici e ritmi che possono risultare anche profondamente stranianti per i residenti. Sono solitamente luoghi "imperfetti", interstiziali, *junkspace*¹⁶ a volte collocati in posizioni centrali ma lasciati privi di attenzioni da parte dai comuni, lontani dall'immagine che le città in competizione tra loro vogliono proiettare. Questi luoghi vengono fatti rivivere senza un progetto e non per iniziativa pubblica, di volta in volta come spazio silenzioso in cui stuoli di badanti trascorrono le ore di libertà o come poli di una aggregazione più multicolore e rumorosa, in cui la

¹⁰ F. CORTESE, *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016.

¹¹ Per un quadro delle difficoltà che si riscontrano nelle politiche sovranazionali, M. SAVINO, *La chimera di Tempere*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 3.

¹² M. VILLA, *Le città globali e la sfida dell'integrazione*, Milano, 2018; M. AMBROSINI, *Governare città plurali. Politiche locali d'integrazione per gli immigrati in Europa*, Milano, 2012.

¹³ G.D. SOKOLL, *Rigenerazione urbana e accoglienza. Il ruolo del territorio*, in *Scienze del Territorio*, 2018, p. 223, con particolare riguardo all'esperienza, per molti versi esemplare, di Riace.

¹⁴ B. SECCHI, *La città dei ricchi e dei poveri*, Bari, 2018.

¹⁵ G. CLEMENT, *Manifeste du Tiers paysage*, Parigi, 2004. La Convenzione europea del paesaggio, firmata a Firenze nell'ottobre 2000, consente di distinguere un primo "strato" di beni paesaggistici di eccezionale valore estetico-formale, un secondo "strato" di paesaggi estesi (i paesaggi ordinario o "della vita quotidiana") e un terzo "strato" di beni e paesaggi degradati, da sottoporre ad azioni di recupero: mi permetto di rinviare sul punto a E. BOSCOLO, *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari*, in G. BOTTINO, M. CAFAGNO, F. MINAZZI (a cura di), *Contributi e riflessioni sui beni comuni*, Milano, 2016, p. 141.

¹⁶ REM KOOLHAAS, *Junkspace*, Macerata, 2006.

musica funge da efficace coesivo. In altri casi sono compendi produttivi dismessi, *brownfields* retaggio della produzione fordista¹⁷, che si trasformano abusivamente in poli di aggregazione, spazi di scambio e socialità, decisivi entro una geografia urbana che accanto alla città pianificata e ordinata è costretta a riconoscere il disegno informale ma non meno essenziale, con proprie regolarità spaziali e cicli temporali, di una città funzionale vissuta in maniere differenziate da comunità ancora lontane da una autentica integrazione ma già parte innegabile e costitutiva del tessuto sociale, particolarmente attive – sicuramente più delle popolazioni residenti – nel rimodellamento del mosaico urbano. È la città vista con i “loro” occhi, vissuta secondo i “loro” bisogni e (ri)disegnata attraverso le “loro” mappe di senso. Molto interessante l’esperienza condotta sul campo a Milano. I ricercatori hanno chiesto a cento immigrati di primo approdo di redigere su un foglio bianco la rispettiva mappa della città: ne è emersa una rappresentazione di polarità e traiettorie inattese; una città nascosta sotto la città, radicalmente diversa da quella dei residenti, sideralmente lontana da quella, patinata, dei turisti, in cui più dei monumenti e delle polarità oggettive risaltano *landmarks* soggettivi come centri d’accoglienza, sedi Caritas, spazi di micro-verde urbano (ove avviene la prima socializzazione) e poi la Questura e i commissariati, le stazioni, etc.¹⁸. È una mappa che la politica locale fatica a riconoscere anche in ragione dell’impopolarità del tema dell’integrazione¹⁹ e della incolmabile distanza di tale popolazione dal circuito elettorale. Una città che va osservata con strumenti conoscitivi adeguati²⁰, di cui spesso l’urbanistica ancora non pare disporre.

¹⁷ P. STELLA RICHTER, R. FERRARA, C.E. GALLO, C. VIDETTA (a cura di), *Recupero urbanistico e ambientale delle aree industriali dismesse*, Napoli, 2008. M. PASSALACQUA, T. FAVARO, *Rigenerare siti industriali dismessi attraverso un “sistema” giuridico incentivante*, in M. PASSALACQUA, A. FIORITTO, S. RUSCI (a cura di), *Ri-conoscere la rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, Santarcangelo di Romagna, 2018, p. 61; M. PASSALACQUA, *Politiche pubbliche e strumenti giuridici per rigenerazione e riuso di aree industriali dismesse*, in M. PASSALACQUA, B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields*, Torino, 2019, p. 3.

¹⁸ N. PEZZONI, *La città sradicata. Geografie dell’abitare contemporaneo. I migranti mappano Milano*, Milano, 2013.

¹⁹ A. CANCELLIERI, *Migranti e spazio urbano*, 2017, p. 402.

²⁰ Per delle imprescindibili avvertenze metodologiche, M. EVE, *Una sociologia degli altri e un’altra sociologia: la tradizione di studi sull’immigrazione*, in *Quaderni Storici*, 2001, p. 121 e, circa la difficoltà che la ricerca sociale incontra nell’andare oltre il tradizionale schema della “classe sociale” per privilegiare schemi multidimensionali, in cui assume un rilievo decisivo la cittadinanza, E. PAVOLINI, *Mettersi gli occhiali adeguati per studiare le diseguaglianze in Italia*, in *Stato e Mercato*, 2019, p. 117.

3. *La città pianificata e la città informale*

Si giustappongono quindi la città istituzionale, pianificata, e la città informale, usata. La realtà effettuale non corrisponde affatto al modello di città decisa da un'urbanistica che prefigura lo spazio urbano, lo dimensiona, localizza e progetta opere ancora secondo le formule tardo-razionaliste ipostatizzate dal d.m. n. 1444/1968 e da un pianificatore che compie tali operazioni sul calco della prima popolazione, quella dei residenti, rappresentati nel circuito politico municipale, e delle popolazioni turnarie dei pendolari e dei *city users* (moderni *flâneurs*, attratti dalle opportunità economiche e culturali)²¹. Si tratta di un modello di urbanistica e di uno schema decisionale che ignorano programmaticamente gli "invisibili", come se essi non esprimessero una domanda di spazi e servizi e non generassero un carico insediativo. Si può dunque parlare di "risemantizzazione" *unplanned* di molti spazi di scarto, di cui le politiche urbane tendono a non occuparsi, mentre l'urbanistica li etichetta semplicemente come ambiti degradati o sottoutilizzati²², nelle more dell'attivazione di interventi rigenerativi²³ per cui spesso fanno difetto le ri-

²¹ G. MARTINOTTI, *Metropoli. La nuova morfologia sociale della città*, Bologna, 1993; G. NUVOLATI, *Popolazioni in movimento, città in trasformazione*, Bologna, 2002.

²² A questo proposito meritano un cenno le norme della legislazione regionale che ha tracciato le coordinate dell'urbanistica rigenerativa e, tra di queste, le previsioni tipizzanti dell'art. 2 della legge regionale del Veneto n. 56/2017, tese ad indentificare distintamente e con precisione descrittiva le condizioni degli ambiti urbani degradati sui diversi fronti del degrado edilizio (patrimonio edilizio obsoleto, inutilizzato, etc.), del degrado urbanistico (impianto urbano incompleto, carenza di servizi, etc.), del degrado socio-economico (fenomeni di impoverimento economico o sociale o di emarginazione) e del degrado ambientale (inquinamenti, pregiudizio per la salute dei residenti, etc.). Gli indicatori sintomatici delle situazioni in cui ricorre una condizione deteriore da avversare mediante interventi di matrice rigenerativa (quindi con incidenza non solo sulla dimensione costruttiva ed urbanistica) accendono – per la prima volta con la necessaria puntualità – i riflettori su profili che travalicano la dimensione meramente fisica. Sulla legge veneta, S. DAL PRÀ, G. SARTORATO, A. CALEGARI (a cura di), *La nuova urbanistica veneta*, ANCE Veneto, Padova, 2018. Di "degrado cumulativo (sociale, urbanistico ed edilizio)" ha parlato F. INDOVINA, *Periferie 1, Organismi in evoluzione*, in *Equilibri*, 2006, p. 341.

²³ Sulla rigenerazione urbana integrata e il suo potenziale strategico per uno sviluppo urbano più intelligente, sostenibile e inclusivo nelle città europee, meglio nota come Dichiarazione di Toledo per lo sviluppo urbano, approvata nel corso della riunione ministeriale informale svoltasi a Toledo il 22 giugno 2010 v. R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2014, p. 237; P. URBANI, *La rigenerazio-*

sorse di innesco. Mentre servirebbero pratiche di ascolto e partecipazione (non solo assistenziali), pensate per le persone, si guarda solo alla maglia delle infrastrutture e al design urbano, senza peraltro riuscire a tradurre i programmi in concreti interventi (è notorio il fallimento della città pubblica). Si accentua nel frattanto il rischio che si coagolino ingombranti *énclaves* etniche e torna circolarmente ad essere forte la tendenza a considerare quelle situazioni alla stregua di altrettanti problemi di ordine pubblico, da affrontare con misure drastiche, destinate tuttavia all'insuccesso (si potrebbero ricordare i provvedimenti assunti per limitare il commercio nella zona di Via Paolo Sarpi, nella "chinatown" milanese).

4. *Contesti urbani e contesti extraurbani*

Quando invece accade che interi pezzi di città debole (quadranti che hanno perso la sfida del rinnovamento per incapacità di catalizzare funzioni attrattive e hanno visto dissiparsi il rispettivo capitale spaziale originariamente in grado di produrre risorse materiali e simboliche) vengono progressivamente acquisiti da soggetti di varie provenienze che riescono a stabilizzarsi²⁴, ogni intenzionalità urbanistica deve essere abbandonata e si comprende ruvidamente che ambiziosi programmi di rinnovamento (i piani urbanistici, le nostre "tigri di carta", come li definiva Giovanni Astengo)²⁵ sono destinati a rimanere ottativi. Ma a quel punto l'amministrazione non ha più di fronte a sé degli "invisibili": si palesano nuovi abitanti che rivendicano (con poche possibilità di ottenere ascolto) la localizzazione efficiente di piattaforme erogative di servizi di *welfare*²⁶ e sovente anche di spazi per la preghiera (e di

ne urbana: la posizione del giurista, in www.astridonline.it; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018; M. PASSALACQUA, A. FIORITTO, S. RUSCI (a cura di), *Ri-conoscere la rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, Santarcangelo di Romagna, 2018; F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017; E. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017; P. GALLUZZI, P. VITILLO, *Città contemporanea e rigenerazione urbana. Temi, azioni, strumenti*, in *Equilibri*, 2018, p. 125.

²⁴ D. DI CESARE, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, 2017.

²⁵ G. ASTENGO, "Le nostre tigri di carta", in *Urbanistica*, 1969, p. 55.

²⁶ S. CASSESE, *I diritti sociali degli "altri"*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2016, p. 5.

cimiteri), la cui mancata previsione genera contenziosi che mettono a nudo il limite intrinseco dell'urbanistica "del contenimento" (su quest'ultimo tema, è emblematica la vicenda delle previsioni urbanistiche sostanzialmente preclusive rispetto all'insediamento di strutture religiose islamiche in Lombardia, ben riassunta nella sentenza della Corte costituzionale 5 dicembre 2019, n. 254²⁷, ma si potrebbero ricordare anche la lunga teoria di provvedimenti tesi a limitare talune forme di commercio o di somministrazione vistosamente "etniche" e l'attribuzione ai sindaci di poteri straordinari in materia di "decoro" urbano²⁸).

Quando invece la rigenerazione urbana trova faticosamente attuazione, secondo le modalità definite da alcune leggi regionali²⁹, peraltro solo in alcune città più attrattive e solo in alcuni quadranti, con conseguente aumento delle disuguaglianze marginalizzanti tra città e dentro le città, il rinnovamento si orienta in direzione delle funzioni a maggior redditività e, anche quando si parla di *housing* sociale, i tagli abitativi e le condizioni di accesso non sono abordabili per popolazioni a basso (e precario) reddito. Le coorti multietniche che si erano "appropriate" informalmente di questi spazi vengono quindi sospinte nuovamente ai margini (è la nuova *gentrification*)³⁰, verso periferie dove vive una gran parte della popolazione cittadina. Periferie che incarnano il catalogo dei fallimenti dell'urbanistica razionalista, tra programmi di ERP lasciati privi di infrastrutture e connessioni (è il caso, molto studiato, dello ZEN palermitano), gigantismi e suggestioni riprese dall'idea-manifesto dell'*Unité d'habitation* (il Corviale è solo l'esempio più eclatante, ma l'elenco si potrebbe estendere al CEP a Genova Prà e alle Lavatrici a Pegli, alle Vele a Scampia, al Librino a Catania e a via Selinunte a Milano)³¹. Luoghi privi di

²⁷ Il tema è affrontato analiticamente da A. TRAVI, *Libertà di culto e poteri pubblici: l'edilizia di culto oggi*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 2018, p. 12, e da A. ROCCELLA, *Problemi attuali dell'edilizia di culto*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 2018, p. 22.

²⁸ C. VIDETTA, *Il decoro urbano come ambito di applicazione della sicurezza urbana*, in *Munus*, 2016, p. 361.

²⁹ G. GUZZARDO, *La rigenerazione urbana*, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *Verso leggi regionali di quarta generazione*, Milano, 2019.

³⁰ G. SEMI, *Gentrification*, Bologna, 2015.

³¹ Per rispondere al disperato bisogno di abitazioni, negli anni Settanta si sono quindi sviluppati progetti visionari e realizzate "astronavi" fuori scala. Si cercava in tal modo di superare attraverso densificazioni il modello insediativo "orizzontale", responsabile della creazione di quartieri-dormitorio: si progettavano microcosmi, frammenti urbani autosufficienti disposti entro strutture edilizie unitarie. Involucri programmaticamente avulsi dalle città, privi del lirismo della "macchina per abitare" marsigliese, che sulla carta avrebbero dovuto contenere an-

urbanità, secondo la definizione del Consiglio d'Europa (Consiglio d'Europa, Camera dei poteri locali, *Carta urbana europea II. Manifesto per una nuova urbanità*)³², i cui abitanti sono costretti ad una inaccettabile – e spesso insuperabile – marginalità territoriale (sono gli *slechte adresse*: i cattivi indirizzi che fanno scattare un dispositivo di etichettamento negativo). Nelle molte e varie periferie, non solo delle grandi città, si innesca così un conflitto molto serrato tra chi rivendica spazi di sopravvivenza e si annida in occupazioni abusive e gli italiani costretti a vivere come barricati, abbandonati da uno Stato che aveva promesso una abitazione e servizi di quartiere e oggi non riesce a garantire neppure un minimo di sicurezza. È il conflitto latente tra due povertà: quella di chi arriva e quella di chi non riesce neppure a scappare. Le periferie che potrebbero costituire il territorio ecotonale della contaminazione e del consolidamento di nuovi valori civici rappresentano invece l'ambito più difficile, in cui il conflitto può incendiarsi in ogni momento. Le periferie restano dunque luoghi monofunzionali che denunciano innanzitutto la crisi delle politiche abitative pubbliche (la casa come servizio costituisce un miraggio per molti) e tale dato non è stato in alcun modo scalfito neppure dai recenti interventi governativi straordinari (D.p.c.m. 25 maggio 2016), orientati primariamente – secondo una “ricetta” tradizionale – a finanziare interventi infrastrutturali e distanti invece dall'orizzonte dell'intervento sociale³³. Impossibile quindi fare di questi territori gli spazi dell'integrazione.

Spesso i migranti sono costretti dalle logiche economiche (dal mercato degli affitti alla difficoltà ad accedere ai servizi pubblici) a spostarsi – è la “seconda migrazione” – nei comuni delle cinture urbane per continuare a

che ampi spazi comuni attrezzati, simbiotici alle residenze. Anche nell'immaginario collettivo, sono le periferie al limite dell'irrecuperabile. La riprova delle difficoltà a volte insormontabili che incontra l'azione di recupero è rappresentata dall'esempio delle Vele di Scampia, oggetto – dopo la vanificazione di ogni altro tentativo – di un programma di abbattimento parziale. Un segnale positivo, in controtendenza, viene invece dall'avvio dei lavori del progetto “Km Verde” al Corviale.

³² Discussa e approvata dalla Camera dei poteri locali il 28 maggio 2008 e adottata dal Congresso il 29 maggio 2008, 3° seduta, in *www.coe.int*.

³³ Cfr. Corte dei Conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Deliberazione n. 13/2019/G sul Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia ed il piano nazionale per la riqualificazione sociale e culturale delle aree urbane degradate deliberazione, ove sono espressi giudizi severi circa l'efficacia dell'azione conseguente a bandi pubblicati *una tantum*.

vivere la città come pendolari quotidiani. Questi comuni, scarsamente attrezzati, e in costante deficit di risorse, devono quindi fronteggiare con le proprie strutture amministrative le complesse problematiche che pongono le nuove famiglie che si ricompongono per effetto dei ricongiungimenti (nelle quali mancano le figure dei nonni, con gravi difficoltà per le madri-lavoratrici). Sono questi i comuni in cui le scuole fanno registrare il più alto tasso di multietnicità, in carenza di adeguati supporti di inserimento.

In alcuni contesti i flussi si ridistribuiscono in comunità più piccole (e meno chiuse), con scorrimenti di nuclei anche molto numerosi che dalle città di primo approdo si spostano dopo qualche anno, spesso dopo avere regolarizzato la loro condizione, verso aree in cui il tessuto sociale si presenta meno ostile e il sistema economico lascia intravedere qualche opportunità per chi è fortemente disposto all'adattamento³⁴. Grazie alle condizioni di un mercato immobiliare locale in caduta, questi soggetti riescono con maggior facilità ad accedere alla proprietà dell'immobile che occupano. Si tratta sovente di Paesi delle cd. "aree interne", in cui le nuove coorti avversano la marcata e altrimenti ineluttabile tendenza allo spopolamento³⁵. Qui accade che interi tessuti storici, anche di una qualche rilevanza testimoniale, vengano occupati dai nuovi residenti, con parcellizzazione delle unità immobiliari, spesso a dispetto degli elementi architettonici connotativi (non oggetto di vincoli specifici) e delle norme pianificatorie di conservazione (il tasso di microabusivismo si fa elevato: è la nuova forma di abusivismo di necessità). In queste realtà – in questi cortili – si creano mescolanze sociali spesso non condite da ostilità. Emergono anche nuovi bisogni che dovrebbero indurre a non privare questi territori dell'Italia "profonda" dei fondamentali presidi erogativi (la chiusura di molti ospedali periferici andrebbe ripensata così come il trasporto pubblico locale ritrova una nuova utenza in condizione di dipendenza dalla qualità dei collegamenti)³⁶. Qui si sviluppa maggiormente la "catena migratoria", con attrazione di altri componenti dei nuclei familiari e comunitari e qui è necessario un rilancio delle politiche infrastrutturali e sociali pubbliche, mentre il registro securitario è forse già receduto sullo sfondo.

³⁴ M. BALBO, *Migrazioni e piccoli comuni*, Milano, 2015. H. CAROLI CASAVOLA, *L'integrazione nella società pluralista*, cit., p. 398 ss. ha dato conto di come in una serie di piccoli centri molisani (Ripabottoni, Oratino, etc.) si siano registrate esperienze positive di autentica integrazione.

³⁵ A. DE ROSSI (a cura di), *Riabitare l'Italia. Le aree interne tra abbandoni e riconquiste*, Roma, 2018.

³⁶ Nel 2012 è stata avviata, dall'allora Ministro per la Coesione, l'elaborazione di una Strategia nazionale per lo sviluppo delle aree interne.

Vi è poi da considerare quanto accade nel mondo agricolo. I fenomeni sono due e quasi opposti tra loro. Da un lato, nelle campagne fruttortaggicole si registrano condizioni di sfruttamento e di sostanziale caporalato: è la nuova schiavitù da piantagione e da raccolta, con spostamenti da un luogo all'altro in coincidenza con le diverse fasi del ciclo stagionale³⁷. Dall'altro, in montagna, dove l'agricoltura e l'allevamento sono più poveri e più duri, nella montagna lontana dei flussi turistici degli sport invernali, l'integrazione è più facile e ben riuscita. Qui si registra una autentica sostituzione di popolazioni, con migranti ormai stabilizzati che – grazie alla loro propensione al lavoro – si sono perfettamente integrati nelle filiere produttive e in qualche caso divengono anche titolari di piccole imprese agropastorali (con una formula tanto urticante quanto efficacemente descrittiva si parla di «pastori a colori»³⁸).

Il quadro che emerge dall'analisi sostantiva delle dimensioni spaziali del processo di integrazione sembra indicare una profonda inadeguatezza degli strumenti dell'urbanistica con cui si ridisegna lo spazio urbano, commettendo peraltro l'errore di applicare gli stessi schemi ad una grande città e ad un comune montano. Non è detto che servano piani. In Francia, a valle della legge di orientamento e di programmazione per la città e il rinnovamento urbano (legge n. 710/2003), si è adottato un programma nazionale di rinnovamento urbano (PNRU) che per il periodo 2004-2008 prevedeva la creazione di 200.000 nuovi alloggi sociali e la riabilitazione di altri 200.000 e si è costituita un'apposita agenzia nazionale per il rinnovamento urbano e, soprattutto, si sono sottoscritti oltre quattrocento contratti urbani di coesione sociale. In Italia mancano quindi politiche che dovrebbero necessariamente differenziarsi per le città (le stesse città metropolitane, al netto del riconoscimento di *status* per effetto della legge 7 aprile 2014, n. 56 (cd. legge Del Rio), non sono attributarie di prerogative speciali né assegnatarie di fondi straordinari e stanno faticosamente redigendo – ancora una volta – unicamente dei piani territoriali, denominati Piani Territoriali Metropolitan, per le aree interne (per le quali la legge n. 158/2017 prevede specifiche misure che dovrebbero integrarsi con le azioni previste dalla Strategia nazionale per le aree interne³⁹) e per i quadranti montani. Politiche che dovrebbero prendere necessariamente le mosse da una dettagliata analisi della composizione del dato “popolazione” e dei bisogni

³⁷ C. SPINELLI, *Immigrazione e mercato del lavoro: lo sfruttamento dei migranti economici. Focus sul lavoro agricolo*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2020, p. 126.

³⁸ M. NORI, *Pastori a colori*, in *AgriregioniEuropa*, 2019, p. 11.

³⁹ D. LUISS, M. NORI, *Gli immigrati nella Strategia aree interne*, in *Dislivelli*, 2016, p. 13.

'localizzati' che ciascuna coorte esprime. Un tale censimento della domanda di urbanità e di servizi farebbe emergere nitidamente le diverse rappresentazioni dello spazio urbano che ciascuna comunità insediata è incline ad esprimere e consentirebbe di dare voce anche alle nuove popolazioni che oggi sono completamente pretermesse dalle traiettorie decisionali. Sarebbe un significativo passo in avanti, peraltro fortemente raccomandato anche dalle Agende urbane sovranazionali (Agenda urbana ONU, adottata a Quito, nell'ottobre 2016 e Agenda urbana europea, c.d. "Patto di Amsterdam")⁴⁰, in direzione di una effettiva integrazione di popolazioni che non sono affatto in transito e rivendicano un diritto alla città che per esse assume sfaccettature non differenti da quelle delle altre popolazioni urbane deboli (la discriminante è quindi socio-economica non più solo etnica). Soggetti di cui il governo del territorio pare non riuscire ancora ad accorgersi, se non per confinarli in una condizione difettiva di abitanti senza diritti. Il prezzo che si paga a causa di questo ritardo nell'aggiornamento degli strumenti di analisi e di intervento è l'asimmetria tra un qualunque progetto di città che si continua a disegnare empiricamente e lo spaccato sociale reale a cui deve essere applicato. Questi piani non potranno quindi mai funzionare, finendo per acuire i problemi e condannare alla marginalità territoriale (e quindi sociale) anche coloro che ormai sono cittadini, non più migranti come ci ostiniamo invece a definirli nel tentativo di continuare a considerarli presenze non permanenti.

5. Conclusioni

La condizione dei migranti nel contesto urbano costituisce invece una lastra fotografica in negativo delle condizioni di vita nelle nostre periferie e nelle diverse situazioni territoriali⁴¹, alla quale dovremmo guardare come un indicatore fondamentale, rivelatore del grave insuccesso delle politiche urbane. E, nel frattempo, le politiche per l'immigrazione dovrebbero cessare di essere considerate un rimedio a un'emergenza transitoria⁴². Dentro le politi-

⁴⁰ S. OMBUEN, C. CALVARESI, C. FIORETTI, D. DE LEO, *Oltre le periferie: verso una strategia nazionale per la rigenerazione urbana*, in Urban@it, *Secondo Rapporto sulle città. Le agende urbane delle città italiane*, Bologna, 2017, p. 214.

⁴¹ G. LAINO, *La città, i migranti e la questione della cittadinanza*, in Urban@it, *Secondo Rapporto sulle città. Le agende urbane delle città italiane*, Bologna, 2017, p. 243.

⁴² F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, p. 435.

che per l'immigrazione vi sarebbe a quel punto posto anche per una diversa visione delle città come spazio privilegiato di integrazione e non come luogo di conflitto. Le politiche urbane e territoriali dovrebbero quindi divenire il terreno per sperimentare un "altro diritto" dell'integrazione⁴³, a vantaggio dell'intera collettività, a partire da una concezione degli abitanti maggiormente "intersezionalista", che ci porti a considerare le persone come portatrici di soggettività plurime: una immigrata è innanzitutto una donna, una madre, una lavoratrice, etc. Un immigrato è un lavoratore (precario), un giovane, un padre, etc. Quindi l'urbanista e l'amministratore locale non hanno di fronte a sé solo degli immigrati ma degli utenti urbani, con una gamma molteplice di bisogni (abitativi, sanitari, educativi, di trasporto, ricreativi, sportivi, etc.). Quando ci si interroga su come integrare nel tessuto urbano, ad esempio, dei mussulmani o una comunità cinese dovremmo ricordare che le popolazioni non sono composte da soggetti che si prestano a etichette omologanti in grado di suggerire una strategia univoca. Si integrano persone con le loro differenze e soggettività molteplici: la città plurale non può quindi essere immaginata come un mosaico di popolazioni alle quali assegnare spazi riservati (e ghezzanti). Non si tratta di "fare posto" ai migranti ma di ricostruire le città come luoghi in cui ogni sfaccettatura dell'esistenza di ciascun abitante possa essere vissuta in spazi adeguati e con disponibilità effettiva delle necessarie strutture erogative. Di ciascun abitante, senza pregiudiziali aggettivazioni razziali o di provenienza, perché il disagio, la marginalità territoriale, i "mali" urbani – come è oramai chiaro – non toccano solo gli immigrati (la cui condizione di disagio è solo più scomodamente visibile, almeno per chi non voglia ignorarla). E la "cura" può essere solo un ripensamento radicale degli strumenti dell'urbanistica e delle agende urbane per l'intera città. In questo la condizione degli immigrati ci sollecita a riprendere il discorso più generale sui bisogni e sulla capacità delle amministrazioni di intercettarli e di organizzare, secondo gli imperativi del tempo presente, il territorio in maniera efficiente, sostenibile e – non dimentichiamo – inclusiva.

⁴³ Parafrasando il titolo di un intervento fortemente critico rispetto al più recente orientamento legislativo di A. TRAVI, *Le nuove leggi sui migranti e l'altro diritto*, in *Diritto pubblico*, 2019, p. 675.

L'ISCRIZIONE ANAGRAFICA DEI RICHIEDENTI ASILO. VERSO UN "DIRITTO ALLA CITTÀ"?

Cristiana Lauri*

SOMMARIO: 1. Le ordinanze di rimessione. – 2. Il contrasto interpretativo. – 3. La violazione dell'art. 3 Cost. – 4. La portata dell'iscrizione anagrafica. – 5. La dimensione urbana dell'iscrizione anagrafica. – 6. La nuova disciplina dell'iscrizione anagrafica. Un passo verso l'effettività di un "diritto alla città"?

1. *Le ordinanze di rimessione*

La questione alla base della sentenza della Corte Costituzionale n. 186/2020 in commento origina dai ricorsi proposti dinanzi ai Tribunali ordinari di Milano, Ancona e Salerno da parte di stranieri richiedenti asilo cui era stata negata l'iscrizione anagrafica.

I Tribunali rimettenti hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142 (Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale), introdotto dall'art. 13, comma 1, lettera a), numero 2), del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, con legge 1° dicembre 2018, n. 132¹.

* Professoressa a contratto di Istituzioni di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Macerata.

¹ Su profili analoghi già Corte cost., sent. del 20 giugno 2019, nn. 194 e 195 aveva dichiarato inammissibile la questione in via principale. Cfr. D. TEGA, *I ricorsi regionali contro il decreto sicurezza: la ridondanza dalla difesa delle competenze allo scontro sui diritti*, in Quad. cost., 2019, 413 ss.; C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in Forum Quad. cost. - Rassegna, 2019, n. 9; G. CONTI, *Troppo presto per giudicare...ma*

Nelle ordinanze di rimessione dei giudici *a quo* veniva prospettata la violazione complessivamente degli artt. 2, 3, 10, 16, 77, secondo comma, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 14 della CEDU, all'art. 2, par. 1, del Protocollo n. 4 della CEDU, nonché in riferimento agli artt. 12 e 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966.

La questione, impostata richiamando i concetti di "identificazione" e "appartenenza" alla comunità, ove letta alla luce dei percorsi di integrazione dei richiedenti asilo nei contesti urbani, suscita una primissima riflessione sulla portata dell'iscrizione anagrafica rispetto alla predicabilità di un c.d. "diritto alla città".

2. *Il contrasto interpretativo*

Con la decisione in commento la Corte ha accolto le questioni prospettate dai rimettenti, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1-*bis*, sopra richiamato. Il significato della disposizione censurata², va letto all'interno del quadro normativo che regola l'iscrizione anagrafica, nonché nell'ambito delle novelle legislative introdotte dai c.d. "Decreti sicurezza".

In particolare, l'art. 13 del d.l. n. 113 del 2018 aveva apportato una serie di modifiche agli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 142 del 2015. Il nuovo testo prevede che «Il permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera c), del DPR 28 dicembre 2000, n. 445» (art. 4, c. 1) e che «Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del DPR 30 maggio

con qualche premessa interpretativa generale. I ricorsi in via principale di cinque regioni contro il c.d. "decreto sicurezza e immigrazione" (sent. n. 194/2019), in Forum Quad. cost. - Rassegna, 2019, n. 9.

² Per un'analisi della sentenza, in dottrina, cfr. S. ROSSI, *Declinazioni della dignità sociale. L'iscrizione anagrafica nella sentenza n. 186/2020 della Corte*, in *Federalismi*, 2020, n. 26, p. 160; N. CANZIAN, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo la sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, 1, p. 49 ss.; F.V. VIRZÌ, *La funzione dell'iscrizione anagrafica nella sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2020*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 2, p. 213 ss.. In tema v. E. GARGIULO, A. MAIORCA, *Gli stranieri di fronte al diritto di iscrizione anagrafica*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA, *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Franco Angeli, 2017, 123.

1989, n. 223, e dell'articolo 6, comma 7, del d.l. 25 luglio 1998, n. 286» (art. 4, c. 1 *bis*); «L'accesso ai servizi previsti dal presente decreto e a quelli comunque erogati sul territorio ai sensi delle norme vigenti è assicurato nel luogo di domicilio individuato ai sensi dei commi 1 e 2» (art. 5, c. 3); «le parole “un luogo di residenza” sono sostituite dalle seguenti: “un luogo di domicilio” (art. 5, c. 4)». Veniva inoltre abrogato il successivo art. 5-*bis*, regime “semplificato” secondo il quale «Il richiedente protezione internazionale ospitato nei centri di cui agli articoli 9, 11 e 14 è iscritto nell'anagrafe della popolazione residente ai sensi dell'articolo 5 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, ove non iscritto individualmente» (c. 1).

Gli interpreti sono stati chiamati a coordinare tali previsioni con la regola generale stabilita dall'art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo cui: «Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione [...]».

A fronte del comma 1-*bis* della novella, infatti, le amministrazioni hanno reagito in maniera piuttosto frammentaria: talora continuando ad iscrivere all'anagrafe i richiedenti asilo, talora negando l'iscrizione. A seguito dei dinieghi, alcuni richiedenti asilo hanno dunque adito i tribunali al fine di censurare la norma.

La disposizione ha tuttavia prestato il fianco a due opposte interpretazioni giurisprudenziali.

Una prima opzione³, facendo leva sull'asserita ambiguità del dato letterale (e in particolare sulla formula «non costituisce titolo»), escludeva che l'art.

³ Sostenuta, tra i primi, da: Tribunale di Firenze, sez. IV civile, ordinanza del 18 marzo 2019; Tribunale di Bologna, protezione internazionale civile, ordinanza del 2 maggio 2019; Tribunale di Genova, sez. XI civile, ordinanza del 20 maggio 2019; Tribunale di Firenze, sezione specializzata per l'immigrazione, la protezione internazionale e la libera circolazione dei cittadini UE, ordinanza del 27 maggio 2019; Tribunale di Lecce, sez. I civile, ordinanza del 4 luglio 2019; Tribunale di Parma, sez. I civile, ordinanza del 2 agosto 2019; Tribunale di Bologna, sezione specializzata per l'immigrazione, la protezione internazionale e la libera circolazione dei cittadini UE, ordinanza del 23 settembre 2019; Tribunale di Firenze, sez. IV civile, ordinanza del 22 novembre 2019; Tribunale di Roma, sezione diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 25 novembre 2019. In dottrina cfr. A.M. CECERE, *Le iscrizioni anagrafiche per gli stranieri richiedenti protezione internazionale dopo il d.l. n. 113 del 2018, cd. Decreto Salvini. Quando il legislatore demagogicamente orientato disorienta l'amministrazione pubblica*, in *federalismi.it*, 2019, n. 3.

13 del d.l. n. 113 del 2018 impedisse l'iscrizione anagrafica, dovendosi piuttosto ritenere che esso si limitasse a precisare che il possesso del solo permesso di soggiorno per richiesta di asilo non fosse sufficiente per ottenere l'iscrizione all'anagrafe.

In particolare, i passaggi fondamentali di questo percorso interpretativo, richiamati dalla Corte, sono i seguenti: la norma non contiene un divieto esplicito di iscrizione anagrafica; nell'ordinamento non si rinvencono documenti che «costituiscono titolo» per l'iscrizione anagrafica; tale iscrizione è, piuttosto, l'esito di un procedimento amministrativo diretto ad accertare una situazione di fatto; esiste un diritto soggettivo all'iscrizione anagrafica⁴; il diritto all'iscrizione anagrafica è esercitato attraverso una dichiarazione dell'interessato all'ufficiale di stato civile, con cui si dà atto della propria permanenza in un certo luogo e dell'intenzione di abitarvi stabilmente.

Diversa interpretazione veniva invece sostenuta dai giudici rimettenti, secondo i quali la disposizione censurata precludeva l'iscrizione anagrafica degli stranieri richiedenti asilo⁵.

Significativo in tal senso, il dato letterale delle disposizioni introdotte con l'art. 13 del d.l. n. 113 del 2018, che puntavano a sostituire il riferimento al luogo di residenza con quello al luogo di domicilio e di conseguenza abrogavano la stessa previsione dell'iscrizione anagrafica (art. 5-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 142 del 2015); modifica, quest'ultima, che sarebbe stata priva di senso se la disposizione censurata avesse solo inteso abrogare la modalità semplificata di iscrizione anagrafica, facendo «riespandere» la modalità ordinaria (come sostenuto dall'orientamento precedentemente descritto).

Anche la lettura sistematica della disposizione censurata pare confermare questa interpretazione. La nuova norma sarebbe una deroga rispetto alla regola generale di cui al richiamato art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998. Inoltre, avere previsto che «[i]l permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento [...]» (art. 13, comma 1, lettera a, numero 1) si spiega

⁴ Disciplinato dall'art. 1 del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 (Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente).

⁵ Tale lettura risulta supportata dalla lettera delle relazioni illustrative del d.l. e del d.d.l., dalle audizioni rese in fase di conversione, nonché da alcune circolari diramate dal Ministero dell'interno dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018. In dottrina v. S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi*, 2018, n. 22; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Residenza, dimora, domicilio e condizione alloggiativa nella disciplina del permesso di soggiorno*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, n. 1, p. 31 ss.

solo considerando che i richiedenti asilo non possono ottenere la carta d'identità, che presuppone la residenza anagrafica. Analogamente, le disposizioni di cui all'art. 13, comma 1, lettera b), numeri 1) e 2), del d.l. n. 113 del 2018, sostituendo il «luogo di residenza» con quello di domicilio come luogo di erogazione dei servizi, confermerebbero l'intento del legislatore di escludere i richiedenti asilo dal riconoscimento giuridico della dimora abituale operato per il tramite dell'iscrizione anagrafica.

3. La violazione dell'art. 3 Cost.

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate da tutti i rimettenti in riferimento all'art. 3 Cost. costituiscono il cuore della decisione della Corte. Due sono i punti nodali dell'argomentazione.

In primo luogo, coerentemente con l'orientamento sopra delineato, la Corte giudica meritevoli di accoglimento le doglianze prospettate per l'irrazionalità intrinseca della disposizione censurata, in ragione della sua incoerenza rispetto alle finalità perseguite dal d.l. n. 113 del 2018. La novella introdurrebbe sostanzialmente una deroga, priva dei «requisiti di razionalità e ragionevolezza», alla disciplina generale dell'art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998, in contrasto con l'art. 3 Cost.

Ed infatti, ciò appare sproporzionato se raffrontato con la ratio della riforma di cui allo stesso Decreto Sicurezza, al cui interno si colloca la disposizione censurata, in quanto «a dispetto del dichiarato obiettivo dell'intervento normativo di aumentare il livello di sicurezza pubblica, la norma in esame, impedendo l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, finisce con il limitare le capacità di controllo e monitoraggio dell'autorità pubblica sulla popolazione effettivamente residente sul suo territorio, escludendo da essa una categoria di persone, gli stranieri richiedenti asilo, regolarmente soggiornanti nel territorio italiano. E ciò senza che questa esclusione possa ragionevolmente giustificarsi alla luce degli obblighi di registrazione della popolazione residente».

In secondo luogo la Corte ritiene meritevoli di accoglimento le censure prospettate per l'irragionevole disparità di trattamento che la norma determina tra stranieri richiedenti asilo e altre categorie di stranieri legalmente soggiornanti nel territorio statale, oltre che con i cittadini italiani, richiamando la giurisprudenza con cui lo stesso collegio ha stabilito l'estensione del

principio di eguaglianza per lo straniero nel rispettare i diritti fondamentali⁶ e la tollerabilità di trattamenti diversi nella particolarità delle “situazioni concrete” soltanto entro il limite della ragionevolezza⁷. Negando l’iscrizione anagrafica a coloro che hanno la dimora abituale nel territorio italiano, la norma riserva infatti un “trattamento differenziato e indubbiamente peggiorativo” a una particolare categoria di stranieri in assenza di una ragionevole giustificazione⁸. A ciò la Corte aggiunge che, in ragione della portata e delle conseguenze anche in termini di stigma sociale dell’esclusione prevista dalla norma censurata, la lesione dell’art. 3, c. 1, Cost. assume in questo contesto la specifica valenza di lesione della connessa «pari dignità sociale».

4. *La portata dell’iscrizione anagrafica*

Sebbene la stessa Corte riconosca che le Amministrazioni interessate da una forte presenza di richiedenti asilo siano gravate da un onere ulteriore connesso al disbrigo delle pratiche relative alla registrazione anagrafica, risulta ingiustificata «la “sottrazione” di una categoria di soggetti alla “presa d’atto” formale della presenza (qualificata in termini di dimora abituale) di una persona; “presa d’atto” nella quale si sostanzia l’iscrizione anagrafica».

L’impossibilità di ottenere la carta d’identità lungi dall’essere un fatto meramente simbolico, come ben evidenziato dalla Corte, determina infatti ricadute pratiche significative.

In primo luogo, l’esigenza di registrazione amministrativa della popolazione residente costituisce il presupposto necessario per l’adeguato esercizio di tutte le funzioni affidate alla pubblica amministrazione – sicurezza e ordine pubblico, sanità, regolazione e controllo degli insediamenti abitativi, erogazione di servizi pubblici –. L’esclusione dalla registrazione anagrafica di persone che effettivamente risiedono sul territorio comunale accresce i problemi connessi al monitoraggio degli stranieri che soggiornano regolar-

⁶ Corte Cost., sentenza n. 120 del 1967; sentenza n. 432 del 2005.

⁷ Corte Cost., sentenza n. 104 del 1969; sentenze n. 144 del 1970, n. 177 e n. 244 del 1974, n. 62 del 1994, n. 245 del 2011; ordinanze n. 503 del 1987, n. 490 del 1988.

⁸ Corte Cost., sentenza n. 104 del 1969; sentenza n. 249 del 2010; analogamente, *ex multis*, sentenze n. 166 del 2018, n. 230, n. 119 e n. 22 del 2015, n. 309, n. 202, n. 172, n. 40 e n. 2 del 2013, n. 172 del 2012, n. 245 e n. 61 del 2011, n. 187 del 2010, n. 306 e n. 148 del 2008, n. 324 del 2006, n. 432 del 2005, n. 252 e n. 105 del 2001, n. 203 del 1997, n. 62 del 1994, n. 54 del 1979, n. 244 e n. 177 del 1974, n. 144 del 1970, n. 104 del 1969, n. 120 del 1967.

mente nel territorio statale anche per lungo tempo, in attesa della decisione sulla loro richiesta di asilo, pregiudicando di fatto anche l'esercizio delle funzioni amministrative che su quei dati dovrebbero basare la propria azione.

Lo stesso vale del resto per i servizi erogati da soggetti privati – banche, assicurazioni, agenzie immobiliari – per i servizi afferenti all'istruzione (scuola, nidi d'infanzia) e alla formazione, anche professionale, ai tirocini formativi, alle misure di welfare locale (comunale e regionale), all'iscrizione ai centri per l'impiego, all'apertura di conti correnti presso le banche o le Poste italiane, etc⁹.

In secondo luogo, il diniego di iscrizione anagrafica sottrae i richiedenti asilo alla diretta conoscibilità da parte dei comuni della loro permanenza sul territorio, stante l'obbligo di comunicare il proprio domicilio solo alla questura competente (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 142 del 2015). Ciò può generare storture nel sistema a seguito dell'informatizzazione di dati e procedure e costituisce una lacuna conoscitiva significativa se si pensa che il permesso di soggiorno ha durata di sei mesi ed è rinnovabile «fino alla decisione della domanda o comunque per il tempo in cui il suo destinatario è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale» (art. 4 del d.lgs. n. 142 del 2015) e che, nella stragrande maggioranza dei casi, il periodo complessivo di permanenza dei richiedenti asilo nel nostro Paese risulta essere di almeno un anno e mezzo in ragione dei tempi di decisione sulle domande.

In terzo luogo, si osserva che la necessità di un controllo e di un monitoraggio della residenza sul territorio degli stranieri richiedenti asilo rileva anche a fini sanitari. Sulla base dell'anagrafe dei residenti il comune può avere contezza delle effettive presenze sul suo territorio ed essere in condizione di esercitare in maniera adeguata le funzioni attribuite al sindaco dall'art. 32 della L. 23 dicembre 1978, n. 833. Il punto è senz'altro di primo piano nell'attuale momento storico relativamente alle operazioni di monitoraggio su base locale della diffusione della pandemia da Covid-19¹⁰.

⁹ D. CONSOLI, N. ZORZELLA, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi sociali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, in *Questione Giustizia*, 8 gennaio 2019.

¹⁰ Ulteriori considerazioni potrebbero inoltre riguardare l'esercizio delle risposte governative alla pandemia, ivi incluse le scelte inerenti le strategie vaccinali e le loro ricadute in termini di giustizia sociale. Cfr. A. VALLIANATOU, E. VENTURI, S. ZINSER, *Brussels silent on vaccinating undocumented migrants*, in *Euobserver*, marzo 2021.

5. *La dimensione urbana dell'iscrizione anagrafica*

La decisione della Corte offre le coordinate essenziali per comprendere le ricadute delle modifiche normative dichiarate illegittime non solo in termini pratici, ma anche rispetto ai profili teorici e di principio che vengono in rilievo.

L'iscrizione anagrafica, come ricordato dal giudice rimettente, è «direttamente collegata alla dignità personale e sociale dell'individuo, alla sua capacità di identificazione, appartenenza e, in senso più ampio, integrazione con la comunità locale, che a loro volta costituiscono passaggi indispensabili per la concretizzazione del progetto fondante la nostra Costituzione, ...».

Ecco, dunque, che le prerogative connesse all'iscrizione anagrafica, nella lettura offerta dalla Corte, rappresentano due baricentri di tale visione: da un lato il presupposto per l'accesso a taluni servizi, nel rispetto del canone di uguaglianza; dall'altro una essenziale garanzia del monitoraggio delle presenze sui territori, anche in relazione a (pur discutibili) esigenze di "sicurezza urbana"¹¹.

Sul primo fronte, come evidenziato dai giudici rimettenti, la norma annullata pregiudica l'esercizio delle prerogative derivanti dall'accesso ai servizi e dall'esercizio dei diritti e delle facoltà rispetto alle quali l'iscrizione all'anagrafe è strumentale, finendo per escludere a priori il computo del periodo trascorso come richiedente asilo ai fini dell'esercizio di tutti quei diritti che sono collegati alla durata della residenza e intimamente connessi all'integrazione nella dimensione sociale del contesto urbano di riferimento tra cui, ad esempio, quelli all'acquisizione della cittadinanza, all'accesso all'edilizia popolare e al cosiddetto reddito di cittadinanza o al c.d. bonus bebè; si pensi inoltre all'impossibilità per il ricorrente di accettare un'offerta lavorativa (che presuppone l'apertura di una partita Iva e il conseguimento della patente di guida, che a loro volta richiedono l'iscrizione anagrafica), all'impossibilità di stipulare contratti di lavoro occasionale e alla mancata decorrenza del termine di dieci anni per l'ottenimento della cittadinanza italiana.

La Corte evidenzia che «la norma censurata, privando i richiedenti asilo del riconoscimento giuridico della loro condizione di residenti, incide irragionevolmente sulla «pari dignità sociale», riconosciuta dall'art. 3 Cost. alla

¹¹ Su tali due aspetti si muove l'attenta ricostruzione svolta da F.V. VIRZÌ, cit., il quale identifica quali profili sostanziali delle censure mosse dinanzi alla Corte una ("inedita") "funzione d'ordine" e una "funzione sociale" dell'iscrizione anagrafica.

persona in quanto tale, a prescindere dal suo *status* e dal grado di stabilità della sua permanenza regolare nel territorio italiano».

Inoltre, sebbene la Corte non entri nella questione, dibattuta, relativa alla possibilità o meno di ottenere, per ciascun servizio, l'erogazione da parte delle amministrazioni competenti in assenza della residenza anagrafica, viene evidenziato chiaramente come la previsione della fornitura dei servizi nel luogo di domicilio, anziché in quello di residenza (art. 13, comma 1, lettera b, numero 1, del d.l. n. 113 del 2018), rende ingiustificatamente più difficile l'accesso ai servizi stessi, quantomeno a causa degli ostacoli di ordine pratico e burocratico connessi alle modalità di richiesta dell'erogazione – che fanno quasi sempre riferimento alla residenza e alla sua certificazione a mezzo dell'anagrafe – e per la stessa difficoltà di individuare il luogo di domicilio, a fronte della certezza offerta invece dal dato formale della residenza anagrafica.

Su altro fronte, la rinuncia al monitoraggio di parte dei soggetti effettivamente residenti sul territorio (e ciò, a prescindere dalla qualifica di richiedenti asilo), evidenziata dalla Corte stessa, esporrebbe le città, soprattutto nelle aree degradate e marginalizzate, a potenziali rischi in termini di coesione sociale e sicurezza. Un tale esito non solo parrebbe inconferente rispetto agli obiettivi prefigurati della norma, ma risulterebbe altresì in antitesi con gli obiettivi di una stagione di riforme (essenzialmente contenute nel d.l. 14 del 2017 e ancor prima nel d.l. 92 del 2008) che hanno inteso delineare una nuova visione della “sicurezza urbana” collegandola alla “qualità” del vivere gli spazi e i servizi pubblici, anche attraverso l'attribuzione di poteri speciali ai sindaci non senza l'ombra di potenziali derive “securitarie” destinate a confondere pericolosamente la dimensione della sicurezza sociale e con quella della sicurezza pubblica¹².

Muovendo da queste basi la Corte dichiara l'illegittimità dell'art. 13 nella sua interezza, censurando una logica unitaria portatrice di incertezze applica-

¹² È, questo, il concetto di sicurezza urbana per come introdotto dall'art. 4 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, che affida al sindaco un duplice potere *extra ordinem* nella qualità di autorità locale e di Ufficiale di Governo (cfr. artt. 50 e 54 TUEL). In dottrina cfr. C. VIDETTA, *Il decoro urbano come ambito di applicazione della sicurezza urbana*, in *Munus*, n. 2, 2016; V. ANTONELLI, *La sicurezza in città ovvero l'iperbole della sicurezza urbana*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2017, n. 1, p. 31 ss.; T.F. GIUPPONI, *Sicurezza integrata e sicurezza urbana nel decreto-legge n. 14/2017*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2017, n. 1; G. TROPEA, *Periferie e sicurezza urbana*, in *Nuove Autonomie*, n. 1, 2017; ID., *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana (dopo la legge Minniti)*, in *Federalismi*, 2017, n. 1.

tive e sfasature di principio, enfatizzate dalla vulnerabilità dei soggetti protagonisti, esposti ad un maggior rischio di marginalizzazione nei percorsi di ingresso nella rete sociale e relazionale¹³.

Ed infatti, sebbene la rilevanza della questione anagrafica ai fini dell'integrazione dell'individuo nella comunità locale risulti decisiva in tutti i contesti istituzionali, è all'interno della dimensione urbana che questa assume un particolare significato, considerando che oltre il 60% dei rifugiati vive in aree densamente popolate¹⁴: il fenomeno migratorio, di portata globale, diviene oggi sempre più di frequente questione propria delle città, quali luoghi in cui l'integrazione tra migranti e tessuto locale pone le sfide più complesse, in termini di vita lavorativa e familiare e, di conseguenza, quali istituzioni su cui ricadono le connesse vicende amministrative.

Non è un caso che tali riflessioni siano oggi attratte da un dibattito scientifico sul c.d. "diritto alla città"¹⁵, di recente rinvigorito anche grazie ad una nuova stagione di "Agende Urbane": si pensi alla New Urban Agenda delle Nazioni Unite¹⁶ o al Patto di Amsterdam su scala europea¹⁷, in cui l'integrazione dei migranti diviene parte di una strategia di sviluppo ampia volta a creare città sostenibili, inclusive, sicure ed eque per tutti, sulla scorta dei 17 obiettivi di sviluppo sostenibile¹⁸.

¹³ In generale sulla regolazione amministrativa dei flussi migratori cfr. M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012; M. CONSITO, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2, 2017, p. 393; F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, 2019, p. 435. Plurimi profili sono oggetto di disamina nei contributi in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Roma, 2019.

¹⁴ OECD (2018), *Working Together for Local Integration of Migrants and Refugees*, OECD Publishing, Paris, testo disponibile alla pagina web <http://dx.doi.org/10.1787/9789264085350-en>; cfr. UNESCO, *Global Education Monitoring Report, Defending the "right to the city": How cities include migrants and refugees in and through education*, 2019.

¹⁵ J.B. AUBY, *Droit de la Ville: Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Parigi, 2013.

¹⁶ Si tratta della "New Urban Agenda" adottata a Quito nell'ottobre 2016 in occasione di Habitat III, la conferenza delle Nazioni Unite sugli insediamenti umani.

¹⁷ Si tratta dell'Agenda Urbana europea.

¹⁸ Per ulteriori considerazioni sia consentito rinviare a C. LAURI, *Le "Agende Urbane" alla prova delle migrazioni*, in L. SALVADEGO, M. SAVINO, E. SCOTTI (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale*, Torino, 2021, p. 217 ss.

6. *La nuova disciplina dell'iscrizione anagrafica del richiedente asilo: un passo verso l'effettività di un "diritto alla città"?*

Come anticipato, con la sentenza n. 186/2020 la Corte costituzionale dichiara non soltanto l'illegittimità della norma oggetto di censura bensì, in via consequenziale, anche delle restanti disposizioni introdotte dall'art. 13 del d.l. n. 113/2018 considerate, nella prospettiva accolta, «un insieme organico, espressivo di una logica unitaria, che trova il suo fulcro nel divieto di iscrizione anagrafica».

Le affermazioni contenute nella decisione si pongono dunque come occasione di riflessione per un progressivo aggiornamento del rapporto tra richiedenti asilo e dimensione urbana.

Già a seguito della pronuncia della Corte, superando l'opzione emergente dalla reviviscenza dell'assetto previgente¹⁹, il legislatore è intervenuto su vari aspetti in tema di immigrazione e sicurezza con il d.l. n. 130/2020 (conv. con mod. in L. n. 173/2020).

La novella afferma il diritto all'iscrizione anagrafica disciplinandone modalità e aspetti procedurali, attraverso la sostituzione dell'art. 5-*bis* del d.lgs n. 142/2015. L'articolo specifica (comma 1) che «è iscritto nell'anagrafe della popolazione residente, a norma del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, in particolare degli articoli 3, 5 e 7»²⁰ il richiedente protezione internazionale a cui è stato rilasciato il permesso di soggiorno per richiesta asilo, oppure la ricevuta attestante la presentazione della richiesta di protezione (a prescindere dalla permanenza in un Centro). Viene poi disciplinata l'ipotesi dell'iscrizione per i richiedenti ospitati nei Centri di prima accoglienza o di accoglienza straordinaria (commi 2 e 3)²¹.

Di interesse appare infine l'introduzione di una nuova deroga (comma 4) secondo cui ai richiedenti protezione internazionale che hanno ottenuto l'iscrizione anagrafica viene rilasciata una carta di identità avente validità li-

¹⁹ In particolare, delle disposizioni del d.lgs n. 142/2015, nella loro versione anteriore al d.l. 113/2018. La questione è approfondita da N. CANZIAN, cit., p. 71.

²⁰ Si tratta delle norme inerenti al regolamento anagrafico della popolazione residente, di cui al D.P.R. n. 223/1989: il criterio della dimora abituale per definire la residenza (art. 3); l'applicabilità delle disposizioni in tema di convivenza anagrafica (art. 5); i casi in cui viene effettuata l'iscrizione anagrafica (art. 7).

²¹ Sul punto v. A. BUZZI, F. CONTE, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo prima e dopo il "Decreto Lamorgese"*, in Forum di Quaderni Costituzionali, www.forumcostituzionale.it, 2021, 1, pp. 112-115.

mitata al territorio nazionale e una durata di tre anni. Nonostante la durata limitata nel tempo (modellata sulla base di una valutazione della durata media delle procedure amministrative e giudiziarie di esame delle domande) la novella pare poter essere osservata con favore, in quanto destinata ad offrire un riequilibrio della posizione dei richiedenti asilo rispetto agli altri stranieri nella loro pari dignità sociale, nel senso indicato dalla Corte costituzionale.

La prospettiva aperta dalla Corte si presta, inoltre, ad ulteriori letture volte ad estenderne la portata nei confronti di altre situazioni di persistente marginalizzazione nell'ottenimento dell'iscrizione della residenza anagrafica, dense di ricadute rispetto al godimento di diritti e all'esercizio di doveri propri della dimensione urbana, come ad esempio l'abitare²².

La sentenza della Corte costituzionale, la conseguente riscrittura legislativa dell'impianto normativo e le ulteriori prospettive evolutive che la dottrina va prefigurando, paiono offrire un contributo di interesse all'aggiornamento degli strumenti giuridici di analisi delle città. Le esigenze emerse dalla vicenda all'esame della Corte si rivelano infatti di estrema attualità, in particolare, in contesti urbani potenzialmente segreganti e disuglianti in cui la conoscenza del tessuto sociale e la considerazione degli individui che a differente titolo abitano i territori rappresenta un punto di partenza per la costruzione delle politiche dei servizi e degli spazi pubblici, nonché per la ricomposizione della frattura tra politiche sociali e politiche per la sicurezza.

Elementi funzionali, questi, a restituire una dimensione pratica necessaria al consolidamento di quelle recenti tendenze del diritto urbanistico che guardano all'affascinante quanto sfuggente orizzonte del "diritto alla città", prospettiva inscindibile dalla centralità dei diritti fondamentali²³.

²² A tali conclusioni perviene F.V. VIRZÌ, cit., richiamando, tra gli altri, la subordinazione dell'iscrizione anagrafica alla dimostrazione della regolarità del titolo abitativo, di cui all'art. 5 del d.l. n. 47 del 2014, convertito in l. n. 80 del 2014, rubricato "Lotta all'occupazione abusiva di immobili", laddove stabilisce che «Chiunque occupa abusivamente un immobile senza titolo non può chiedere la residenza né l'allacciamento a pubblici servizi in relazione all'immobile medesimo e gli atti emessi in violazione di tale divieto sono nulli a tutti gli effetti di legge».

²³ Cfr. E. BOSCOLO, *La città "con gli occhi degli altri": l'integrazione negli spazi territoriali*, in L. SALVADEGO, M. SAVINO, E. SCOTTI (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale*, cit., p. 207 ss.

L'ACCOGLIENZA DEI RICHIEDENTI ASILO E IL RUOLO DEI MEDIA *PUBLIC WATCHDOG*

Anna Fazzini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti alla base della sentenza. – 3. La decisione della Corte. – 4. Osservazioni. – 5. Rilevanza della sentenza.

1. *Introduzione*

Con la sentenza *Szurovecz c. Ungheria*¹ dell'ottobre 2019 la Corte EDU condanna l'Ungheria per la violazione dell'art. 10 CEDU, avendo quest'ultima negato ad un giornalista di visitare un centro di accoglienza a seguito di denunce che attestavano condizioni assimilabili a trattamenti inumani e degradanti.

Nel presente articolo, dopo avere illustrato i fatti di causa ed esaminato il ragionamento della Corte, si metteranno in rilievo gli aspetti più salienti della sentenza, la quale potrebbe costituire un importante precedente affinché sia concesso ai giornalisti e ai reporter per i diritti umani di accedere ai centri di accoglienza e documentarne le condizioni.

La Corte infatti enfatizza il ruolo di Public Watchdog dei media, la cui presenza, specialmente in contesti in cui sono presenti gruppi vulnerabili, costituisce una garanzia a che le autorità siano ritenute responsabili per la loro condotta e afferma che le stesse devono valutare attentamente richieste di questo tipo, tenendo in debito conto il valore della libertà di stampa, dell'interesse pubblico della questione e sapendo operare un giusto bilanciamento tra i diritti in gioco.

2. *I fatti alla base della sentenza*

I fatti riguardano la vicenda del giornalista ungherese Illés Szurovecz, che, nel settembre 2015, avanzò richiesta presso l'Ufficio dell'Immigrazione e della Nazionalità (di seguito OIN), per visitare il centro di accoglienza di

* Dottoranda in Studi Internazionali, Università L'Orientale di Napoli.

¹ Corte Edu, sentenza dell'8 ottobre 2019, *Szurovecz c. Ungheria*, ric n. 15428/16.

Debrecen, al fine di documentare, tramite interviste e fotografie, le condizioni di vita dei richiedenti asilo. Il ricorrente specificò che il materiale sarebbe stato ottenuto soltanto con il consenso degli interessati e che, se fosse stato necessario, avrebbe richiesto una liberatoria scritta ogni volta.

L'interesse per il centro di Debrecen era motivato dal fatto che vi erano state denunce relative alle condizioni dei richiedenti asilo qui ospitati, a partire, in particolare, dal Report del Commissario per i Diritti Fondamentali pubblicato nell'Aprile del 2015², che attestava condizioni nel centro assimilabili a trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, il centro era costantemente presentato dai media nazionali come parte della campagna anti-migratoria del Governo.

Tuttavia, l'OIN rigettò l'istanza, affermando che vi era un persistente interesse da parte dei media per i richiedenti asilo e che, pertanto, visite regolari nel centro avrebbero violato la loro vita privata. In più, essendo molti dei richiedenti fuggiti da qualche forma di persecuzione, le informazioni su di loro diffuse a mezzo stampa avrebbero compromesso la sicurezza delle loro persone e delle loro famiglie.

Szurovecz presentò quindi ricorso al Tribunale Amministrativo e del Lavoro di Budapest, che tuttavia lo dichiarò inammissibile, ritenendo che il provvedimento dell'OIN non costituisse una decisione amministrativa ai sensi della normativa interna pertinente.

Infine, Szurovecz decise di adire la Corte di Strasburgo lamentando una violazione dell'art. 10 (libertà di espressione) e dell'art. 13 CEDU (diritto a un ricorso effettivo), in riferimento al fatto che le autorità ungheresi avevano interferito con il suo diritto di ricevere e fornire informazioni sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, nel momento - apice della crisi dei rifugiati in Ungheria.

3. *La decisione della Corte*

La Corte si è pronunciata riscontrando all'unanimità la violazione dell'art. 10 CEDU.

In particolare, ha constatato che la raccolta di informazioni costituisce un «essential preparatory step in journalism» (§ 52), aspetto fondamentale della libertà di stampa e che il diniego delle autorità ungheresi ha impedito al ri-

² Commissioner for Fundamental Rights as OPCAT national preventive mechanism, *Report in case A/B-366/2015*, Budapest April 2015

corrente di raccogliere le informazioni di sua mano e di verificare quelle fornite da altre fonti, influenzando negativamente la capacità dei media di giocare «their vital role as “public watchdogs”» (§ 52).

A dare rilievo all’aspetto della raccolta delle informazioni e al ruolo di “*public watchdog*” dei media, sono state anche le otto associazioni³ intervenute in causa a favore del ricorrente come parti terze, le quali, tra le altre cose, hanno sostenuto che l’accesso fisico ai luoghi interessati dagli eventi oggetto d’inchiesta costituisce una componente chiave del giornalismo investigativo e che il suo diniego, quindi, corrisponde ad un’interferenza con le attività di “*newsgathering*”, da loro definite come «a corollary to the right to freedom of expression and freedom of the press» (§ 47).

La Corte, inoltre, pur affermando che le ragioni addotte dalle autorità ungheresi, relative alla necessità di tutelare la vita privata dei richiedenti asilo ai sensi dell’art. 8 CEDU, trovassero fondamento nella normativa interna e perseguissero uno scopo legittimo, ha ritenuto che non rispondessero ad un *pressing social need*, quindi che non fossero “necessarie” in una società democratica ai sensi dell’art. 10 (2), in quanto giustificazioni indubbiamente rilevanti, ma non sufficienti e proporzionate allo scopo perseguito.

Infatti, alla luce del ruolo fondamentale che i media svolgono nel gettare luce su questioni rilevanti di pubblico interesse, la Corte ha affermato che la necessità di porre restrizioni alla libertà di espressione deve essere ben fondata. Ciò non si è verificato nella fattispecie considerando il ragionamento piuttosto sommario dell’OIN, che non faceva neanche cenno alle rassicurazioni del ricorrente sul rispetto della privacy dei richiedenti e considerando l’assenza nella sua decisione «of any real balancing of the interests in issue» (§ 76).

Infine, alla luce di tale conclusione, la Corte non ha ritenuto necessario esaminare l’ulteriore doglianza ai sensi dell’art. 13 CEDU.

4. Osservazioni

Nel giungere alle sue conclusioni, la Corte ha adottato il classico *three-part test*, che consiste nel verificare, una volta accertata l’interferenza delle

³ Si tratta di una coalizione di otto associazioni per la libertà di espressione e di stampa: Media Legal Defence Initiative, Index on Censorship, Reporters Committee for Freedom of the Press, European Publishers Council, PEN International, Hungarian Helsinki Committee, Dutch Association of Journalists, European Centre for Press and Media Freedom.

autorità nazionali con la libertà di espressione del ricorrente ai sensi dell'art. 10 (1), se tale interferenza è giustificata, in accordo con l'art. 10 (2), da tre condizioni, cumulativamente soddisfatte: l'interferenza consiste in una misura che è prevista dalla legge, persegue uno scopo legittimo, è "necessaria" in una società democratica.

Soffermandosi in primo luogo sulla presunta interferenza delle autorità nazionali con il diritto del ricorrente di ricevere e fornire informazioni ai sensi dell'art. 10 (1), la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza in materia⁴, affermando che la raccolta di informazioni costituisce un «essential preparatory step in journalism» e quindi un aspetto fondamentale da tutelare, parte della libertà di stampa. Pertanto, il diniego delle autorità ungheresi ha impedito al ricorrente di raccogliere le informazioni di sua mano e di verificare quelle fornite da altre fonti, interferendo con il suo diritto alla libertà di espressione (*mutatis mutandis Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft*⁵) e influenzando negativamente la capacità dei media di giocare il loro ruolo di *Public Watchdogs*⁶.

In tal modo la Corte ha rigettato tutte le argomentazioni del Governo ungherese, volte a sostenere l'inammissibilità del ricorso *ratione materiae* e *ratione personae*. Il Governo aveva infatti sostenuto che il diritto di accesso alle informazioni ai sensi dell'art. 10 dovesse essere inteso solo come diritto a ricevere informazioni volontariamente fornite da altri e che quindi prevedesse soltanto l'obbligo negativo per lo Stato di non ostacolare ingiustificatamente l'accesso alle informazioni pubblicamente disponibili e di non punire nessuno nel riceverle. Aveva inoltre sostenuto che non era stato impedito in alcun modo al ricorrente di esercitare il suo diritto alla libertà di espressione, poiché non era necessario accedere al centro di accoglienza per raccogliere informazioni su questioni di pubblico interesse, potendosi egli basare su quelle fornite da ONG o fonti alternative.

La posizione del Governo ungherese in merito appare decisamente debole. Essa è infatti in netto contrasto con la giurisprudenza della Corte in materia, che ha dato negli ultimi anni grande rilievo all'aspetto della raccolta delle informazioni, quale parte essenziale della ricerca giornalistica e al diritto di accesso ai documenti pubblici, condannando l'Ungheria già in diversi casi

⁴ Vedi Corte Edu, sentenza del 25 aprile 2006, *Damman c. Svizzera*, ric. n. 77551/01.

⁵ Corte Edu, sentenza del 21 giugno 2012, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft c. Svizzera*, ric. n. 34124/06, par. 41.

⁶ Vedi anche Corte Edu, sentenza del 14 luglio 2009, *Társaság a Szabadságjogokért c. Ungheria*, ric. n. 37374/05, par. 38.

per non aver concesso a giornalisti e ONG l'accesso alle informazioni richieste⁷.

Una volta, quindi, accertata l'interferenza delle autorità ungheresi con il diritto di cui all'art. 10 (1), la Corte ha esaminato se quest'ultima fosse giustificata utilizzando il *three-part test*.

A tal proposito, la Corte ha riconosciuto la legittimità della misura impugnata ai sensi del Decreto n. 52/2007 (XII.11) Sez. 2 del Ministero della Giustizia⁸, che prescrive la necessità dell'autorizzazione per accedere ai centri di accoglienza e ha riconosciuto che quest'ultima perseguisse lo scopo legittimo di proteggere le vite private dei richiedenti asilo ai sensi dell'art 8 CEDU, come sostenuto dal Governo ungherese.

Tuttavia, non ha ritenuto soddisfatto il terzo requisito e cioè che l'interferenza lamentata fosse "necessaria" in una società democratica. Richiamandosi alla sentenza *Bédat*⁹, la Corte ha innanzitutto ricordato che "necessario" implica «a pressing social need» e che gli Stati contraenti hanno un certo margine di apprezzamento nello stabilire se tale bisogno esiste. Tuttavia alla Corte spetta una valutazione complessiva tesa a determinare se l'interferenza sia proporzionata al legittimo scopo e se le giustificazioni addotte dalle autorità nazionali siano rilevanti e sufficienti.

Pertanto, in considerazione del ruolo fondamentale che i media svolgono nel gettare luce su questioni rilevanti di pubblico interesse, come quella di "vigilare" sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo e sulla responsabilità delle autorità per la loro condotta, che è questione di indubbia rilevanza, la Corte ha affermato che la necessità di porre restrizioni alla libertà di espressione deve essere ben fondata, mentre le ragioni addotte dall'OIN si sono rivelate sommarie e la sua decisione incapace di operare un reale bilanciamento tra i diritti in gioco. Infatti, la Corte ha ritenuto che, sebbene le giustificazioni addotte dall'OIN relative alla necessità di tutelare la vita private dei richiedenti fossero indubbiamente rilevanti, esse non erano sufficienti a giustificare l'interferenza delle autorità con il diritto del ricorrente.

⁷ Vedi, *inter alia*, Corte Edu, sentenza del 26 maggio 2009, *Kenedi c. Ungheria*, ric. n. 31475/05 e il già citato *Társaság a Szabadságjogokért*, in cui la Corte ha evidenziato come restrizioni tese a creare ostacoli alla raccolta di informazioni su questioni di pubblico interesse possano divenire una forma di "indirect censorship" (par. 27)

⁸ Hungary: Minister of Justice and Law Enforcement, *Decree No. 52/2007 (XII. 11.) on the organisational structure of refugee affairs*, 1 January 2008

⁹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 29 marzo 2016, *Bédat v. Svizzera*, ric. n. 56925/08, par. 48

Nel sostenere ciò ha sottolineato come lo scopo del ricorrente non fosse quello di raccogliere informazioni per fini sensazionalistici¹⁰, ma per fini di significativo interesse, poiché relative al trattamento dei richiedenti asilo attuato dalle autorità ungheresi. Inoltre, le giustificazioni dell'OIN non facevano cenno alle rassicurazioni del ricorrente sul rispetto della privacy dei richiedenti e sulle misure che avrebbe preso al riguardo.

Pertanto, la Corte ha ritenuto che il rifiuto assoluto delle autorità ungheresi non fosse proporzionato allo scopo perseguito, né “necessario in una società democratica” in quanto non rispondente ad un *pressing social need*.

Relativamente al ragionamento della Corte, è singolare che quest'ultima, per affermare l'importanza del ruolo di *Watchdog* dei media, capace di garantire che le autorità siano ritenute responsabili della loro condotta, specialmente nei contesti in cui sono in gioco i diritti dei gruppi più vulnerabili, abbia fatto riferimento al caso *Pentikäinen*¹¹. La Corte avrebbe potuto riferirsi a casi meno controversi, dal momento che, in *Pentikäinen*, sentenza relativa all'arresto e alla condanna di un giornalista che stava documentando una dimostrazione divenuta violenta e che non aveva obbedito all'ordine della polizia di lasciare l'area indicata, la Corte non aveva constatato la violazione dell'art 10. In quel caso, infatti, i giudici di Strasburgo avevano ritenuto che ci fossero alternative a che il ricorrente continuasse ad esercitare il proprio diritto, ad esempio obbedendo alla polizia e posizionandosi nelle immediate vicinanze dell'area. È da rimarcare invece che in *Szurovecz*, la Corte è stata decisa nell'affermare che l'esistenza di alternative per il ricorrente «to direct newsgathering» (come basarsi sui rapporti forniti da ONG o condurre interviste al di fuori del centro) «did not extinguish the applicant's interest in having face-to-face discussions on and gaining first-hand impressions of living conditions there» (§ 74).

Infine, l'analisi della Corte si è soffermata anche sulla mancanza di uno «European consensus» (§ 66) in merito all'accesso dei media ai centri che ospitano richiedenti asilo. Infatti, è stato riportato che in 24 Stati membri del Consiglio d'Europa i regolamenti non forniscono disposizioni aggiuntive relativamente all'accesso dei media ai centri di accoglienza, quindi non limita-

¹⁰ *A contrario* Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 10 Novembre 2015, *Couderc and Hachette Filipacchi Aassociés c. Francia*, ric. n. 40454/07, par. 101.

¹¹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 20 ottobre 2015, *Pentikäinen c. Finlandia*, ric. n. 11882/10; sulla questione vedi D. VOORHOOF, R. Ò FATHAIGH, *Denying Journalist Access to Asylum- Seeker “Reception Centre” in Hungary Violated Article 10 Echr*, in *Strasbourg Observers*, November 2019.

no totalmente la loro capacità di accedere, né prevedono un accesso più facilitato. In almeno 10 Stati (tra i quali Austria, Francia, Norvegia e Polonia), invece, i media sono tenuti ad ottenere una preventiva autorizzazione, mentre in pochi Stati (tra cui Italia, Germania, Romania, Russia) la possibilità di accedere ai centri è concessa in maniera un po' più ampia rispetto agli ordinari visitatori.

La Corte ha preso atto di tale situazione al fine di affermare che, nella misura in cui l'assenza di un consenso europeo deriva dalle diverse percezioni riguardo al modo in cui i diritti dei richiedenti sono meglio garantiti nei centri di accoglienza, è disposta ad accettare un maggiore margine di apprezzamento in merito alle restrizioni imposte a pubblicazioni che sollevano questioni di grande interesse pubblico. Tuttavia, la Corte, pur tenendo conto di tale margine e pur affermando che le autorità nazionali sono in una posizione migliore rispetto alla sua per verificare se e in che misura l'accesso ad un centro di accoglienza sia compatibile con i diritti dei richiedenti asilo, si è mostrata decisa nel ritenere che la restrizione attuata nel caso *Szurovecz* non è stata effettivamente necessaria alla luce del valore di pubblico interesse della ricerca investigativa del ricorrente.

5. Rilevanza della sentenza

Con la sentenza *Szurovecz*, la Corte di Strasburgo non ha perso l'occasione per rafforzare la tutela garantita dall'art 10 della Convenzione, in linea con la propria giurisprudenza, dalla quale si evince un progressivo ampliamento e innalzamento del livello di protezione del diritto alla libertà di espressione (a partire dal caso *Sunday Times*¹² del 1979, che è il primo in cui la Corte ha constatato tale violazione)¹³, nonché l'occasione di assicurare che i media possano operare il loro ruolo di "vigilanza" nei contesti più vulnerabili, dove il rispetto dei diritti fondamentali dei rifugiati e dei richiedenti asilo è sempre più a rischio.

Cruciale, nel processo di rafforzamento della tutela di cui all'art. 10, è stato il rigido controllo operato dalla Corte nei confronti delle interferenze

¹² Corte Edu, sentenza del 26 aprile 1979, *The Sunday Times c. Regno Unito* ric. n. 6538/74.

¹³ Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu in materia vedi D. VOORHOOF, *The Right to Freedom of Expression and Information under the European Human Rights System: Towards a more Transparent Democratic Society*, EUI Working Papers, February 2014.

nella libertà di espressione attuate dalle autorità statali relativamente alle questioni di pubblico interesse e l'importanza assegnata al ruolo dei media quali *Watchdog* della società, più volte rimarcato. La Corte si è anche mostrata ben attenta all'importanza di prevenire il cosiddetto *chilling effect*¹⁴, relativo alla condizione di refrattarietà ad esercitare il diritto alla libertà di espressione, a causa di interferenze ingiustificate, consistenti anche in restrizioni e sanzioni, operate dalle autorità pubbliche. Cruciale poi è stato l'alto livello di protezione assicurato, come si è già affermato, alle fonti giornalistiche, alla raccolta diretta delle informazioni quale aspetto fondamentale della libertà di stampa e al diritto di accesso a documenti pubblici.

Pertanto, è possibile affermare che nel complesso la Corte garantisca elevati standard nella tutela della libertà di espressione, che hanno avuto un impatto positivo per il lavoro svolto da reporter, attivisti e ONG¹⁵.

Nello specifico, il caso in esame potrebbe costituire un importante precedente per tutti i reporter che cercano di documentare le condizioni dei centri di accoglienza, degli *hotspot* e dei centri di detenzione in Europa. La Corte ha di fatto stabilito che le autorità nazionali devono valutare attentamente la richiesta di poter visitare tali strutture. Significativo in *Szurovecz* è il passaggio in cui la Corte afferma che sapere come sono le condizioni di vita dei richiedenti asilo, sapere se gli Stati osservano i loro obblighi internazionali e se i gruppi più vulnerabili godono pienamente dei loro diritti umani è una questione «undisputedly newsworthy and of great public significance» (§ 61).

Ciò è particolarmente rilevante considerando che non soltanto in Ungheria vengono imposte simili restrizioni per i media, ma che, come riportato da Reporters Without Borders¹⁶, ai giornalisti viene negato molto frequentemente l'accesso ai centri di accoglienza e di detenzione: vari casi sono riscontrabili anche in Francia, Italia e Grecia. In particolare, per la Grecia si rileva la possibilità per i media di accedere ai centri raramente e con estrema difficoltà. Emittenti tv hanno riportato come per più di due anni il Governo gre-

¹⁴ Vedi Corte Edu, sentenza del 3 aprile 2012, *Kaperzyński c. Polonia*, ric. n. 43206/07.

¹⁵ Da ricordare in particolare è il caso “Youth Initiative for Human”, in cui la Corte ha affermato che le ONG svolgono un ruolo di *Public Watchdog* al pari dei media, vedi Corte Edu, sentenza del 25 giugno 2013, *Youth Initiative for Human c. Serbia*, ric. n. 48135/06.

¹⁶ Reporters Without Borders, *Refugee routes blocked for reporters as well*, 18 June, 2018 –Updated on August 25, 2018, <<https://rsf.org/en/news/refugee-routes-blocked-reporters-well>>.

co abbia impedito ai media di accedere all'*hotspot* di Moria¹⁷, le cui inumane e degradanti condizioni, al pari di altri *hotspot* greci, sono state ampiamente denunciate¹⁸.

¹⁷ Vedi A. STAIKOS, E. BESWICK, "I was shocked"- what's it like in Lesbos' Moria refugee camp?, Euronews, 26 September 2018, <<https://www.euronews.com/2018/09/26/inside-moria-refugees-feel-trapped-on-the-greek-island-of-lesbos>> e C. NYE, Children "attempting suicide" at Greek refugee camp, BBC, 28 August 2018, <<https://www.bbc.com/news/world-europe-45271194>>.

¹⁸ Sulle criticità delle condizioni negli hotspot vedi, *inter alia*, FRA- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on Fundamental Rights in the 'Hotspots' set up in Greece and Italy*, Opinion – 3/2019 [Hotspot Updates], Vienna, 4 March 2019.

LA REVOCA DELLE MISURE ASSISTENZIALI
AI RICHIEDENTI ASILO:
LA DIGNITÀ UMANA COME LIMITE INVALIDICABILE
E LA NECESSITÀ DI UN INTERVENTO LEGISLATIVO

Giulia Del Turco *

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La decisione del TAR. – 3. La disciplina europea e nazionale della revoca delle misure di accoglienza. – 4. L’attuazione della pronuncia Haqbin nel panorama italiano.

1. *La vicenda*

Due cittadini nigeriani, entrati in Italia in qualità di richiedenti protezione internazionale, venivano ammessi alle misure di accoglienza – ai sensi del d. lgs. n. 142/2015¹ di attuazione della direttiva 2013/33/UE² – e assegnati a un centro di accoglienza straordinaria (C.A.S.) sito nel Comune di Lucca. Durante la permanenza nel centro, venivano denunciati all’autorità giudiziaria per avere, in concorso con altri richiedenti protezione internazionale, prelevato alcuni indumenti da un cassonetto adibito alla raccolta di indumenti usati. Con due decreti del 10 agosto 2017, il Prefetto di Lucca disponeva la revoca delle misure di accoglienza ex art. 23, comma 1, lett. e) del d. lgs. n. 142/2015, mentre poco dopo la Procura della Repubblica presentava richiesta di archiviazione del procedimento penale in relazione alla causa di non punibilità prevista dall’art. 131-*bis* c.p. in caso di particolare tenuità del fatto.

Con due distinti ricorsi davanti al TAR Toscana, i ricorrenti proponevano domanda di annullamento dei provvedimenti di revoca, lamentando nello specifico: i) la mancata comunicazione di avvio del procedimento; ii) la man-

* Dottoranda di ricerca in “Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione”, Università degli studi della Tuscia.

¹ Decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142 di attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

² Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

cata traduzione degli atti in una lingua da loro conosciuta; iii) la non sussumibilità della condotta contestata - il furto di alcuni indumenti usati - nella fattispecie prevista dall'art. 23, comma 1, lett. e), riguardante la violazione grave o ripetuta delle regole del centro; iv) la violazione del principio di proporzionalità.

Il TAR, riuniti i ricorsi, sospendeva il giudizio e, con ordinanza n. 1481/2018, sottoponeva alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale: ai sensi dell'art. 20, par. 4, della direttiva 2013/33/UE³, può uno Stato membro disporre nei confronti del richiedente protezione internazionale la revoca della misura di accoglienza qualora quest'ultimo violi norme generali dell'ordinamento non riprodotte nei regolamenti dei centri di accoglienza, ovvero ponga in essere una condotta che, pur idonea a provocare turbative all'ordine pubblico, non costituisca illecito penale?

2. *La decisione del TAR*

L'argomentazione del Tribunale amministrativo può essere riassunta in tre passaggi. Innanzitutto, nel dare applicazione all'art. 20, par. 4 della direttiva 2013/33/UE, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia nel caso *Haqbin*⁴, il Tribunale toscano afferma che la revoca, anche temporanea, dell'accoglienza quale sanzione nel caso di gravi violazioni delle regole dei centri si pone in contrasto con la normativa dell'Unione, in particolare con l'obbligo di garantire un tenore di vita dignitoso ai richiedenti e la proporzionalità della sanzione di cui all'art. 20, par. 5, della direttiva.

Inoltre, il TAR ricorda la possibilità per le amministrazioni nazionali di adottare, in luogo della revoca, sanzioni che producono effetti meno radicali per il richiedente, quali la sua collocazione in una parte separata del centro, il trasferimento in un diverso centro di accoglienza, nonché il trattenimento *ex art. 8* della direttiva.

Infine, il Tribunale conclude che il rispetto dell'interpretazione delle disposizioni di diritto dell'Unione offerta dalla Corte di Giustizia impone la

³ L'art. 20, par. 4, della direttiva 2013/33/UE recita: «Gli Stati membri possono prevedere sanzioni applicabili alle gravi violazioni delle regole dei centri di accoglienza nonché ai comportamenti gravemente violenti».

⁴ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 12 novembre 2019, *Haqbin*, C-233/18, EU:C:2019:956.

disapplicazione dell'art. 23, lett. e), d. lgs. n. 142/2015. Spetterà al legislatore colmare la lacuna legislativa causata dalla mancata previsione, nella normativa domestica, di sanzioni diverse dalla revoca nel caso di grave violazione delle regole del centro di accoglienza o di comportamenti gravemente violenti.

3. *La disciplina europea e nazionale della revoca delle misure di accoglienza*

Con la sentenza in esame⁵, il TAR Toscana ha affrontato la delicata questione relativa alla revoca delle misure di accoglienza disposta nei confronti di richiedenti protezione internazionale che si siano resi responsabili di “violazione grave o ripetuta delle regole del centro o comportamenti gravemente violenti”.

Le problematiche connesse alla concreta applicazione della disciplina della revoca dipendono, per un verso, dalla vaghezza della disposizione di diritto dell'Unione, per altro verso, dalla norma nazionale di trasposizione.

Come noto, l'art. 20, par. 4 della direttiva 2013/33/UE (c.d. “direttiva accoglienza”) ha previsto la possibilità per gli Stati membri di irrogare “sanzioni” nel caso di “gravi violazioni delle regole dei centri di accoglienza nonché di comportamenti gravemente violenti”. L'indeterminatezza della norma, che non specifica il contenuto tanto del concetto di “sanzioni”, quanto di quello di “gravi violazioni delle regole del centro”, comporta il riconoscimento in capo agli Stati di un ampio margine di discrezionalità nell'individuazione dei comportamenti da ricondurre alle “gravi violazioni delle regole del centro”, nonché delle misure sanzionatorie applicabili in tali ipotesi.

Tale è, per l'appunto, il caso dell'Italia, in cui il legislatore, nell'esercizio della discrezionalità attribuita dalla direttiva europea e con un approccio prettamente “punitivo”, ha previsto la revoca dell'accoglienza quale unica misura sanzionatoria nel caso di “violazione grave o ripetuta delle regole delle strutture [...] ovvero comportamenti gravemente violenti” (art. 23, co. 1, lett. e), d. lgs. n. 142/2015).

Due sono le conseguenze che ne derivano. In primo luogo, l'ampio margine di discrezionalità nell'individuazione dei comportamenti annoverabili tra le violazioni delle regole del centro finisce per essere riconosciuto in capo alle autorità amministrative, cui è rimessa la valutazione sulla gravità delle

⁵ TAR Toscana, sentenza del 6 maggio 2020, n. 540.

violazioni; in secondo luogo, si configura un vero e proprio automatismo che non lascia al Prefetto alcuna possibilità di scelta in ordine alla sanzione più adeguata rispetto alla gravità del fatto contestato, prevedendo la disposizione la sola misura della revoca.

Tutto ciò emerge chiaramente dal caso all'esame del TAR Toscana. La Prefettura, infatti, ha ricondotto il furto di indumenti posto in essere dai richiedenti alla ipotesi della grave o ripetuta violazione delle regole di condotta *ex art. 23, co. 1, lett. e*), pur trattandosi di un episodio isolato, di lieve entità (come dimostrerebbe la richiesta di archiviazione del procedimento penale presentata dall'autorità giudiziaria), nonché non espressamente riprodotto nelle regole del centro, e ha disposto, in via automatica, la revoca delle misure di accoglienza.

4. *L'attuazione della pronuncia Haqbin nel panorama italiano*

Il problema di fondo del regime di revoca delle condizioni materiali di accoglienza risiede nella ricerca di un punto di equilibrio tra due interessi contrapposti: da un lato, l'interesse dello Stato ad assicurare la sicurezza e l'ordine pubblico nel territorio nazionale, dall'altro, la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale.

Con il d. lgs. n. 142/2015 il legislatore ha effettuato *ex ante* il delicato bilanciamento tra i due contrapposti interessi e ha previsto, a tutela esclusiva dell'interesse all'ordine pubblico, la revoca sistematica delle condizioni di accoglienza in caso di violazione delle regole del centro. In tal modo, ha precluso all'amministrazione qualsiasi valutazione discrezionale circa i gravi pregiudizi che dalla stessa possono derivare.

In diverse occasioni, la giurisprudenza nazionale ha posto un freno alla discrezionalità degli Stati in materia di revoca dell'accoglienza. Nel riconoscere il carattere discrezionale del provvedimento sanzionatorio, alcuni Tribunali amministrativi hanno postulato la necessità che l'amministrazione compia una valutazione in concreto della singola fattispecie sotto il profilo della proporzionalità del provvedimento rispetto alla gravità delle condotte accertate⁶ ma non sotto quello degli effetti del provvedimento di revoca sui diritti fondamentali degli interessati.

In questa prospettiva, riveste un'importanza fondamentale la sentenza

⁶ Si v., *ex multis*, TAR Liguria, sentenza del 6 giugno 2018, n. 628; TAR Trentino-Alto Adige, sentenza del 10 maggio 2017, n. 165; TAR Liguria, sentenza del 21 luglio 2016, n. 846.

Haqbin, con cui la Grande Sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata sulla portata dell'art. 20, par. 4 della direttiva accoglienza e ha riconosciuto in capo agli Stati il potere di disporre la revoca delle condizioni materiali di accoglienza ex art. 20, par. 4, individuando al contempo una serie di criteri, procedurali e sostanziali, che impediscono alle amministrazioni di adottare in maniera sistematica la revoca dell'accoglienza in caso di violazione delle regole del centro e, al contempo, limitano la discrezionalità del legislatore⁷.

Innanzitutto, l'autorità competente, nell'individuazione della misura sanzionatoria, non può prescindere da una rigorosa applicazione del principio di proporzionalità come richiesto dal par. 5 dell'art. 20 della direttiva. Le sanzioni, infatti, devono essere proporzionate alla gravità del fatto contestato, nonché parametrare in relazione alla situazione della persona interessata.

Inoltre, la Corte di Giustizia ha riconosciuto, per la prima volta, la dignità umana quale diritto non bilanciabile con l'interesse all'ordine pubblico e alla sicurezza nazionale, limitando, così, il potere in capo agli Stati di disporre la revoca dell'accoglienza a titolo di misura sanzionatoria ai sensi dell'art. 20, par. 4.

Pertanto, il TAR, dando rigorosa applicazione al principio di prevalenza delle norme di diritto dell'Unione e dell'interpretazione di queste fornita dalla Corte di Giustizia, ha correttamente ritenuto di dover disapplicare, nel caso di specie, l'art. 23, co. 1, lett. e) del d. lgs. n. 142/2015, che, prevedendo la revoca quale unica sanzione, non lascia spazio ad alcuna interpretazione conforme alla norma di diritto dell'Unione.

Nel riprendere pedissequamente le affermazioni della Corte, il Tribunale amministrativo afferma che al richiedente protezione internazionale che violi le regole del centro di accoglienza o che ponga in essere comportamenti violenti non può applicarsi la revoca delle condizioni materiali di accoglienza. Una sanzione del genere, oltre a violare il principio di proporzionalità, non sarebbe compatibile con l'obbligo per gli Stati di garantire un tenore di vita dignitoso a tutti i richiedenti poiché li priverebbe dei loro bisogni primari, quali nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio.

Di conseguenza, il legislatore dovrebbe prevedere tipologie di sanzioni

⁷ Per un commento alla sentenza *Haqbin*, si veda M. FORTI, *Alla ricerca di un punto di equilibrio tra la salvaguardia dell'ordine pubblico e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti richiedenti protezione internazionale: la decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Haqbin*, in questo Volume; M. MARCHEGANI, *Revoca delle condizioni materiali di accoglienza e minori richiedenti protezione: l'orientamento della Corte di giustizia nel caso Haqbin*, in SIDI Blog, 30 novembre 2019.

che producano effetti meno “radicali” sul richiedente. A tal proposito, il giudice amministrativo, sempre riprendendo la sentenza *Haqbin*, suggerisce misure quali “*la collocazione in una parte separata del centro di accoglienza, eventualmente congiunta al divieto di contatto con taluni residenti del centro stesso, oppure il suo trasferimento in un altro centro di accoglienza o [...] una misura di trattenimento ai sensi dell’art. 8, par. 3, lett. e) della direttiva*”.

Per quanto la sentenza rappresenti un positivo cambiamento di prospettiva in materia di accoglienza, è pur vero che, come sottolineato dal TAR, non si può prescindere da un intervento legislativo che colmi la lacuna che viene a crearsi a causa della mancata previsione normativa di sanzioni diverse dalla revoca. Infatti, la disapplicazione della norma nazionale contrastante priva le strutture di accoglienza degli strumenti idonei a garantire un’ordinata convivenza e lascia impunito il richiedente che si sia reso responsabile di una violazione. Urge, dunque, che il legislatore apporti al più presto le necessarie modifiche per scongiurare il rischio che il vuoto normativo creatosi dia luogo a tensioni e disordini sociali, con inevitabile pregiudizio per tutti gli interessi coinvolti.

ALLA RICERCA DI UN PUNTO DI EQUILIBRIO
TRA LA SALVAGUARDIA DELL'ORDINE PUBBLICO
E LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEI SOGGETTI
RICHIEDENTI PROTEZIONE INTERNAZIONALE:
LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA NEL CASO HAQBIN

Mirko Forti*

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Il pronunciamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea. – 3. Il valore della dignità umana nell'accoglienza dei richiedenti asilo.

1. *La vicenda*

Le questioni pregiudiziali poste all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea trovano origine nelle complesse vicende che hanno avuto come protagonista il cittadino afgano Zubair Haqbin. Quest'ultimo è arrivato in Belgio nel 2015 e lì ha richiesto protezione internazionale in quanto soggetto minorenne non accompagnato; dopo essere stato posto sotto le attenzioni di un tutore, è stato collocato in un centro di accoglienza. Qui si è però reso protagonista di una rissa che ha coinvolto altri residenti e per cui è stato sottoposto all'esclusione temporanea delle condizioni materiali di accoglienza, intendendosi con tale terminologia l'accesso a cibo, alloggio, vestiario e assistenza sanitaria e psicologica. Il minore si è trovato costretto a dover dormire per alcune notti all'addiaccio, prima di essere riammesso all'interno del centro. Il tutore di Haqbin ha quindi proposto un ricorso presso il Tribunale del Lavoro di Bruxelles contro le sanzioni inflitte al minore, asserendo che la Fedasil, agenzia belga per l'immigrazione, avesse il dovere di garantire condizioni rispettose della dignità umana nonostante le misure sanzionatorie adottate. Di fronte a una sentenza di primo grado che ha respinto il ricorso in quanto ritenuto infondato, il tutore ha proposto appello al giudice del rinvio. Questo ha sospeso il giudizio sottoponendo alla Corte di giustizia dell'Unione europea diverse questioni pregiudiziali che possono essere così riassunte: quali sono i limiti, secondo quanto previsto dall'art.20 della diret-

* Assegnista di ricerca, Scuola Superiore Sant'Anna.

tiva 2013/33/UE (cd. direttiva rimpatri) entro i quali gli Stati membri possono adottare sanzioni nei confronti di soggetti richiedenti protezione internazionale che si rendono protagonisti di episodi violenti e di disturbo dell'ordine pubblico? La Corte è stata quindi chiamata a valutare se vi è una qualche compatibilità tra la revoca delle condizioni materiali di accoglienza e la tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a tale tipo di provvedimento sanzionatorio.

2. Il pronunciamento della Corte di giustizia dell'Unione europea

Al fine di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate, i giudici hanno dovuto riflettere sull'effettiva interpretazione dell'art.20 della direttiva rimpatri e sugli effetti che questa può avere nei confronti dei soggetti richiedenti asilo. I primi tre punti della disposizione in oggetto specificano che gli Stati membri possono decidere di revocare a tali soggetti il beneficio delle condizioni materiali di accoglienza solamente in casi specifici e circostanziati. Questo può accadere quando le persone hanno occultato risorse finanziarie per poter usufruire dei benefici delle procedure di accoglienza, o quando non hanno rispettato gli obblighi inerenti all'esame della loro domanda di protezione internazionale, come il dover presentarsi di fronte alle autorità per fornire informazioni inerenti alla propria condizione.

L'attenzione della Corte si è incentrata particolarmente su quanto previsto dall'art. 20 (4) della direttiva rimpatri, secondo il quale lo Stato accogliente ha il potere di imporre sanzioni ai soggetti richiedenti asilo che hanno infranto le regole del centro accoglienza e/o si sono resi protagonisti di episodi violenti e di turbamento dell'ordine pubblico. I giudici hanno osservato che sussiste un certo grado di discrezionalità per gli Stati in merito ai provvedimenti da adottare in tale ambito, poiché la direttiva in questione non fornisce una definizione specifica di "sanzione". L'esercizio di tale margine discrezionale deve però rispettare una serie di criteri particolarmente stringenti per poter essere considerato legittimo. L'imposizione di un provvedimento sanzionatorio deve infatti rispettare i criteri di imparzialità, obbiettività, adeguata motivazione e proporzionalità rispetto alla particolare situazione del richiedente e deve, in ogni caso, salvaguardare il suo accesso all'assistenza sanitaria e un tenore di vita dignitoso; in particolar modo deve essere conforme a quanto previsto dall'art. 1 della Carta dei Diritti Fondamentali

dell'Unione europea.¹ Il richiedente asilo non può essere privato in alcun modo della possibilità di soddisfare i propri bisogni primari come nutrirsi o lavarsi e trovare un posto dove dormire, poiché una simile situazione risulterebbe incompatibile con il rispetto della dignità umana. Il rispetto del criterio della proporzionalità della sanzione vuole che gli Stati tengano maggiormente conto delle necessità delle persone coinvolte quando queste si trovano in uno stato di particolare bisogno, come nel caso del minore non accompagnato Haqbin, classificato come “persona vulnerabile” secondo quanto previsto dall'art.21 della direttiva 2013/33/UE. Gli Stati, nell'attuare quanto previsto dalla normativa in esame, devono tenere conto primariamente dell'interesse superiore del minore.

Alla luce di quanto esposto, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha concluso che l'art.20 della direttiva 2013/33/UE impedisce ai Paesi membri di adottare sanzioni nei confronti di soggetti richiedenti asilo che includa la revoca a questi ultimi delle condizioni materiali di accoglienza, poiché sarebbe un provvedimento lesivo della dignità umana delle persone coinvolte. Le sanzioni devono infatti essere proporzionate rispetto alla finalità perseguita e devono inoltre essere parametrare sulle esigenze del caso concreto. Nel caso di un soggetto particolarmente fragile, come un minore non accompagnato, le cautele da adottare prima di decidere un provvedimento sanzionatorio devono essere ancora più numerose e stringenti, proprio in virtù dello status della persona coinvolta.

3. Il valore della dignità umana nell'accoglienza dei richiedenti asilo

La sentenza in esame permette di stimolare una riflessione in merito alle tutele minime da garantire ai soggetti richiedenti protezione internazionale in territorio europeo. La sentenza in esame propone dei criteri per individuare un punto di equilibrio tra due interessi contrapposti: da una parte, la necessità degli Stati membri di preservare l'ordine pubblico e la sicurezza all'interno del proprio territorio nazionale, dall'altra la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti richiedenti protezione internazionale.

I giudici della Corte di giustizia hanno trovato nel valore della dignità umana il limite invalicabile che non può essere superato da qualsiasi voglia misura o provvedimento di origine statale.

¹ Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, in GUUE 2000/C 364/1, 18 Dicembre 2000.

Oggetto di controversia è la corretta interpretazione dell'art. 20 della direttiva rimpatri, secondo il quale sussiste la possibilità per gli Stati di adottare sanzioni nei confronti di richiedenti asilo che si sono resi protagonisti di episodi violenti e/o che non hanno rispettato le regole del centro accoglienza in cui soggiornano. La Corte, pur confermando la sussistenza di questo potere sanzionatorio, lo ha sottoposto a numerosi criteri stringenti; le sanzioni devono essere necessarie, proporzionate alla finalità perseguita e non devono comportare la violazione della dignità umana delle persone verso cui sono indirizzate. Secondo l'opinione dei giudici, già espressa nel punto 92 della precedente sentenza *Jawo*², lo Stato ha il dovere di garantire che le persone affidate alla sua custodia possano provvedere ai bisogni primari come il vitto, l'alloggio e il vestiario.

Il principio della "continuità di assistenza", sancito dal considerando 8 della direttiva rimpatri e ricordato dall'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni³, prevede poi che un richiedente asilo non possa essere lasciato senza assistenza, neppure perché sottoposto a sanzioni di qualsiasi tipo.

La Corte ha riconosciuto poi che particolari tutele devono essere inoltre garantite ai soggetti ritenuti in uno stato di particolare fragilità. Il caso di specie aveva infatti come protagonista un minore proveniente da un Paese esterno all'Unione europea giunto in Belgio non accompagnato. Il superiore interesse del minore, che si concretizza in una continua attenzione al suo benessere fisico e psicologico, nonché nella protezione della sua crescita, deve guidare l'azione degli Stati europei anche nell'attuazione di quanto previsto dalla direttiva rimpatri. Il margine discrezionale dello Stato nell'adozione di provvedimenti sanzionatori deve ridursi ancora di più di fronte alle necessità di un soggetto particolarmente fragile e bisognoso come il minore.

I giudici, per le motivazioni appena esposte, hanno concluso che la revoca delle condizioni materiali di accoglienza comporterebbe una violazione della dignità umana e per questo non è un provvedimento compatibile con la normativa europea. Occorre segnalare che l'Avvocato Generale ha espresso una posizione parzialmente diversa, pur partendo dai medesimi presupposti; secondo la sua opinione, il non fornire più gli aiuti fondamentali ai soggetti richiedenti protezione internazionale può essere una sanzione legittima a patto che venga accompagnata dal ricorso a servizi di assistenza sociale per tutelare le necessità di tali soggetti. Si ritiene preferibile la soluzione adottata dai

² CGUE, sentenza del 19 Marzo 2019, *Jawo*, C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218.

³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sánchez-Bordona, 6 Giugno 2019, *Haqbin*, Causa C-233/18, ECLI:EU:C:2019:468.

giudici per diversi ordini di motivi. Il primo, di carattere meramente logico, è basato sul fatto che una sanzione così come prospettata dall'Avvocato Generale avrebbe presumibilmente uno scarso effetto; il soggetto punito non andrebbe incontro a nessun effetto concreto, poiché non vedrebbe l'interruzione dell'assistenza fornitagli. Cambierebbe solamente l'ente preposto a fornire gli aiuti. Da un punto di vista più strettamente giuridico, un simile accorgimento rischierebbe di porre in secondo piano il carattere umanitario dell'assistenza, che è invece basata sulla tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte.

La Corte ha quindi individuato proprio nella dignità umana un valore imprescindibile che non può essere trascurato dagli Stati nella gestione dei fenomeni migratori. La sentenza in esame rappresenta un'importante presa di posizione proprio sotto questo aspetto: le misure di sicurezza interne e la tutela dell'ordine pubblico nazionale non sono interessi che possono legittimare un trattamento lesivo della dignità dei soggetti richiedenti asilo e, più in generale, dei migranti stessi.

A PROPOSITO DEL REATO DI TRATTA.
LA GRANDE CAMERA FISSA UN DECALOGO

Francesca Curi*

SOMMARIO: 1. Il fatto storico “miserabile”. – 2. I punti salienti della vicenda giudiziaria. – 3. Le pronunce della Corte Edu. – 4. Interferenze tra formanti nazionali ed europei: i legislatori nazionali. – 5. Un’opinione concorrente animata da buone intenzioni. Principio di efficacia: la logica *intensive/extensive* e la tensione con il principio di tassatività.

1. *Il fatto storico “miserabile”*

Il 25 giugno 2020 la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo ha deciso la causa *S.M. c. Croazia* in tema di tratta interna a fini di prostituzione. La decisione si contraddistingue per alcuni profili di grande interesse, tra i quali certamente la novità relativa alla possibilità di configurare il reato di tratta anche nel caso in cui la condotta criminale non abbia i caratteri della transnazionalità, ma si svolga tra concittadini, entro i confini dello Stato di appartenenza (nella vicenda giudicata il fatto ha avuto luogo interamente in Croazia e croati erano l’autore del reato e la vittima¹).

Partiamo dal fatto storico. Una giovane donna (S.M.), dopo alcuni anni passati con una famiglia affidataria per problemi con quella di origine, si trasferisce in una struttura pubblica per minori, dove completa la sua formazione professionale. Terminati gli studi, torna a vivere con il padre e saltuariamente fa visita alla madre. Nel settembre 2012 presenta una denuncia contro un certo T.M. per essere stata costretta in più occasioni, con violenza fisica e psicologica, a prostituirsi.

La ragazza dichiara di essere stata contattata via Facebook dall’uomo, che si era presentato come amico dei suoi genitori. In occasione del primo incontro, avvenuto in un bar del paese, l’uomo le aveva proposto di aiutarla a trovare un lavoro. Tuttavia, non le sarà difficile comprendere quali siano le sue reali intenzioni, poiché già a seguito del primo appuntamento, in attesa

* Professoressa associata di Diritto penale, Università di Bologna.

¹ Corte Edu (Grande camera), sentenza del 25 giugno 2020, *S.M. v. Croazia*, ric. n. 60561/14.

di trovare l'impiego più adatto a lei, viene indotta a svolgere prestazioni sessuali e costretta a consegnare all'uomo la metà del ricavato. La ragazza prova a ribellarsi, ma viene costretta con la forza ad avere rapporti sessuali con T.M., oltre a subire ripetutamente violenze fisiche. Lo sfruttatore la colloca in un appartamento, anche allo scopo di poterla sorvegliare più strettamente, prelevandola ogni giorno ed accompagnandola nei vari luoghi, nei quali avvengono gli incontri sessuali.

Approfittando di un'assenza prolungata del suo sfruttatore, la vittima abbandona l'appartamento e si rifugia presso un'amica. Per alcuni mesi l'uomo la perseguita con messaggi che implorano il suo ritorno, promettendole di non farle più alcun male, ma a fronte del prolungato silenzio della giovane, l'uomo inizia a minacciare l'incolumità sua e dei suoi genitori. La ragazza riesce a resistere e non cadere nella trappola una seconda volta. Tuttavia, trascorso un anno, l'uomo ricomincia a molestarla, scrivendole messaggi nei quali dichiara che, se non lo asseconderà, questa volta non esiterà ad aggredire sua madre e sua sorella. La ragazza, particolarmente spaventata, decide di denunciare T.M., rivolgendosi alle forze di polizia locale.

2. I punti salienti della vicenda giudiziaria

Lo stesso giorno nel quale viene presentata la denuncia penale, la polizia informa l'ufficio della Procura della città di Z., che avvia delle indagini per sfruttamento della prostituzione e stupro. Emerge che T.M. aveva lavorato come poliziotto per un certo numero di anni e che era stato un membro della polizia speciale durante la guerra in Croazia, negli anni '90. Si era ritirato dalla polizia nel 2001 e nel 2005 era stato condannato ad una pena di sei anni e mezzo di reclusione per il reato di induzione alla prostituzione con coercizione, ai sensi dell'articolo 195 §§ 2 e 3², e per stupro, ai sensi dell'articolo

² Va precisato che l'attuale codice croato, approvato nell'ottobre 2011, è entrato in vigore il primo gennaio 2013. L'art.195 (Sfruttamento della prostituzione) al §2 afferma: "Chiunque, a scopo di lucro, organizza o gestisce per un'altra persona la prestazione di servizi sessuali è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni". Il successivo §3: "Chiunque, a scopo di lucro, costringe o induce una persona a fornire servizi sessuali mediante l'uso della forza o la minaccia dell'uso della forza o mediante l'inganno deve essere punito con la reclusione da uno a cinque anni".

188 § 1³, del codice penale croato. Esce dal carcere in libertà condizionale nel maggio 2009.

T.M. soffre di un disturbo post traumatico da stress (PTSD), dovuto al suo vissuto in guerra, ed ha sviluppato una seria alterazione della personalità. Ha ricevuto cure psichiatriche per diversi anni. Viste le condizioni particolari dell'imputato, il Tribunale di primo grado dispone una perizia, che accerta una ridotta capacità di T.M. a comprendere la natura degli atti processuali, sebbene non in misura così significativa da escludere completamente la capacità processuale. La relazione del perito raccomanda che, in caso di condanna, all'imputato venga applicato un trattamento psichiatrico obbligatorio.

Durante le fasi prodromiche al processo viene ordinata la detenzione preventiva, che durerà fino all'esito del primo grado, che si concluderà nel febbraio 2013 con l'assoluzione di T.M. perché non risulta provata l'induzione con violenza alla prostituzione (ex art. 195 § 3 c.p.c.), non ritenendosi sufficientemente dimostrato lo stato di costrizione, elemento costitutivo del reato contestato. La prova decisiva sulla quale era stata costruita l'accusa era rappresentata dalla testimonianza della vittima, ma i giudici del Tribunale non l'hanno ritenuta sufficientemente affidabile, ravvisando tratti di incoerenza, illogicità e perfino elementi di contraddizione con le dichiarazioni fornite dalle testimonianze, richieste dalla stessa persona offesa.

Un mese dopo la pronuncia della sentenza, la Procura instaura il procedimento di appello, ritenendo che la vittima abbia fornito dichiarazioni coerenti, credibili, logiche, convincenti ed in ogni caso comprovanti la costrizione alla prostituzione.

Un anno dopo nel 2014 il Tribunale distrettuale respinge il ricorso della Procura e conferma la sentenza di primo grado, condividendo la motivazione e la ricostruzione dei fatti così come stabiliti dal Tribunale cittadino.

All'esito di questo secondo arresto giurisprudenziale, la donna presenta un reclamo alla Corte costituzionale, lamentando un uso inappropriato dei meccanismi del diritto penale, la presenza di difetti nella valutazione delle prove e l'incapacità di riclassificare il reato, da parte delle autorità giudicanti. Inoltre, denuncia di non aver ricevuto alcun aiuto o assistenza psicologica durante l'udienza in tribunale, che le sarebbero stati necessari per fronteg-

³ Art. 188 (Stupro) § 1: "Chiunque costringa un altro con la forza o con la minaccia di un'aggressione immediata alla sua vita o alla sua integrità fisica, o alla vita o integrità fisica di una persona a lui vicina, ad avere rapporti sessuali o equivalenti all'atto sessuale sarà punito con la reclusione da uno a dieci anni".

giare la paura e la pressione che sentiva a causa della presenza in aula dell'imputato.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso, perché la ricorrente non ha il diritto di presentare un reclamo costituzionale riguardante un procedimento penale promosso nei confronti di altra persona.

Per completare il quadro dei provvedimenti assunti dalle autorità locali, è bene rammentare che sin dall'inizio, cioè già nel dicembre 2012, la giovane donna riceve dal Ministero dell'Interno il riconoscimento dello status di vittima di tratta. Tale condizione avvia la procedura di affidamento alla Croce Rossa croata, che ha il compito di provvedere alla sua sistemazione presso un alloggio sicuro, all'attivazione di controlli medici, al sostegno psico-sociale, all'assistenza legale e agli aiuti materiali. La ONG "Centro Rosa", con competenze di assistenza legale, verrà incaricata di seguire tutto l'iter giudiziario e non mancherà di insistere in ogni grado di giudizio sulla natura coercitiva dell'induzione alla prostituzione.

3. *Le pronunce della Corte Edu*

Nell'agosto 2014 la giovane donna presenta ricorso presso la Corte europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando l'inadeguatezza del diritto interno e la mancanza di idonee garanzie processuali da parte delle autorità locali, in merito alla denuncia di sfruttamento alla prostituzione da parte di T.M. In particolare, S.M afferma che i giudici croati non sono riusciti a chiarire tutte le circostanze del caso, non hanno assicurato una sua partecipazione al procedimento in modo sufficientemente garantito e non hanno correttamente qualificato il reato. La ricorrente ha invocato la violazione degli articoli 3, 4 e 8 della Convenzione. La Corte, esercitando le sue prerogative nella qualificazione legale dei fatti di causa, ha ritenuto di valutarli alla stregua del solo art. 4 Convenzione Edu⁴.

⁴ La norma disciplina la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, nei seguenti termini: "nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio". Sul tema, recentemente si veda M. BORRACCETTI, *Il contrasto alla tratta di persone a partire dal Consiglio europeo di Tampere 1999: attualità e criticità*, in AA. VV. *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, a cura di M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, Milano 2020, 686 ss.; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distin-*

La Corte, composta da sette giudici riuniti in prima sezione, nel 2018 ha ritenuto che il quadro normativo nazionale fosse sufficientemente esaustivo e prevedesse misure adeguate nella lotta contro il traffico, ma anche lo sfruttamento, delle donne e che non rilevasse, tanto per le fonti nazionali, quanto per quelle internazionali, un eventuale consenso della vittima.

Anche sotto il profilo dell'adeguata assistenza morale, psicologica e materiale, la Corte ha rigettato le argomentazioni sostenute dalla ricorrente, ritenendo che era stata fornita una tutela legale gratuita dallo Stato, e che le era stata data immediatamente la possibilità di deporre in assenza dell'accusato, quando richiesta.

I giudici hanno, però, riscontrato che le autorità croate non avevano indagato correttamente sulla vicenda, non udendo i testimoni chiave, né tantomeno valutando correttamente il timore della vittima, provocato dalle minacce dell'uomo e dalla condizione di totale dipendenza economica da lui (timore che avrebbe influenzato le prime deposizioni della donna, ritenute incoerenti dai giudici di prima istanza). La Corte ha perciò ritenuto che sia stato violato l'art. 4 della CEDU, per un'inadeguata istruttoria dei processi, celebrati dai giudici croati⁵.

È bene sin d'ora sottolineare un passaggio argomentativo espresso già dalla prima sezione della Corte, a luglio 2018, secondo il quale è irrilevante che la ricorrente sia una cittadina dello Stato convenuto, poiché nella fattispecie di tratta non è prescritto alcun carattere transnazionale della condotta. L'articolo 2 della Convenzione contro la tratta di esseri umani comprende "tutte le forme di tratta di esseri umani, sia nazionale che transnazionale", così come la Convenzione per la soppressione del traffico di esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione altrui descrive le condotte in generale, senza specificare che debbono avvenire a seguito dell'attraversamento di confini territoriali⁶.

zione con il traffico di migranti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2018, 86 ss.; L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2016; F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2016, 1763; A. GALLUCCIO, *Tratta di persone e sfruttamento lavorativo: a Strasburgo si fa sul serio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2017, 1196 ss.

⁵ S. CASU, *La tutela delle vittime di prostituzione forzata: il caso S.M. v. Croazia*, in *www.iusinitinere.it*, 13 maggio 2019.

⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, all'art. 2 (Campo d'applicazione) espressamente dichiara: "La presente convenzione si applica a tutte le

La decisione è stata deferita, su istanza dello Stato croato e ai sensi dell'art. 30 CEDU⁷, alla Grande Camera della Corte Europea.

Il 25 giugno 2020 la Corte, nella più autorevole composizione di 17 giudici, ha pronunciato sentenza con la quale ha riconosciuto che sia il traffico interno, che transnazionale, sono elementi costitutivi del fenomeno della tratta di esseri umani. Il perno normativo sul quale fa leva la motivazione della pronuncia è l'art.4 della Convenzione EDU, che nel richiamare i termini "schiavitù", "servitù" e "lavoro obbligatorio o forzato", sebbene non ne fornisca alcuna specifica definizione, compendia efficacemente quanto si trova più diffusamente esplicitato nelle diverse fonti sovranazionali.

I giudici della Grande Camera sono riusciti ad assegnare una fisionomia normativa definita e quindi a circoscrivere la portata applicativa dei concetti espressi nell'art.4. grazie ad una tessitura meticolosa degli elementi definitivi disseminati nelle numerose fonti di diritto internazionale. L'esordio avviene partendo dalla Convenzione del 1927, dedicata alla repressione della tratta degli schiavi e della schiavitù, che all'art. 1 consegna un contenuto precettivo estremamente tassativo⁸. Con riferimento alla "servitù", i giudici rinviano alla Convenzione del 1956, che nella premessa invoca la necessità di abolire completamente la servitù per debiti e lo stato servile. Infine, per riempire di contenuto i termini "lavoro forzato o obbligatorio", viene citata la Convenzione sul lavoro forzato o obbligatorio del 1930, approvata dall'Organizzazione internazionale del lavoro⁹.

forme di tratta di esseri umani, sia a livello nazionale che transnazionale, legate o meno alla criminalità organizzata." Non diversamente da quanto affermato nella Convenzione delle Nazioni Unite approvata nel 1949 sulla soppressione del traffico di esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione altrui.

⁷ «Se la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte, la Camera, fino a quando non abbia pronunciato la sua sentenza, può rimettere il caso alla Grande Camera a meno che una delle parti non vi si opponga.»

⁸ Articolo 1: "Ai fini della presente convenzione rimane convenuto che: 1° la schiavitù è lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi; 2° la tratta degli schiavi comprende qualunque atto di cattura, di acquisto o di cessione d'un individuo allo scopo di ridurlo in schiavitù; qualunque atto di acquisto di uno schiavo per venderlo o per cambiarlo; qualunque atto di cessione mediante vendita o cambio di uno schiavo acquistato per essere venduto o cambiato, così come, in generale, qualunque atto di commercio o di trasporto di schiavi."

⁹ All'art. 2 si afferma a chiare lettere che: "Ai fini della presente convenzione il termine

Un passaggio argomentativo importante si dipana nel confronto tra il Protocollo di Palermo e la Direttiva Anti-tratta, facendo emergere come la Direttiva sia applicabile a tutte le forme di traffico di esseri umani, sia nazionale che transnazionale, collegato a forme di crimine organizzato o meno¹⁰; mentre il Protocollo sia concentrato principalmente sul traffico transnazionale, realizzato attraverso forme di crimine organizzato¹¹. I giudici pongono una particolare enfasi sulla necessità di non escludere tipologie speciali di vittime dalla tutela penale, ma di comprendere nel focus della fattispecie anche le figure oggettivamente vulnerabili, dando in questo modo spessore applicativo ai contenuti della Direttiva, rivolta a tutelare ogni singolo essere umano, con ciò esigendo un'interpretazione ed applicazione delle proprie norme tali da rendere le sue garanzie pratiche ed efficaci¹².

Va aggiunto, così come fatto rilevare da una parte terza interveniente¹³, che il traffico interno è attualmente di gran lunga la più diffusa forma di traffico di esseri umani ed è anche per questo che la Corte sostiene che gli obblighi positivi, ai quali sono soggetti gli Stati membri, contenuti nell'art.4 della Convenzione EDU, debbono essere letti alla luce della Direttiva Anti-tratta.

Accanto al dato normativo, viene richiamato anche il formante giurisprudenziale sull'art. 4 Convenzione EDU espresso dalla stessa Corte, così come si è stratificato nel corso di questi ultimi anni. Tra le non molto numerose pronunce, i giudici segnalano innanzitutto il precedente *Siliadin c. Francia*, che nel 2005 vede la Corte stabilire per la prima volta una violazione dell'articolo 4 Convenzione EDU da parte di uno Stato¹⁴. Si pone l'accento sulle caratteristiche che distinguono le diverse condotte vietate dall'articolo 4 della Convenzione EDU, chiarendo che ciascun comportamento deve essere valutato in base alla defini-

lavoro forzato o obbligatorio indica ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una punizione o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente”.

¹⁰ Direttiva 2011/36/EU del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 sulla Prevenzione e repressione del traffico di esseri umani e sulla protezione delle vittime (la Direttiva “Anti-tratta”).

¹¹ Si definisce “Protocollo di Palermo” la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, firmata nel capoluogo siciliano il 15 dicembre 2000.

¹² Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, Caso di S.M. v. Croazia, 295.

¹³ Centro di ricerca “L'altro diritto”, Università di Firenze (Case of S.M. v. Croazia, 269).

¹⁴ La vicenda riguarda Siliadin, una ragazza quindicenne che, portata dal Togo in Francia da una famiglia francese con l'intenzione di farla studiare, fu invece messa al lavoro senza retribuzione come domestica: una volta confiscatole il passaporto, fu obbligata a lavorare 15 ore al giorno senza alcun giorno di riposo per diversi anni.

zione contenuta nel diritto internazionale e che la differenza tra essi è una questione di intensità, poiché dipende dal livello di sfruttamento raggiunto. Inoltre, la Corte in questa importante pronuncia coglie l'occasione per sottolineare il carattere cogente degli obblighi positivi, di cui si devono fare carico i singoli Stati, e che si trovano implicitamente contenuti nell'art. 4 della CEDU¹⁵.

Nel 2010, con il caso *Rantsev c. Cipro e Russia*, la Corte affina ulteriormente le proprie linee guida, pronunciandosi su una questione di tratta di esseri umani a scopo di sfruttamento sessuale¹⁶. È in questa occasione che si spinge ad affermare che al crescente innalzamento degli standards richiesti, nell'ambito della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, deve corrispondere e inevitabilmente è richiesta una grande fermezza nel valutare le violazioni dei valori fondamentali delle società democratiche. Inoltre, in questa occasione amplia la portata interpretativa del concetto di schiavitù, fino a ricomprendere situazioni *de facto* e non solo *de jure*, nelle quali viene esercitato su una persona un controllo equivalente al possesso.

Il limite di questa pronuncia è quello di non aver reso esplicito come il reato di tratta di esseri umani rientri nell'art. 4 della Convenzione EDU, cioè più in particolare rispetto a quale delle tre condotte ivi descritte sia riconducibile. Si afferma la sussistenza di un collegamento, senza però fornire alcuna motivazione. Anche nel caso *J. and Others c. Austria* nel gennaio 2017 la Corte invoca il reato di tratta, ma anche secondo l'opinione concorrente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque non vengono spiegate con sufficiente chiarezza le relazioni tra le diverse fattispecie: «non tutto il lavoro forzato è traffico, così come non tutto il traffico è schiavitù». Le condotte sussumibili nella fattispecie di tratta possono costituire il prodromo del conseguente sfruttamento, «ma può esserci traffico di esseri umani senza sfruttamento successivo e può esserci sfruttamento senza precedente traffico»¹⁷.

¹⁵ V. MILANO, *Un approccio integrale per combattere la tratta degli esseri umani? Il contributo della Corte Europea e Interamericana dei diritti umani*, in *Deportate, esuli, profughe. Rivista telematica di studi sulla memoria femminile*, 40/2019, 21.

¹⁶ Il caso riguardava la tratta e poi l'uccisione di una giovane donna russa, che era stata reclutata per lavorare come "artista di cabaret" in un locale di Cipro (che diverse organizzazioni avevano denunciato come copertura per la prostituzione). La morte della donna avvenne in circostanze sospette a seguito di uno conflitto con l'uomo per cui aveva lavorato (Corte Edu, sentenza del 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, ric. n. 25965/04).

¹⁷ Per un'analisi più complessiva sulla decisione della Corte, sia consentito rinviare a: F.CURI, *Un caso di sfruttamento lavorativo deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: qual è la strada da percorrere?*, in *Penale Diritto e Procedura*, 2/2020, 373.

Solo qualche mese più tardi la Corte si pronuncia sul caso *Chowdury and Others c. Grecia*, compiendo quasi un impercettibile passo avanti, là dove afferma che la vicenda portata al suo esame assume i caratteri del “lavoro forzato” e congiuntamente della tratta di esseri umani, ma lo sforzo si arresta qui perché ancora una volta non si spinge oltre una semplice giustapposizione delle due fattispecie¹⁸.

È con la vicenda in esame che i giudici strasburghesi fissano alcuni punti innovativi introducendo una sorta di decalogo dettagliato:

(i) La tratta di esseri umani rientra nell’ambito di applicazione dell’articolo 4 della Convenzione EDU. Ciò, tuttavia, non esclude che, nelle particolari circostanze di un singolo caso specifico, una condotta correlata alla tratta di esseri umani possa essere riconducibile ad un’altra disposizione della Convenzione;

(ii) Per qualificare un fatto ai sensi dell’articolo 4 della Convenzione EDU è necessario che ricorrano gli elementi costitutivi della tratta (azione, mezzi, scopo), ai sensi della Convenzione Anti-tratta e del Protocollo di Palermo. A questo riguardo, il raggio di azione dell’articolo 4 della Convenzione EDU, comprende un concetto di tratta di esseri umani sia a livello nazionale, che transnazionale, indipendentemente dal fatto che vi sia un collegamento con la criminalità organizzata;

(iii) La nozione di “lavoro forzato o obbligatorio” ai sensi dell’art. 4 della Convenzione EDU mira a proteggere da casi di grave sfruttamento, come quelli che si verificano nella prostituzione forzata, a prescindere dalla ricorrenza di elementi fattuali riconducibili ad un contesto specifico di tratta di esseri umani. La condotta di sfruttamento può anche arrivare ad essere qualificata come “schiavitù” o “servitù”, sempre ai sensi dell’art. 4, o di altra disposizione della Convenzione EDU, qualora ne ricorrano gli estremi;

(iv) È questione di fatto, che va risolta alla luce delle circostanze del singolo caso concreto, se una particolare situazione esprima gli elementi costitu-

¹⁸ Corte Edu, sentenza del 30 marzo 2017, *Chowdury and Others c. Grecia*, ric. n. 21884/15. Il caso riguarda 42 uomini del Bangladesh reclutati senza permesso di lavoro per raccogliere fragole in una azienda agricola in Grecia. Alloggiati in condizioni degradanti, lavoravano 12 ore al giorno sotto la supervisione di guardie armate e senza ricevere la retribuzione prospettata. Quando un centinaio di lavoratori si diresse dal datore di lavoro per reclamare il salario, una delle guardie armate aprì il fuoco, ferendo gravemente trenta lavoratori. I datori di lavoro e la guardia armata furono arrestati e processati per tentato omicidio e tratta degli esseri umani, ma all’esito del procedimento furono assolti da entrambe le accuse e costretti a pagare una lieve multa.

tivi della “tratta di esseri umani” e/o dia luogo a una distinta qualificazione in termini di prostituzione forzata¹⁹.

A corredo di queste indicazioni espresse sul merito specifico del reato di tratta, i giudici colgono l'occasione anche per delineare con maggiore precisione quali siano gli obblighi positivi, derivanti dall'art. 4 Convenzione EDU e gravanti su ciascun Stato membro. Indicano così la necessità di predisporre una legislazione e un quadro amministrativo in grado di proibire e punire le ipotesi di traffico di esseri umani; l'obbligo, in certe circostanze, di assumere misure operative per proteggere le vittime trafficate; infine, l'obbligo di attivare opportune indagini in merito a situazioni di potenziale traffico di esseri umani²⁰.

In chiusura i giudici della Grande Camera affrontano il tema delicato dello sfruttamento della prostituzione, che assume configurazioni normative diverse a seconda dello Stato membro nel quale si compie. I giudici affermano con decisione che, se la prostituzione viene fatta esercitare coattivamente, si genera una menomazione grave della dignità umana. Pertanto, se manca il carattere coercitivo dello sfruttamento alla prostituzione, non si può considerare integrato il requisito di cui all'art. 4 della Convenzione EDU, che descrive una costrizione a svolgere un “lavoro forzato o obbligatorio”. È così che la Corte, nella sua composizione più autorevole, giunge ad affermare che la nozione di “lavoro forzato o obbligatorio” ai sensi dell'articolo 4 della Convenzione EDU ha la finalità di proteggere da casi di grave sfruttamento, tra i quali senz'altro rientra la prostituzione forzata, indipendentemente dal fatto che, nelle circostanze particolari di uno specifico caso, ci siano anche gli estremi del reato di tratta degli esseri umani.

La Corte all'unanimità, presidente il giudice Robert Spano, conferma che vi è stata violazione dell'art. 4 della Convenzione EDU e condanna la Croazia a pagare entro tre mesi la somma di cinque mila euro alla ricorrente S.M. a titolo di danno morale.

4. *Interferenze tra formanti nazionali ed europei: i legislatori nazionali*

In Croazia la fattispecie di traffico di esseri umani è descritta all'art. 106 del codice penale, che enumera una molteplicità estremamente ricca ed arti-

¹⁹ Corte Edu, Grande Camera, sentenza del 25 giugno 2020, *S.M. v. Croazia*, 303.

²⁰ Corte Edu, Grande Camera, sentenza del 25 giugno 2020, *S.M. v. Croazia*, 306.

colata di condotte criminose. Si applica la pena della reclusione da uno a dieci anni a *chiunque con l'uso della forza, della minaccia, della frode, dell'inganno, attuando un rapimento, con abuso di potere o [abuso] di una situazione difficile o di una relazione di dipendenza, dando o ricevendo pagamenti o benefici per conseguire il consenso di una persona che ha il controllo su un'altra persona, o in qualsiasi altro modo recluta, trasporta, trasferisce, ospita o riceve una persona o scambia o trasferisce il controllo su una persona ai fini dello sfruttamento del suo lavoro mediante mezzi di lavoro forzato, servitù, schiavitù o un rapporto simile, o per il suo sfruttamento alla prostituzione o altre forme di sfruttamento sessuale inclusa la pornografia, o allo scopo di contrarre un matrimonio illegale o forzato, o per il prelievo di organi, o per la sua partecipazione a conflitti armati, o per commettere un atto illegale.*

La scelta sanzionatoria appare a colpo d'occhio eccessivamente moderata; in Italia la corrispondente fattispecie, descritta all'art. 601 c.p., prevede una forbice edittale sostanzialmente doppia, con una reclusione che va da un minimo di otto ad un massimo di vent'anni. Ma è un altro l'aspetto che solleva non poche perplessità: non si leggono indicazioni che prescrivano una configurazione anche transnazionale delle varie condotte ivi elencate. Alla luce delle ormai acquisite conoscenze sulle dinamiche di questo 'mercato criminale', il maggior profitto si alimenta proprio dal flusso attraverso le frontiere. Mentre il legislatore italiano ha espressamente inserito, tra le altre, l'ipotesi di chi *'introduce nel territorio dello Stato o trasferisce anche al di fuori di esso'* la vittima di tratta, il legislatore croato si ferma a descrivere le numerose modalità di realizzazione del reato di tratta purché abbiano origine, sviluppo e termine entro i confini croati. Questa lacuna indebolisce sicuramente l'efficacia repressiva contro forme di criminalità organizzata, che sempre più frequentemente operano attraverso più Stati contemporaneamente.

Sotto un diverso profilo, invece, la norma croata è più ricca della corrispondente italiana, poiché rientrano nel raggio di azione del reato di traffico di esseri umani croato talune condotte che il codice penale italiano non ha previsto, come: la pornografia quale effetto di sfruttamento sessuale, il matrimonio illegale o forzato e la partecipazione a conflitti armati.

Infine, può apparire come ridondante tuziorismo la scelta croata di prevedere, al settimo comma dell'art. 106, l'irrilevanza del consenso della vittima ai fini della configurazione del reato. Se, tuttavia, si considera che tra le numerose modalità di espressione del fatto delittuoso c'è anche lo sfruttamento ai fini della prostituzione, precisare che la vittima, quand'anche con-

senziente, non solleva da responsabilità penali il suo sfruttatore, ha una valenza anche in chiave sociologica di indiscutibile rilievo.

Per completare il quadro del formante legislativo croato, un ultimo cenno ad una scelta piuttosto opinabile. Al successivo art. 175 viene sostanzialmente duplicata la disciplina del reato di tratta. Sin dalla rubrica si riproduce la stessa nomenclatura dell'art. 106 (Traffico di esseri umani), salvo accostare anche il termine 'schiavitù'. L'articolo si differenzia perché proprio nell'incipit, è presente un richiamo alle regole del diritto internazionale, assente nell'art. 106, ma la cui funzione pratica è di modesta rilevanza. Per il resto le due norme corrono su un binario parallelo, se non addirittura sovrapposto, e l'unico elemento che esclude che si sia trattato di una ridondanza del tutto pleonastica risiede nella finalità della riduzione in schiavitù della vittima, che deve contraddistinguere l'agire dell'autore nella seconda fattispecie²¹.

5. *Un'opinione concorrente animata da buone intenzioni. Principio di efficacia: la logica intensive/extensive e la tensione con il principio di tassatività*

Meritevole di attenzione la concorrente opinione espressa dal Giudice Serghides, che pur aderendo alla decisione finale, non ritiene necessario lo sforzo compiuto dalla Corte nella ricerca di una definizione di cosa sia la "tratta di esseri umani" e lo "sfruttamento della prostituzione", per quanto riconosca che tale impegno sia stato rivolto a stabilire la connessione tra la condizione lamentata dalla ricorrente e la disciplina contenuta nell'art. 4, §2, della Convenzione. A suo parere questi concetti, che per altro non sono specificamente menzionati nell'art. 4, § 2, sono solo casi o sottocategorie di "lavoro forzato o obbligatorio", ma non coprono l'ampia estensione semantica di quest'ultimo concetto.

Come appare dalla giurisprudenza della Corte (si vedano i § 281-285 del-

²¹ Article 175, Trafficking in human beings and slavery "(1) A person who violates the rules of international law in that he or she by the use of force or of a threat to use force, by means of fraud, by abuse of power or of a position of vulnerability or in any other manner for the purposes of slavery or a similar relationship, forced labour, sexual exploitation, prostitution or illegal human organ transplant recruits, buys, sells, hands over, transports, transfers, harbours, receives a person or entices or acts as an intermediary in the sale or transfer of a person for such purposes or keeps a person in slavery or a similar relationship, shall be punished by imprisonment for one to ten years".

la sentenza), il “lavoro forzato o obbligatorio”, in generale, indica qualsiasi forma di lavoro o servizio che sia preteso da una persona senza la sua volontà, per mezzo della forza fisica o mentale o esercitando una costrizione attraverso la minaccia di un grave pericolo o danno.

Ad avviso del Giudice Serghides, la domanda da porsi è se il reclamo della ricorrente, cioè il fatto che lei lamenta, possa essere fatto rientrare sotto la definizione di “lavoro forzato o obbligatorio” ai sensi dell’art. 4, § 2, della Convenzione. Si tratta di un concetto ampio ed autonomo, suscettibile di interpretazione evolutiva, tale da consentire un suo adattamento attraverso il diritto vivente. La natura generica di questo concetto è comunque contenuta dalle disposizioni del paragrafo successivo dell’articolo 4, vale a dire il paragrafo 3, lettere a) - d), in cui vengono escluse espressamente dalla nozione di “lavoro forzato o obbligatorio” quattro categorie o tipi di lavoro o servizio. Il Giudice Serghides si fa promotore di un “approccio metodologico diretto”, tale da superare la definizione dei concetti di “tratta di esseri umani” e “sfruttamento della prostituzione”, ritenendole perifrasi dotate di caratteri molto sfuggenti. La soluzione che propugna avrebbe il merito di valorizzare l’estensione applicativa dell’art. 4, §2, della Convenzione, perfettamente funzionale e compatibile con gli scopi di tutela ai quali è ispirato.

Secondo la logica aristotelica, si presentano due accezioni di un concetto: l’intensione (altrimenti: connotazione, comprensione, definizione o profondità), che consiste nelle qualità essenziali, proprietà o caratteristiche di un concetto e l’estensione (altrimenti: denotazione, classificazione o ampiezza), che esprime gli argomenti o i casi a cui tale concetto si riferisce. Una comprensibile esemplificazione si ha facendo ricorso al termine “nave”. L’intensione di questo termine sarebbe un “veicolo per trasporto su acqua”, mentre la sua estensione abbraccerebbe navi da carico, navi passeggeri, corazzate e velieri. Secondo il Giudice Serghides queste due dimensioni sono importanti per interpretare un termine contenuto nella Convenzione perché «aiutano a offrire un’idea olistica del suo significato: in profondità e ampiezza. Una comprensione più profonda dei termini della Convenzione è necessaria per un’efficace protezione dei diritti umani.»

L’approccio olistico all’interpretazione di una disposizione della Convenzione esprime una delle proprietà più significative del principio di efficacia, come norma di diritto internazionale e metodo di interpretazione. È così che il Giudice Serghides applica alla locuzione “lavoro forzato o obbligatorio” il significato che il termine ha secondo la scienza logica. L’intensione del termine “lavoro forzato o obbligatorio” è qualsiasi lavoro che può essere ca-

ratterizzato come forzato o obbligatorio, poiché avviene contro la volontà dell'individuo. La "tratta di esseri umani" e lo "sfruttamento della prostituzione" rientrano indubbiamente nell'ambito dell'estensione di tale locuzione, ma la sua estensione non si limita solo a questi due esempi. Si tratta di esemplificazioni che rientrano nell'estensione o ampiezza del "lavoro forzato o obbligatorio", senza esaurirne i possibili significati. Tentare di delimitare l'estensione di questa locuzione – sempre ad avviso del giudice – comporterebbe la rimozione della distinzione tra intensione ed estensione finendo per identificate entrambe con la sola "tratta di esseri umani" e "prostituzione forzata". Tale risultato è in contrasto con la relazione richiesta dalla logica tra l'estensione e l'intensione di un termine, nonché con il principio di efficacia, che sostiene questa relazione a beneficio dell'effettiva tutela di un diritto. In logica esiste una relazione inversa tra estensione e intensione; man mano che l'intensione diminuisce, l'estensione aumenta e, viceversa, al diminuire dell'estensione, aumenta l'intensione. In breve, "l'estensione e l'intensità delle parole variano inversamente". Meno specifica è la definizione, tanto più è probabile che maggiori istanze e oggetti rientrino nello scopo della definizione.

Se alla parola "triangolo" aggiungiamo l'aggettivo "equilatero", l'intensione di "triangolo" aumenta e la sua estensione diminuisce. Al contrario, se omettiamo dal termine "triangolo equilatero" l'aggettivo "equilatero", l'intensione del termine diminuisce e la sua estensione aumenta.

Il Giudice Serghides, prendendo a prestito schemi di ragionamento logico-filosofico, individua l'accezione della locuzione "lavoro forzato o obbligatorio" alla luce della sua intensione ed estensione e mantiene la necessaria relazione inversa tra queste due dimensioni, in ossequio al principio di efficacia.

Per quanto queste considerazioni siano state espresse a margine di un *decisum* collegiale ed inoltre in forma adesiva rispetto alla deliberazione unanime, ciò non di meno sollevano una questione molto delicata. Quale tensione si produce tra il perseguimento di un principio di efficacia e il rispetto del principio di determinatezza della fattispecie? La precisione nella formulazione dell'illecito penale e dei suoi elementi costitutivi esige che il legislatore compia uno sforzo costante di puntualizzazione dei termini e delle locuzioni, che descrivono il fatto tipico. La vocazione alla determinatezza è tanto più forte, tanto più il fatto è grave e più rigorose sono le sanzioni. Accanto al soddisfacimento di un'esigenza fondamentale di certezza del diritto, concorre anche un'immanente componente garantista, che evita che il soggetto che

subisce una pena possa essere strumentalizzato dall'ordinamento per puri scopi di prevenzione generale, mediante intimidazione. Tuttavia, si è consapevoli dell'impossibilità di esasperare l'esigenza di determinatezza-cerchezza-conoscibilità, fino al punto da non tollerare elementi che non siano rigorosamente descrittivi. La questione è fin dove si può tendere l'arco del significato di una norma, in questo caso, contenuta nella Convenzione dei diritti dell'uomo. Il principio di efficacia può travalicare il dato meramente letterale, inseguendo un teleologismo che, per quanto animato da buone intenzioni, si inclina sulla china di un piano contenutistico e valutativo?

La linea tratteggiata da questa opinione conforme, sebbene fuori dal coro, è certamente sollecitante, ciò non di meno il metodo invocato solleva questioni complesse ed estremamente delicate. Tirare troppo la corda, per ampliare l'arco del significato della norma, seguendo un approccio "diretto", ma meno rigoroso, può arrivare al punto da spezzarla, lasciando la voce di un giudice a Strasburgo declamare da solo senza che possa prodursi alcuna eco nelle giurisprudenze nazionali.

QUANDO IL SISTEMA ACCRESCE LA VULNERABILITÀ:
LA VITTIMA DI TRATTA SCIVOLA NELLE PIEGHE
DELL'ACCOGLIENZA

Francesco Moresco *

SOMMARIO: 1. I fatti di causa e il ricorso. – 2. La decisione. – 3. La revoca delle condizioni materiali di accoglienza nella giurisprudenza multilivello. – 4. Considerazioni di “particolare vulnerabilità”: vittime di tratta e obblighi di protezione integrati nel sistema di accoglienza.

1. *I fatti di causa e il ricorso*

La vicenda in esame¹ ha ad oggetto l'esclusione dalle misure di accoglienza di una cittadina nigeriana ospitata in un CAS laziale. In data 14 febbraio 2019, il Prefetto della Provincia di Roma, rilevato l'allontanamento della donna dal luogo di accoglienza per un periodo eccedente le 72 ore, procedeva, ai sensi dell'art. 23, co. 5, d.lgs. 142/2015, all'emissione di un decreto di revoca delle condizioni di accoglienza. La destinataria avrebbe preso conoscenza del contenuto del provvedimento soltanto due mesi dopo, a seguito dell'esperimento di una richiesta di accesso agli atti, essendo stata omessa, da parte della prefettura, la comunicazione di avvio del procedimento. Tale carenza procedurale veniva censurata dalla difesa della donna nella successiva impugnazione del decreto di fronte al TAR del Lazio, dove si evidenziava la violazione dell'art. 7 d.lgs. 142/2015. Nei motivi di ricorso si procedeva, poi, a contestare la violazione dell'art. 23, in relazione all'art. 17 d.lgs. 142/2015, il travisamento dei fatti e l'ingiustizia manifesta riscontrabili nell'inadeguata valutazione della situazione personale della donna da parte dell'autorità prefettizia. In particolare, si sottolineava come, già al momento della decisione di revoca, fossero presenti accertamenti relativi alla passata sottoposizione della ricorrente a gravi forme di violenza, elemento che avrebbe dovuto condurre alla sua identificazione come richiedente vulnerabile. Ulteriormente, la ricorrente manifestava come il suo stesso allontanamento dal centro di accoglienza sarebbe stato motivato dalla relazione di dipendenza ancora intercor-

* Dottorando in Diritto penale, Universität Hamburg.

¹ TAR Lazio, sentenza del 7 luglio 2020, n. 7828.

rente tra lei e i soggetti che avevano organizzato la sua migrazione verso l'Italia. Questi, in particolare, le avrebbero offerto con false promesse un'opportunità di lavoro a Milano, inducendola ad allontanarsi dal suo luogo di accoglienza, e l'avrebbero poi sfruttata in attività di prostituzione.

Considerata la carenza di un'adeguata valutazione della situazione personale della richiedente, la difesa richiedeva, in via cautelare, e successivamente otteneva, la sospensione del provvedimento amministrativo, cui faceva seguito la diffusione da parte della Prefettura di una nota di riesame, "confermativa" della decisione di revoca. Successivamente, la difesa allegava in giudizio l'esito positivo del parallelo procedimento sulla protezione internazionale della ricorrente, terminato col riconoscimento alla stessa dello status di rifugiata da parte del Tribunale civile di Roma.

2. *La decisione*

Il TAR del Lazio ha dichiarato infondato il ricorso della cittadina nigeriana, confermando la decadenza della stessa dalle condizioni materiali di accoglienza. In particolare, i giudici osservano come l'art. 23, co. 1, lett. a) d.lgs. 142/2015 identifichi lo strumento della revoca delle misure di accoglienza come conseguenza giuridica automatica nei casi di abbandono volontario del centro, «connotando tale potere del prefetto come attività vincolata». Da tale inquadramento, il TAR deduce l'assenza di provvedimenti alternativi adottabili da parte dell'autorità amministrativa, contribuendo lo "sfioramento" delle 72 ore di assenza a qualificare la condotta della ricorrente come un vero e proprio *abbandono* del luogo di accoglienza e non come un semplice *allontanamento*, ipotesi in cui la giurisprudenza risulta viceversa ammettere una valutazione discrezionale circa l'opportunità di un reinserimento del richiedente nella struttura. La rilevazione della natura vincolata del provvedimento conduce poi i giudici a identificare come non ostativa ai fini dell'efficacia dello stesso la mancata comunicazione di avvio del procedimento censurata nei motivi di ricorso. Sempre in punto di legittimità, la decisione del TAR rigetta le censure relative all'erronea applicazione dell'art. 23, co. 3 d.lgs. 142/2015, negando la riconducibilità dei fatti di allontanamento in discussione alle fattispecie "esimenti" di caso fortuito, forza maggiore o gravi motivi personali e qualificando, viceversa, l'assenza della donna dal centro come dettata da «motivi di lavoro». Con riguardo, infine, al distinto profilo della valutazione della situazione personale della donna, il Tribunale rileva che la vulnerabilità alla tratta allegata dalla ricorrente non era ri-

sultata in concreto deducibile né da prove dirette, né in via presuntiva. In particolare, la valutazione di vulnerabilità viene ritenuta difficilmente praticabile in mancanza di documentazione attestante la condizione di vittima di tratta della ricorrente; rivelatrice viene poi ritenuta la relazione dei servizi di consulenza psicologica interni al centro di accoglienza, laddove si legge come vari elementi del racconto della donna appaiano «lacunosi e poco credibili». Infine, i giudici deducono la carenza di una vera e propria situazione di vulnerabilità anche sulla base di presunzioni semplici: «la stessa situazione di vulnerabilità» si porrebbe, infatti, «in contrasto logico con l'abbandono volontario della struttura di accoglienza per seguire le promesse degli stessi soggetti asseritamente responsabili della tratta di cui si dichiara vittima».

3. *La revoca delle condizioni materiali di accoglienza nella giurisprudenza multilivello*

Come anticipato, una parte sostanziale delle motivazioni del Tar si concentra su profili di legittimità relativi alla procedura di revoca delle misure di accoglienza prevista all'art. 23 d.l.gs 142/2015. Tale segmento di legislazione ha conosciuto una recente revisione nella giurisprudenza amministrativa italiana dopo la pronuncia della CGUE sul caso *Haqbin*², laddove sono stati identificati precisi limiti all'esercizio statutale del potere di revoca dei benefici per l'asilo con funzione sanzionatoria di gravi violazioni regolamentari o di comportamenti violenti intercorsi nei centri di accoglienza. In particolare, la decisione ha trovato recepimento nella sentenza n. 540/2020 del Tar della Toscana,³ in cui si disponeva la disapplicazione dell'art. 23 d.l.gs. 142/2015 per violazione del diritto europeo, ritenuta la contrarietà al principio di dignità umana di una misura totalmente ablativa delle misure di accoglienza nei confronti del richiedente asilo privo di mezzi di sostentamento propri. Nelle loro motivazioni, i giudici toscani sottolineavano anche la carenza di

² CGUE, sentenza del 12 novembre 2019, *Haqbin*, Causa C-233/18, su cui cfr. il commento di M. FORTI, *Alla ricerca di un punto di equilibrio tra la salvaguardia dell'ordine pubblico e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti richiedenti protezione internazionale: la decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Haqbin*, ADiM Blog, dicembre 2019

³ TAR Toscana, sentenza del 6 giugno 2020, n. 540, su cui cfr. G. DEL TURCO, *La revoca delle misure assistenziali ai richiedenti asilo: la dignità umana come limite invalicabile e la necessità di un intervento legislativo*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, giugno 2020

gradualità nelle previsioni sanzionatorie di cui all'art. 23 d.lgs. 142/2015, il quale indica lo strumento della revoca come unica misura reattiva prevista dall'ordinamento per fatti di c.d. "abuso del diritto" all'accoglienza, impedendo così l'adeguata comminazione di risposte sanzionatorie proporzionate a fatti di diversa gravità.

La sentenza del Tar Lazio qui commentata si discosta evidentemente da quest'ultima linea interpretativa, deducendo dal dettato dell'art. 23 d.lgs. 142/2015 l'"automatismo" dell'esclusione del richiedente asilo dal sistema di accoglienza nei casi di abbandono del suo alloggio. Le motivazioni del Tar, di conseguenza, non soltanto soprassedono sulla potenzialità ultra-afflittiva e degradante del ricorso alla revoca delle misure di accoglienza, ma ne qualificano la procedura di applicazione come provvedimento amministrativo vincolato, come tale spogliato delle rilevanti garanzie di informazione, partecipazione e contraddittorio a favore del destinatario.

4. *Considerazioni di "particolare vulnerabilità": vittime di tratta ed obblighi di protezione integrati nel sistema italiano di accoglienza*

Se il ricorso "deregolamentato" alla condizionalità dei benefici per l'asilo costituisce una criticità risalente nella prassi dell'accoglienza italiana, la sentenza in commento offre, invece, innovativi spunti di riflessione per quanto attiene agli obblighi statuali di valutazione della situazione di vulnerabilità del richiedente sottoposto a sanzione e alla intersezione degli stessi con la disciplina speciale a tutela delle vittime della tratta di esseri umani.

L'art. 23, co. 2 d.lgs. 142/2015 prevede l'obbligo per l'autorità prefettizia, prima di disporre la revoca delle misure d'accoglienza, di prendere in adeguata considerazione la situazione personale del richiedente, «con particolare riferimento alle condizioni dell'art. 17» dello stesso decreto, relative alle c.d. «persone vulnerabili». Tali categorie di richiedenti (minori anche non accompagnati, donne incinte, vittime di tratta o di grave violenza fisica o psicologica, soggetti disabili, ecc.), risultano destinatarie di una serie di servizi di supervisione periodica, assistenza psicologica e sanitaria, volti ad adattare le misure di accoglienza alle loro esigenze particolari. L'art. 21 della direttiva 2013/33/UE appare dare per scontata la possibilità che i profili di vulnerabilità del richiedente asilo possano emergere anche in una fase successiva all'immissione dello stesso nel circuito dell'accoglienza, specificando l'obbligo degli Stati di affrontare tali esigenze particolari anche in una fase inoltrata della procedura di asilo. Proprio in tale ultimo tipo di casistica par-

rebbe ricadere la *discovery* della ricorrente relativa alla propria condizione di vittima di tratta, segnalazione quantomai rara in un panorama generale di casi di esposizione allo sfruttamento di soggetti migranti in cui le vittime tendono generalmente a non denunciare gli abusi subiti in ragione del profondo assoggettamento personale che le lega ai loro trafficanti.

Ad un esame approfondito della sentenza in commento, le procedure amministrativa (prima) e giurisdizionale (poi) non paiono aver adeguatamente assicurato il rispetto né delle citate disposizioni sull'accoglienza dei richiedenti vulnerabili, né degli obblighi di tutela multilivello a favore delle vittime di tratta. Volendoci concentrare su questi ultimi, l'art. 11, co. 2 della direttiva 2011/36/EU prevede l'obbligo di una tempestiva presa in carico della presunta vittima non appena si abbia "*ragionevole motivo di ritenere*" che questa sia stata fatta oggetto di tratta, senza che risulti necessario un accertamento definitivo sui fatti subiti dalla persona.⁴ Nel sistema italiano di accoglienza, la presa in carico delle vittime di tratta identificate coincide ex art. 17, co. 2 d.lgs. 142/2015 con l'attivazione, su base volontaria, del "*programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale*" di cui all'art. 18, co. 3-*bis*, d.lgs. 286/1998, volto a favorire l'accoglienza del soggetto presso una struttura protetta e al rilascio dello speciale permesso di soggiorno ex art. 18, co. 1, T.U. Imm. A prescindere dall'attivazione del suddetto programma,⁵ le autorità coinvolte nell'accoglienza dei richiedenti asilo risultano destinatarie delle "linee guida per una rapida identificazione" delle vittime del traffico di esseri umani, previste all'Allegato 2 del Piano Nazionale di azione contro la tratta.⁶ Tali enti sono investiti, in particolare, di un obbligo di *screening* preliminare delle presunte vittime, nel corso del quale anche la sola *discovery* "unilaterale" di un rischio di sfruttamento da parte della persona sottoposta a identificazione viene ritenuta sufficiente a garantire il "*beneficio del dubbio*" (pag. 9) circa la possibile presenza di situazioni di grave vulnerabilità. A tale fase di *pre-screening* dovrebbe seguire la segnalazione del soggetto a rischio a servizi e strutture specializzati nell'assistenza delle vittime di tratta, i quali sono chiamati altresì a condurre la successiva procedura di identificazione "formale". Nessuna di tali misure appare essere stata adottata nel procedi-

⁴ Cfr. V. STOYANOVA, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States' Positive Obligation to Identify Victims of Human Trafficking*, Cambridge, 2017.

⁵ Cfr. E. SANTORO, *Asilo e tratta: il tango delle protezioni*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2018, pp. 135 ss.

⁶ Cfr. Piano Nazionale di Azione Contro la Tratta e il Grave Sfruttamento, 26 febbraio 2016, in www.pariopportunita.gov.

mento in commento, non rappresentando la sospensione cautelare del provvedimento «ai fini del riesame», disposta dal TAR, e la successiva integrazione istruttoria, disposta dalla prefettura, adempimenti sufficienti a soddisfare gli obblighi positivi di presa in carico delle vittime di tratta gravanti sullo Stato. Nei termini ancor più gravi della violazione di un obbligo *negativo* di “non abbandono” della vittima vulnerabile appaiono qualificarsi, poi, le decisioni di revoca delle misure di accoglienza adottate della Prefettura di Roma e del Tar del Lazio. La prima, nella nota di riesame del suo primo decreto, risulta infatti confermare l’irrogazione della sanzione addirittura senza procedere alla celebrazione di un contraddittorio con la destinataria della misura, e richiedendone viceversa soltanto l’audizione ad opera dei servizi psicologici del centro, in evidente violazione delle garanzie di partecipazione al procedimento previste all’art. 20, co. 5, dir. 2013/33/UE. Tale superficiale valutazione della situazione della ricorrente si pone in evidente contrasto con l’obbligo di approfondita valutazione dei rischi potenziali derivanti dall’esclusione del soggetto dal sistema di accoglienza, che avrebbe imposto quantomeno una sospensione del giudizio di riesame fino alla corretta identificazione formale della donna da parte di personale specializzato.

La sentenza in commento, dall’altra parte, pur non revocando in dubbio il passato coinvolgimento della ricorrente nella tratta, presenta una serie di valutazioni di merito fortemente censurabili sul piano della valutazione di vulnerabilità. Le motivazioni del Tar presentano, infatti l’irragionevole imposizione di un onere sulla ricorrente circa la prova del suo stesso assoggettamento e appaiono, così, dedurre l’insussistenza di una situazione di vulnerabilità tutelabile dalla mancata allegazione di documentazione relativa alla condizione di vittima della donna, nonché dalla lacunosità del racconto riportato ai servizi di consulenza psicologica. Tale *reasoning* si pone in contrasto con le principali linee guida⁷ relative alla valutazione in giudizio dei casi di tratta, in cui si sottolinea la natura generalmente debole della capacità probatoria delle vittime e la frequentissima ricorrenza di incongruenze, omissioni e incertezze nei loro racconti.

Altrettanto controintuitive si presentano le valutazioni di merito sul processo motivazionale e sullo stato di *agency* della ricorrente, laddove, dapprima, i giudici qualificano come «volontario» l’allontanamento della stessa dal centro, ritenendo la risposta della vittima alla chiamata dei trafficanti non

⁷ Cfr. UNHCR, *L’identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezioni internazionale e procedure di referral. Linee guida per le commissioni per il riconoscimento della protezione internazionale*, in www.unhcr.org.

configurare «grave motivo personale», ma mero «motivo di lavoro». Secondariamente, le considerazioni operate in chiusura di motivazione sembrano presumere una “corresponsabilità” della ricorrente nel suo stesso traffico, ritenendosi la circostanza dell’allontanamento dal centro logicamente incompatibile con la volontà della vittima di liberarsi dalla sua condizione di assoggettamento.

I provvedimenti in esame presentano, all’evidenza, una micidiale componente multi-afflittiva, la quale, sia per le conseguenze degradanti sul piano socioeconomico della estromissione della richiedente asilo dalle condizioni materiali di accoglienza, sia per l’acuizione della vulnerabilità allo sfruttamento della vittima di tratta conseguente alla sua espulsione dal centro, ben si presterebbero a far sorgere anche la responsabilità convenzionale dello Stato italiano per violazione degli artt. 3 e 4 CEDU. Il contenuto della decisione evidenzia, in definitiva, le fortissime carenze legislative e di prassi del nostro ordinamento sul piano della presa in carico precoce e tempestiva dei soggetti a rischio di sfruttamento. In questo senso, non può che censurarsi la tuttora carente applicazione del disposto dell’art. 10 d.lgs. 24/2014, il quale, prevedendo l’obbligo di un adeguato coordinamento tra le autorità preposte alle procedure di asilo e alla protezione delle vittime di tratta, avrebbe dovuto favorire un’inclusione anche degli attori coinvolti nell’accoglienza tra i destinatari delle citate linee guida operative e l’implementazione in questo settore di un efficace meccanismo di *referral*, specularmente a quello previsto nella procedura di valutazione della domanda di protezione internazionale (art. 3-bis d.lgs. 25/2008).⁸

⁸ Cfr. F. NICODEMI, *Le vittime della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale: quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione ed assistenza?* In *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* [online], n. 1/2017.

LA PERICOLOSITÀ CONVERTITA:
NOTE SOCIOLOGICHE SULLA RADICALIZZAZIONE JIHADISTA
E I PROCESSI DI CRIMINALIZZAZIONE

Alvise Sbraccia *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Radicalizzazione, passaggio all'atto e problemi di definizione. – 3. Convergenza e saldatura di pericolosità. – 4. Migranti, figli dell'immigrazione e processi di criminalizzazione.

1. *Introduzione*

Tra gli effetti della pandemia da Covid-19 in corso, sembra manifestarsi un ridimensionamento delle preoccupazioni legate ai processi di radicalizzazione jihadista, che sono stati posti in relazione con gli attentati strutturati e le azioni violente più estemporanee che hanno coinvolto alcuni Paesi europei – dopo i tragici eventi dell'11 settembre 2001 negli USA – a partire dagli attacchi portati a termine a Madrid e Londra (2004 e 2005) fino alle azioni eversive realizzate più recentemente a Parigi, Berlino e Londra. È possibile ipotizzare che la focalizzazione di ansie e paure dei cittadini sugli effetti sanitari ed economici del “contagio” si sia tradotta in relativa disattenzione verso gli sviluppi delle dinamiche conflittuali internazionali, comunitarie e locali che sono state associate all'esplosione della violenza jihadista. D'altra parte, la riduzione dell'area geografica sotto il controllo e il governo di Daesh (Stato Islamico), a seguito degli sviluppi militari tutt'ora in via di definizione, potrebbe aver contribuito a far perdere di centralità il tema degli effetti di retroazione legati al ritorno a casa, in Europa, dei cosiddetti *foreign fighters*. Come vedremo, questa tipologia di incarnazione della *minaccia terroristica* non è la sola. Ad essa, in sintesi, si unisce la frammentata composizione degli *homegrown terrorists*¹. La minaccia risulta pertanto composita: con la parziale eccezione dei terroristi convertiti di origini europee, essa afferisce da un lato alle forme contemporanee delle *migrazioni internazionali*, dall'altro alla configurazione dei gruppi di minoranza (etnica, religiosa) nei Paesi occidentali.

* Professore associato di Sociologia giuridica, Università di Bologna.

¹ R. BROOKS, *Muslim 'homegrown' terrorism in the United States*, in *International Security* 36, 2011

Nel caso dell'Italia, i livelli di attenzione pubblica al problema sarebbero stati tendenzialmente più bassi nell'intera finestra temporale presa in considerazione (2001-2020), in virtù della scarsa incidenza e limitata numerosità di episodi di violenza messi in atto da soggetti o gruppi riconducibili all'area del terrorismo islamico. Il nostro Paese è stato piuttosto rappresentato come area strategica dal punto di vista logistico, nella quale sarebbe risultato inopportuno procedere ad attentati di grande impatto: una sorta di retrovia organizzativa per queste "cellule" eversive. Qui e altrove in Europa, comunque, il ridimensionamento delle preoccupazioni appare contraddittorio rispetto alle letture sociologiche prodotte sui processi di radicalizzazione interni², ovvero riferibili a soggetti stabilmente presenti in qualità di cittadini e/o residenti. Agli spunti derivanti da queste letture dedicheremo tra breve la nostra attenzione. Al momento, è necessaria una precisazione relativa alla terminologia. Ricondurre l'azione violenta (individuale o collettiva) a una matrice religiosa è operazione scivolosa e densa di implicazioni ideologiche. I rischi fondamentali sono quello di un pressapochismo fondato sull'ignoranza teologica e di un riduzionismo di matrice religioso-identitaria che non si confronti con le radici socio-politiche dei fenomeni presi in considerazione. Parlare di "terrorismo islamico" significa alimentarli. La stessa nozione di "violenza jihadista" tende a ricondurre una articolata dimensione teologica ed esistenziale – quella appunto del *jihad* come processo trasformativo di carattere introspettivo e politico – alla forma del passaggio all'atto violento. La questione cruciale è quella del rapporto tra radicalismo (fondamentalismo) e terrorismo: il secondo concetto implica una dimensione di azione (attuativa o di supporto) che rientra nel campo della penalità e del controllo istituzionale giuridicamente legittimo³. Il primo interroga invece drammaticamente l'assetto delle libertà di pensiero e dei diritti politici nei regimi democratici. I processi di radicalizzazione sono più correttamente da collocare nel campo della conflittualità politica e delle sue componenti narrative e ideologiche, ma ciò non risolve il problema terminologico. In chiave sociologica, fatte queste precisazioni, è possibile riferirsi alla matrice religiosa di questi fenomeni in virtù del fatto che i soggetti e i gruppi che li producono vi ricorrono per definire la loro identità, le loro forme di appartenenza e socializzazione, i loro percorsi biografici, le loro motivazioni, i loro quadri di interpretazione della realtà e,

² L. VIDINO, *Il jihadismo autoctono in Italia: nascita, sviluppo e dinamiche di radicalizzazione*, Milano, 2014

³ F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Milano, 2016.

eventualmente, i loro canoni di giustificazione e valorizzazione dell'azione⁴. Agli esperti di teologia e ai sociologi della religione resterà poi il compito di evidenziare gli elementi di distorsione possibilmente presenti in queste definizioni. Esse, in ogni caso, contribuiscono a delineare quelle *attribuzioni di significato dei protagonisti delle interazioni* che costituiscono l'oggetto di ricerca e analisi della sociologia costruzionista⁵.

2. Radicalizzazione, passaggio all'atto e problemi di definizione

Il rapporto tra pensiero (radicale) e azione (violenta) è declinato in varie e perfino antitetiche forme nelle definizioni sociologiche e giuridiche di radicalizzazione⁶. In taluni casi, il passaggio all'atto con finalità terroristiche (nelle forme del reclutamento, del sostegno finanziario o logistico, della diffusione di contenuti illegali e suggerimenti operativi, della preparazione e dell'azione eversiva diretta) è incorporato nella definizione di radicalizzazione e quindi ne risulta *elemento costitutivo*. In altre definizioni il passaggio all'atto risulta invece eventuale ed accessorio, assumendo quindi il carattere di una *deriva specifica* del processo di radicalizzazione che, di per sé, si colloca in una dimensione di sviluppo soggettivo ed intimo giuridicamente protetta (libertà religiosa). Certo, si può sostenere che la penalità intervenga quando queste (varie) forme di passaggio all'atto prendono corpo, o quantomeno quando risulti plausibile un loro allineamento a fattispecie di reato. Da un punto di vista socio-criminologico, tuttavia, i processi di criminalizzazione devono essere osservati in riferimento a tre livelli di dipendenza. Il primo è quello delle *definizioni penalistiche*: non vi è crimine senza previsione sanzionatoria del comportamento in oggetto. Il secondo è quello delle *rappresentazioni sociali* (e mediatiche) che influenzano la produzione normativa e, più generalmente, le dimensioni cognitive e percettive diffuse della pericolosità sociale. Il terzo è quello delle *pratiche del controllo*, che comprendono le prassi discrezionali e selettive degli attori sociali coinvolti, siano essi investiti

⁴ Cfr. F. KHOSROKHAVAR, *La radicalisation*, Paris, 2014; G. KEPEL, *La fracture*, Paris, 2016; O. ROY, *The islamization of radicalism*, Tunis, 2016; S. WALKLATE, G. MYTHEN, *Fractured lives, splintered knowledge: making criminological sense of the January 2015 terrorist attacks in Paris*, in *Critical Criminology* 24, 2016.

⁵ A. SBRACCIA, F. VIANELLO, *Sociologia della devianza e della criminalità*, Roma, 2010.

⁶ <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/2018/01/10/a-volte-ritornano-disintegrati-frustrati-e-radicalizzabili-di-alvise-sbraccia-universita-di-bologna/>

istituzionalmente del mandato di garantire la sicurezza o coinvolti anche occasionalmente, come semplici cittadini, in attività di denuncia o nell'emersione del sospetto.

L'intersezione di questi tre livelli è complicata da gestire in chiave descrittiva e interpretativa. A nostro parere, tuttavia, non ci sono alternative analitiche seriamente percorribili. Il costruito ponte che ci sembra qui più fruibile – in considerazione dello spazio a disposizione in questo testo collettaneo – è quello di *pericolosità sociale*. Si tratta di un'area semantica di confine, assai problematica, che ha svolto tradizionalmente funzioni di connessione rilevanti tra il sapere giuridico e quello delle scienze sociali, psicologiche e psichiatriche. Queste ultime discipline sono state interrogate dagli effetti dirimpenti della declinazione violenta della radicalizzazione e hanno tentato di offrire risposte a due domande cruciali. Quali soggetti sono esposti al rischio di radicalizzarsi? Attraverso quali meccanismi e passaggi il processo di radicalizzazione prende corpo e si traduce in violenza? Anche queste domande costituiscono un terreno comune, nel senso che definiscono *obiettivi analitici* per le discipline menzionate e *obiettivi di prevenzione* per coloro i quali sono chiamati a contrastare gli effetti dannosi degli illegalismi in questione. Giuristi e poliziotti, in prima battuta, ma certo anche gli operativi dei servizi di *intelligence*, che, come noto, agiscono con margini di segretezza che garantiscono ampi spazi di autonomia rispetto alla legge e al controllo giurisdizionale. Non c'è qui modo di dar riscontro dell'ampio dibattito che è scaturito dall'estensione di legittimità relativa alle pratiche di *counter-terrorism*⁷, fino allo sdoganamento di forme di tortura (da destinare a terroristi o sospetti tali) moralmente e giuridicamente tollerabili in chiave, appunto, preventiva. Ma è comunque utile tenerne presente la pregnanza, a mo' di sfondo per le prossime pagine.

3. *Convergenza e saldatura di pericolosità*

La pericolosità sociale costruita intorno ai processi di radicalizzazione si realizza in percorsi di *convergenza*, in momenti di *saldatura*. Tra chi? La ricerca sociologica sulle caratteristiche degli "attentatori" non ha identificato variabili socio-anagrafiche omogenee, nemmeno se riferite alle due tipologie prevalenti già richiamate: *homegrown terrorist* e *foreign fighter*. Alta-

⁷ R. JACKSON, E. MURPHY, S. POYNTING, *Contemporary State terrorism: theory and practice*, London, 2010.

mente differenziati per età, genere⁸, collocazione occupazionale, livello di scolarizzazione (dall'analfabetismo al dottorato di ricerca), preparazione religiosa, livello di reddito, provenienza geografica, collocazione residenziale, condizione abitativa e capitale sociale a disposizione, i radicalizzati costituiscono una formazione sociale trasversale rispetto a tutte le fondamentali linee di distinzione: dalla classe allo status, dal genere al colore della pelle. Analogamente, gli psicologi sociali hanno sancito l'impossibilità di definire tipologie stabili di percorsi soggettivi di radicalizzazione. In alcuni casi, psicologi e psichiatri hanno tentato di connettere l'azione individuale di alcuni soggetti (*lupi solitari* o *cani sciolti*, nel tradizionale armamentario stigmatizzante diffuso a livello di rappresentazioni pubbliche incentrate sulla bestialità) che si riferivano poi alla dimensione religiosa delle proprie azioni in termini di rivendicazione, a quadri patologici legati a sindromi depressive o episodi di psicosi collegati all'isolamento sociale dei protagonisti. Ma non sono andati oltre all'accostamento di casi clinici del tutto particolari⁹. Gli elementi di convergenza sono allora stati ricercati nei *percorsi biografici*. Da questo punto di vista, proprio la tipizzazione del *foreign fighter* ha evidenziato un elemento di saldatura davvero paradossale. Infatti, il suo essere *straniero* è originariamente legato al fatto che abbia raggiunto teatri di guerra o guerriglia (come quelli bosniaci, afgani, ceceni, iracheni, siriani o libici) per partecipare ad un *jihad* difensivo oppure orientato alla costituzione di territori da porre sotto il controllo della legge islamica. Tante e tanti giovani residenti in Europa hanno intrapreso simili viaggi e sono stati identificati come stranieri solidali alla causa nei contesti geografici d'approdo. Al concretizzarsi del loro ritorno a casa, mantengono tale connotazione in virtù della loro esperienza all'estero, dove possono peraltro aver effettivamente sviluppato capacità militari, divenendo "combattenti" più addestrati e competenti. Questi soggetti sono quindi in realtà propriamente *homegrown*, nel senso che è in virtù del loro percorso biografico in occidente che hanno maturato le motivazioni per lottare oltreconfine. Quando tornano, il loro potenziale di pericolosità è teoricamente aumentato. Esiste naturalmente una possibile eccezione, che trova però al momento riscontri empirici e giudiziari davvero limitati: la tipologia sarebbe quella

⁸ R. GUOLO, *She's leaving home: donne europee che "migrano" nello Stato Islamico*, in *Mondi Migranti*, 1, 2016.

⁹ G. OLIVA, L.S. GABRIELI, R. GABRIELI, *Fondamentalismo e radicalizzazione in immigrati di seconda e terza generazione in Italia e Europa: inquadramento psicopatologico e studi di caso*, in *Rivista di Criminologia, vittimologia e sicurezza* 2, 2018.

del militante jihadista cresciuto in territori a maggioranza islamica, forgiato dai conflitti lì radicati e, infine, inviato in occidente (magari su un barcone pieno di futuri richiedenti asilo o migranti economici) per organizzare o realizzare attentati nelle terre degli “infedeli”. La residualità dei riscontri sembra in questo caso sostenere l’ipotesi di una operazione essenzialmente ideologica di identificazione del *nemico esterno*. Se, dunque, le parabole esistenziali dei *foreign fighters* presentano evidenti aspetti di sovrapposizione con quelle degli *homegrown terrorists*, è alla formazione di questi ultimi che bisogna dedicare attenzione. In altre parole, si tratta di concepire la radicalizzazione come *processo interno* ai Paesi europei, e per questo distinto dalle dinamiche di radicalizzazione che possono realizzarsi per le persone in Africa o Medio Oriente. Nei contesti occidentali, infatti, prendono forma quegli incontri (virtuali e in presenza) che costituiscono le basi di processi specifici di radicalizzazione. Ed è in questi contesti che emerge una figura *prevalente* di radicalizzato, che in qualche misura riduce l’elemento di trasversalità sociale appena richiamato e attira su di sé uno sguardo propriamente criminologico. Questo soggetto avrebbe un potenziale conflittuale elevato per via delle sue condizioni socio-economiche. Potenziale che verrebbe attivato in senso distruttivo a seguito dell’incontro con una narrativa manichea del riscatto, della sublimazione, della lotta¹⁰. Il tema dell’incontro tra soggetto oppresso e configurazione ideologica non è certo nuovo, si pensi alla declinazione marxiana delle prospettive rivoluzionarie determinate dalla lotta di classe. Le possibili articolazioni dell’incontro invece mutano, e i contatti tra radicalizzatori e radicalizzati possono realizzarsi in chiave immateriale (in particolare grazie al *web* e alla diffusione dei dispositivi informatici) e\o in luoghi fisici di socializzazione. Tra questi ultimi, la ricerca sociologica ha identificato come più significativi le zone residenziali periferiche (dove magari il culto islamico è relegato in moschee “informali”) e il carcere. Le caratteristiche dei luoghi ricadono su quelli dei soggetti. Ecco allora che la fisionomia della nostra tipologia prevalente si delinea: è sempre lui, il caro vecchio componente del sottoproletariato urbano (*underclass* se si preferisce la declinazione, anglofona, corrente nelle scienze sociali¹¹): inaffidabile, opportunistico, spesso dissoluto e vizioso, magari senza fissa dimora e disordinatamente mobile, scarsamente socializzato, predatorio.

¹⁰ R. GUOLO, *L’ultima utopia: gli jihadisti europei*, Milano 2015.

¹¹ Cfr. J. KATZ, *The underclass debate*, Princeton 1993.

4. *Migranti, figli dell'immigrazione e processi di criminalizzazione*

Si ricompone quindi l'oggetto (la soggettività) da sempre sotto lo sguardo della criminologia tradizionale e delle agenzie del controllo penale. I canoni fondamentali della sua pericolosità non sono mutati. O meglio, mutano in virtù di attribuzioni successive alla ricomposizione dei ceti subordinati sulla base della linea del colore, delle appartenenze etniche e delle migrazioni. Una simile ridefinizione si registra, come inoppugnabile costante storica in tutto l'occidente, nei comparti meno protetti dei mercati del lavoro e in quelli penitenziari. Migranti e figli dell'immigrazione (dalle seconde generazioni ai discendenti più stabili che costituiscono i gruppi di minoranza) sono infatti sovrarappresentati in questi comparti. Le più o meno forzate mobilità umane sono saldamente connesse alle declinazioni contingenti di pericolosità sociale, si pensi alla cruciale penalizzazione del vagabondaggio. La diversità, nel quadro del razzismo strutturale, è sistematicamente declinata nei termini della devianza e della accentuata "propensione" al crimine degli stranieri e dei loro discendenti. In chiave etiologica, questi accostamenti sono poi ricondotti dalla criminologia a fattori causali plurimi. L'elevata criminalizzazione di questi soggetti sarebbe allora di volta in volta legata alla loro collocazione residenziale (quartieri degradati), alle forme di discriminazione che esperiscono (nelle sfere dei rapporti sociali, dei diritti e dell'accesso ai servizi), alle forme di inclusione subordinata di cui sono destinatari (negli ambiti scolastico, formativo e occupazionale), ai conflitti culturali e normativi che incarnano. La loro frustrazione strutturale, derivante da questo combinato disposto di svantaggi a geometria variabile, svilupperebbe quindi le condizioni per una loro più probabile deriva delinquenziale. Quest'ultima può essere perfino intesa nei termini di una forma di adattamento resistenziale, ma in ogni caso l'oppressione che esperiscono in tutti i campi della vita associata configura un potenziale di conflitto esistente. Il carcere, seguendo questa linea argomentativa, diviene luogo privilegiato per la saldatura di pericolosità che ruota intorno alla definizione di questa tipologia prevalente di radicalizzato. Come istituzione, materializzerebbe in via definitiva gli scenari di subordinazione e marginalizzazione e renderebbe praticabile l'incontro tra i radicalizzatori (soggetti già radicalizzati e/o condannati per reati di terrorismo) e radicalizzandi. L'ipotesi è senz'altro praticabile e parziali riscontri biografici non mancano. Le storie di vita di alcuni degli attentatori identificati riflettono esattamente questa tipizzazione: si tratta di individui le cui origini (soprattutto maghrebine) sono riconducibili a regioni a forte componente islamica, provenienti da famiglie destrutturate e da quartieri malfamati, con

esperienze lavorative frammentate e discontinue, con precedenti penali riconducibili allo spaccio di stupefacenti e a reati contro la proprietà, spesso con problemi di tossicodipendenza o alcolismo e, soprattutto, con esperienze di detenzione alle spalle.

A partire da questa cornice, è quasi irresistibile la tentazione di comporre il quadro della *saldatura di pericolosità*. Queste esperienze di incarcerazione si tramutano allora negli incubatori necessari della radicalizzazione, facendo compiere ai protagonisti di questi processi un salto di qualità criminale, spingendoli cioè verso la violenza e l'eversione (*conversione della pericolosità*). Gli studi più accurati in tema di radicalizzazione penitenziaria¹² sollevano però molti dubbi sulla consistenza dell'ipotesi e, in particolare, su una visione del carcere come contenitore favorevole alla radicalizzazione e alla formazione di gruppi e identità che, per sviluppare una strategia terroristica, dovrebbero mantenersi segreti. Inoltre, tendono a evidenziare come le ricostruzioni biografiche che enfatizzano la carcerazione come punto di svolta verso la conversione religiosa e la radicalizzazione siano inaccurate, sottovalutando altri fattori ambientali ed esperienziali ad esse propedeutiche e collocabili fuori delle mura delle prigioni. La tendenza a identificare questi ambiti istituzionali come strategici nelle dinamiche di radicalizzazione e de-radicalizzazione¹³ sembra prescindere abbondantemente dai riferimenti interpretativi sviluppati in quasi un secolo di studi sociologici sul penitenziario. Si tratta di un curioso oscuramento analitico, forse riconducibile a una operazione, tutta ideologica, tesa a far ricadere sulle spalle e sulle fisionomie dei soliti soggetti, criminalizzati e stigmatizzati come socialmente inaffidabili, il peso di un conflitto che si radica ben più in profondità nella nostra organizzazione sociale. Nelle distinzioni che corrono lungo la linea del colore e definiscono gli assetti contemporanei delle nostre società come fortemente diseguali.

¹² Per una panoramica si consulti il numero monografico della rivista *Antigone* (2017, 1, a cura di A. SBRACCIA e V. VERDOLINI) intitolato "Islam e radicalizzazione: processi sociali e percorsi penitenziari".

¹³

http://www.prisonobservatory.org/index.php?option=com_content&view=article&id=31&Itemid=140

LE GARANZIE PROCEDIMENTALI E PROCESSUALI

EQUO PROCESSO E ESPULSIONE DELLO STRANIERO (REGOLARE). LA GRANDE CAMERA DI STRASBURGO DELINEA I DIRITTI DI TRASPARENZA PROCEDURALE

Francesco Luigi Gatta*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La presunta minaccia per la sicurezza nazionale e l'espulsione dei ricorrenti. – 3. Il ricorso a Strasburgo e la decisione della Grande Camera. – 4. L'Articolo 1 Protocollo 7 CEDU: una disposizione complessa e poco invocata. – 5. Origine, ratio e campo di applicazione. – 6. Contenuti e garanzie: diritto alla trasparenza, strumentale al diritto di difesa. – 7. Questioni applicative e di metodo: il test per un'espulsione proceduralmente corretta. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nel corso del 2020 la Corte di Strasburgo ha cercato – faticosamente e non sempre in modo chiaro – di delineare le dinamiche giuridico-procedurali dell'espulsione degli stranieri che bussano alla porta delle frontiere europee, e, proprio dal come e dal dove essi “bussano”, ha ricavato nuove regole ed eccezioni¹. Con la sentenza in commento la Corte traccia i contorni dell'espulsione di chi, invece, quella porta l'abbia già varcata, trovandosi a soggiornare legalmente nel territorio europeo.

In *Mubammad e Mubammad c. Romania* la Corte affronta infatti il tema delle garanzie procedurali in caso di espulsione previste dall'art. 1, Protocollo 7 CEDU in favore dello straniero regolarmente soggiornante e ne riscontra – per la prima volta nella sua massima formazione giudicante di Grande Ca-

* Research Fellow in EU Law, Université Catholique de Louvain.

¹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. nn. 8675/15 e 8697/15; Corte Edu, sentenza del 24 marzo 2020, *Asady e altri c. Slovacchia*, ric. n. 24917/15; Corte Edu, sentenza del 23 luglio 2020, *M.K. e altri c. Polonia*, ric. nn. 40503/17, 42902/17 e 43643/17.

mera – una violazione da parte dello Stato romeno². Lo fa con una lunga e articolata decisione (108 pagine), densa di contenuti e dal chiaro intento pedagogico, intendendo chiarire i profili interpretativi della citata norma per spiegare agli Stati che cosa, d'ora in avanti, ci si aspetta da essi nelle procedure di espulsione di uno straniero (in posizione regolare).

La sentenza si segnala, tra l'altro, per essere accompagnata da numerose opinioni separate: ben 10 giudici, sui 17 totali della Grande Camera, hanno ritenuto di esprimere il proprio parere, concordante (7 giudici), ovvero discordante (3 giudici). Il testo della decisione è quindi composto quasi per la metà da opinioni separate (una cinquantina di pagine, di cui circa 20 del solo Pinto de Albuquerque, giudice portoghese noto per le sue prese di posizione in materia di migrazione). Tale circostanza dimostra chiaramente il dibattito interno alla Corte sul tema delle garanzie procedurali associate all'espulsione dello straniero regolare: un dibattito che sembra destinato a durare, anche in dottrina³. Per ragioni di spazio, in questa sede ci si soffermerà sull'analisi del solo dispositivo della sentenza, tralasciando le opinioni separate dei giudici.

2. *La presunta minaccia per la sicurezza nazionale e l'espulsione dei ricorrenti*

Il caso trae origine dalle vicende di due cittadini Pakistani, Ramzan Muhammad e Adeel Muhammad. Questi giungevano in Romania, rispettivamente nel 2009 e nel 2012, con un visto per studenti e, in seguito all'ottenimento di una borsa di studio "Erasmus Mundus", intraprendevano gli studi universitari presso la facoltà di economia dell'università di Sibiu.

A fine 2012 i Servizi segreti romeni avanzano richiesta alla Procura di Bucarest di avviare la procedura per dichiarare i ricorrenti "persone non gradite" in Romania, con conseguente allontanamento dal territorio nazionale. A sostegno della richiesta di espulsione, i Servizi di *intelligence* fornivano documenti classificati come *top secret*, dai quali emergeva che i due studenti Pakistani sarebbero risultati coinvolti in varie attività di supporto a gruppi terroristici di matrice islamica connessi a Al-Quaida.

² Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 15 ottobre 2020, *Muhammad e Muhammad c. Romania*, ric. n. 80982/12.

³ Per un'ulteriore commento della sentenza, v. B. AARRASS, *The case of Muhammad and Muhammad v. Romania: the first Grand Chamber judgment on article 1 of Protocol Nr. 7 ECHR (procedural safeguards with regard to expulsion of aliens)*, StrasbourgObservers, 29 October 2020.

Si apriva quindi il procedimento dinnanzi alle autorità giudiziarie di Bucarest che, dando seguito positivo alla richiesta della pubblica accusa, dichiaravano i due studenti “persone non gradite” in Romania per un periodo di 15 anni, ordinandone la contestuale espulsione dal territorio nazionale. La sentenza si basava sulle evidenze “conclusive e pertinenti” presenti nei documenti dei Servizi segreti, dai quali emergevano chiari profili di rischio per la sicurezza nazionale. I ricorrenti erano presenti all’udienza, assistiti da un interprete, ma gli elementi di accusa a loro carico non venivano resi noti, data la riservatezza dei documenti. Il giorno successivo alla sentenza, i Servizi segreti diffondevano un comunicato stampa recante informazioni, dettagli ed esempi delle presunte attività di natura terroristica ascrivibili ai due studenti. La notizia rimbalzava quindi su alcuni giornali che riportavano altresì espressamente identità, informazioni personali e dettagli relativi ai due cittadini Pakistani e ai loro studi universitari.

Questi proponevano allora ricorso presso la Corte di Cassazione, lamentando la violazione di varie garanzie procedurali del diritto di difesa: su tutte, la mancanza di informazioni circa le precise accuse nei loro confronti, le stesse essendo state basate unicamente su documenti per loro inaccessibili, in quanto classificati come “segreti” per motivi di sicurezza. Al riguardo, sottolineavano come il carattere confidenziale di detti documenti fosse stato smentito dal fatto che, il giorno successivo alla sentenza, i Servizi segreti ne avessero diffuso taluni contenuti in un comunicato stampa. La Corte di Cassazione rigettava il ricorso dei due studenti evidenziando come, da un lato, il diritto romeno prevedesse un obbligo di *non-disclosure* di documenti relativi all’espulsione di stranieri per motivi di sicurezza nazionale; e come, dall’altro e in ogni caso, i ricorrenti avessero comunque beneficiato di sufficienti garanzie procedurali contro l’espulsione (convocazione a processo da parte delle autorità, partecipazione all’udienza, assistenza di un interprete, rappresentanza legale e tempo sufficiente per predisporre le proprie difese).

3. *Il ricorso a Strasburgo e la decisione della Grande Camera*

Nel 2012 i due studenti presentavano ricorso a Strasburgo lamentando una violazione degli articoli 13 (diritto a un ricorso effettivo) e 1, Protocollo 7 CEDU (garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri), evidenziando come l’espulsione dalla Romania si fosse verificata nel mancato rispetto del loro diritto di difesa, segnatamente, sotto il profilo del diritto di rice-

vere informazioni precise sulle ragioni alla base del provvedimento espulsivo. Avevano inoltre invocato gli articoli 5 (diritto alla libertà) e 8 CEDU (rispetto della vita privata), associandoli alle circostanze per cui, da un lato, erano stati posti in detenzione in attesa di essere espulsi, e, dall'altro, l'espulsione per motivi di terrorismo aveva pregiudicato la loro reputazione e la possibilità di proseguire gli studi universitari. Tali doglianze, però, erano state dichiarate inammissibili dalla Sezione della Corte cui il ricorso era stato inizialmente allocato. Il ricorso era quindi passato nelle mani di un'altra Sezione, la quale, però, se ne era spogliata, rimettendone l'esame direttamente alla Grande Camera *ex art. 30 CEDU*: un primo segnale delle difficoltà interpretative incontrate dai giudici che poi, infatti, sono "ritornate a galla" nelle numerose opinioni separate in accompagnamento alla sentenza di cui si è detto.

La delicatezza del tema trattato è evidenziata anche dai diversi interventi in causa di terze parti, tra cui si segnalano Amnesty International⁴ e lo *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite per la promozione e protezione dei diritti umani e le libertà fondamentali nella lotta al terrorismo. La Grande Camera, ritenendo di esaminare il ricorso dal solo punto di vista dell'art. 1, Protocollo 7 (e non anche dell'art. 13, peraltro senza dare spiegazioni al riguardo), a maggioranza (14 voti contro 3) ha riscontrato una violazione della CEDU da parte della Romania.

4. *L'articolo 1 Protocollo 7 CEDU: una disposizione complessa e poco invocata*

Il Protocollo n. 7 alla CEDU, contenente la norma invocata dai ricorrenti Pakistani, è stato firmato a Strasburgo nel 1984 ed è entrato in vigore nel 1988. Da allora, su un totale di soli 16 ricorsi esaminati dalla Corte, ne è stata riscontrata una violazione in 14 casi (tra i più recenti: *Takush c. Grecia*, 2012; *Sharma c. Lettonia*, 2016; *Ljatifi c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, 2018)⁵. In *Mubammad e Mubammad c. Romania* è la Grande Camera, per la prima volta, a dichiarare una violazione dell'art. 1, Protocollo 7. Con la sen-

⁴ AMNESTY INTERNATIONAL, *Written observations submitted to the European Court of Human Rights in the case of Mubammad & Mubammad v Romania*, EUR 39/0726/2019, 16 July 2019.

⁵ Corte Edu, sentenza del 17 gennaio 2012, *Takush c. Grecia*, ric. n. 2853/09; Corte Edu, sentenza del 24 marzo 2016, *Sharma c. Lettonia*, ric. n. 28026/05; Corte Edu, sentenza del 17 maggio 2018, *Ljatifi c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, ric. n. 19017/16.

tenza in commento, dunque, i 17 giudici di Strasburgo sono intervenuti in un terreno non ancora del tutto esplorato. E tale circostanza spiega infatti la lunghezza della decisione, nonché il suo carattere particolarmente elaborato ed esplicativo, dovuto anche, come si è detto, alla presenza di numerose opinioni separate. I passaggi tra Sezioni giudicanti della Corte, la rimessione in Grande Camera e l'autorizzazione da parte del Presidente a un ulteriore scambio di osservazioni scritte dopo l'udienza pubblica sembrerebbero ulteriormente confermare la complessità della decisione, oltretutto spiegare le sue tempistiche (quasi 8 anni, il ricorso essendo stato introdotto a fine 2012).

Ancora, la complessità del tema si evince dal fatto che, dopo l'esposizione dei fatti di causa, la Grande Camera spende diverse pagine nella ricostruzione del quadro giuridico rilevante, citando fonti normative che spaziano dal diritto romeno, a diversi testi normativi del Consiglio d'Europa, dal diritto dell'Unione europea (direttive e giurisprudenza dalla Corte di Giustizia), fino a vari documenti delle Nazioni Unite e financo alla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia. Lo sforzo ricognitivo delle fonti rilevanti in materia di garanzie procedurali contro l'espulsione dello straniero regolare è completato con un'analisi comparativa delle legislazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa (§§79-87). In proposito, la Grande Camera registra la mancanza di un *consensus* europeo circa le restrizioni che possono essere imposte dallo Stato ai diritti dello straniero regolare in caso di espulsione (§148).

5. *Origine, ratio e campo di applicazione*

Prima di tutto, la Grande Camera ripercorre quanto già si sa sull'art. 1 del Protocollo 7, sulla scorta della propria giurisprudenza e del rapporto esplicativo che accompagnò l'adozione dello stesso Protocollo 7⁶. Vengono così ribadite origine e *ratio* della norma: dal momento che le garanzie del diritto di difesa e del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU non si applicano alle controversie in tema di ingresso e espulsione di stranieri (in quanto esse non implicano un "diritto-dovere civile" o un "accusa penale" ai sensi e ai fini dell'art. 6: *Maaouia c. Francia* [GC]⁷; *M.N. e altri c. Belgio* [dec.]⁸), gli

⁶ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 11 November 1984.

⁷ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 5 ottobre 2000, *Maaouia c. Francia*, ric. n. 39652/98.

Stati, con l'adozione del Protocollo n. 7, hanno inteso introdurre una disposizione *ad hoc* recante garanzie di *due process* anche con specifico riferimento alle procedure espulsive dello straniero. Per quanto attiene al campo di applicazione soggettivo, dette garanzie procedurali, per esplicita previsione dell'art. 1 del Protocollo n. 7, si applicano esclusivamente nei confronti dello "straniero regolarmente residente sul territorio di uno Stato".

Quanto ai contenuti della tutela nel caso di espulsione, obiettivo della norma è fornire garanzie procedurali minime ("*minimum procedural safeguards*", §117). Essa è strutturata in due paragrafi: mentre il primo delinea le garanzie ("uno straniero... non può essere espulso se non..."), il secondo identifica invece delle eccezioni ("uno straniero può essere espulso qualora..."). Le garanzie (minime) esplicitamente menzionate dalla prima parte della norma sono quattro: esigenza che la decisione di espulsione poggi su una base legale; possibilità di far valere le proprie ragioni contro l'espulsione; possibilità di far esaminare il proprio caso; possibilità di essere rappresentati. Due, invece, sono le eccezioni che la norma prevede, stabilendo che l'espulsione possa avere luogo anche "prima dell'esercizio dei diritti enunciati al paragrafo 1" qualora l'espulsione stessa si renda necessaria per motivi di ordine pubblico o ragioni di sicurezza nazionale.

Questo è quanto, finora. Ma l'articolo 1, Protocollo 7 contiene ulteriori (implicite) garanzie procedurali? In particolare, vi rientrano anche i diritti invocati dai due studenti Pakistani, segnatamente, il diritto ad essere informati delle ragioni dell'espulsione e il diritto di accesso ai documenti (segreti) contenenti tali medesime ragioni?

6. *Contenuti e garanzie: diritto alla trasparenza, strumentale al diritto di difesa*

La Corte nota che l'art. 1 del Protocollo 7 non menziona espressamente un diritto di trasparenza, in termini di informazione e accesso agli atti. La norma prevede, nondimeno, il diritto dello straniero a "far valere le ragioni che si oppongono alla sua espulsione" (§1, lett. a)). Ne segue – secondo la nota formula di Strasburgo circa una tutela non teorica e illusoria, bensì pratica ed effettiva – che il diritto di contestare le ragioni dell'espulsione rimarrebbe svuotato di significato se al destinatario di un provvedimento espulsivo non fosse concesso di accedere agli elementi di fatto su cui le autorità nazionali hanno basato la loro de-

⁸ Corte Edu (Grande Camera), decisione sull'ammissibilità del 5 maggio 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18.

cisione. Non si può, in altri termini, validamente esercitare il proprio diritto di difesa se non si sa contro cosa ci si sta difendendo.

Su queste premesse, la Grande Camera introduce il diritto procedurale alla trasparenza nei procedimenti espulsivi dello straniero regolare, e lo fa da un duplice punto di vista: stabilendo, da un lato e passivamente, il diritto a essere informati da parte delle autorità e, dall'altro e attivamente, il diritto a cercare e ottenere informazioni, mediante l'accesso agli atti. Più nello specifico, quanto al primo profilo, la Corte indica che, in base all'art. 1, Protocollo 7, lo straniero gode del diritto "*to be informed, preferably in writing and in any event in a way allowing an effective defence, of the content of the documents and the information relied upon by the competent national authority which is deciding on the alien's expulsion*" (§128). Quanto alla seconda componente, la Grande Camera afferma che la norma CEDU garantisce altresì un diritto di accesso agli atti: "*be given access to the content of the documents and the information in the case file on which those authorities relied when deciding on their expulsion*" (§129).

I principi di trasparenza, giusto processo e parità delle armi implicano, dunque, che, al pari delle autorità nazionali che intendono espellere, anche lo straniero che contro tale espulsione deve potersi difendere abbia a disposizione (almeno) talune informazioni rilevanti, pur se collegate a profili di riservatezza legati alla sicurezza dello Stato. I giudici di Strasburgo, infatti, sottolineano che "*even where national security is at stake, deportation measures must be subject to some form of adversarial proceedings*" (§128).

Una volta chiarito che i diritti procedurali ad essere informati e ad avere accesso agli atti devono considerarsi implicitamente ricompresi nella tutela offerta dall'art. 1 Protocollo 7, la Corte specifica come essi, tuttavia, non abbiano carattere assoluto. Possono, infatti, andare soggetti a limitazioni da parte delle autorità nazionali, le quali possono legittimamente restringerli (nel rispetto di determinate condizioni) per ragioni di segretezza legate alla tutela dell'ordine pubblico, alla sicurezza nazionale e alla lotta al terrorismo⁹. Nel far questo, puntualizza la Corte, gli Stati godono di un certo margine di discrezionalità. Il punto focale, dunque, risiede nel bilanciamento tra i contrapposti interessi statali di sicurezza e ordine pubblico e i diritti procedurali dello straniero espulso dal territorio nazionale dove risiedeva regolarmente. Concretamente, come si effettua, ai sensi e ai fini dell'art. 1 Protocollo 7

⁹ Per una panoramica della giurisprudenza della Corte in materia di terrorismo, v. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide to the case-law of the European Court of Human Rights – Terrorism, 31 August 2020.

CEDU, questo bilanciamento? La Grande Camera ne illustra i vari passaggi in quella che è la parte centrale e innovativa della propria sentenza.

7. *Questioni applicative e di metodo: il test per un'espulsione proceduralmente corretta*

Le restrizioni alle garanzie di trasparenza procedurale riconosciute allo straniero regolare in caso di espulsione sono da valutarsi in base a un doppio test: primo, la Corte valuterà se dette restrizioni sono effettivamente giustificate alla luce delle circostanze del caso di specie (a); quindi, analizzerà se le medesime restrizioni sono sufficientemente compensate da ulteriori garanzie in favore dello straniero (b).

Prima di procedere all'analisi dei contenuti di tale doppio test, è interessante notare come la Grande Camera vada a sviluppare tale *modus procedendi* basandosi su un approccio metodologico mutuato dall'art. 6 CEDU: vale a dire, la disposizione principe della Convenzione per le garanzie di equo processo, diritto di difesa e parità delle armi, che, però, come si è visto, non copre *ratione materiae* l'ingresso e l'espulsione dello straniero. Pur non essendo applicabile al settore della migrazione, tale norma è nondimeno utilizzata dalla Corte, insieme alla propria rilevante giurisprudenza sul punto, per sviluppare gli specifici profili di *due process* da applicare nei procedimenti di allontanamento dello straniero regolare. La Grande Camera, insomma, utilizza a fini interpretativi i principi dell'"equo processo generale" (art. 6) per delineare i contorni di un "equo processo specifico", relativo cioè al caso dell'espulsione dello straniero regolare (art. 1, Protocollo 7). In questo senso indica che l'art. 6 offre un campo di tutela più ampio, fatto di varie garanzie procedurali la cui portata non deve considerarsi necessariamente equivalente a quella dell'art. 1, Protocollo 7, poiché quest'ultimo pone delle garanzie minime, associate a un campo applicativo limitato e particolare ("*minimum procedural safeguards in the event of expulsion*", §117).

Veniamo, ora, al contenuto del doppio test, necessario per valutare la compatibilità con la CEDU delle limitazioni imposte dallo Stato ai diritti di trasparenza procedurale *ex art. 1, Protocollo 7*.

a) *Adeguate giustificazione ("whether the limitation on the aliens' procedural rights was duly justified")*

Il primo test è diretto ad accertare la necessità delle restrizioni poste

ai diritti procedurali dello straniero, così da evitarne l'espulsione arbitraria da parte dello Stato. La Corte ammette che le autorità nazionali possano limitare le garanzie procedurali dello straniero per giustificate ragioni, come la sicurezza nazionale: sta proprio a loro valutarne la necessità nel caso concreto. I giudici di Strasburgo, poi, secondo la logica del principio di sussidiarietà, potranno successivamente intervenire per valutare la compatibilità con la Convenzione della decisione nazionale. Al riguardo, in particolare, la Corte richiede che il provvedimento limitativo delle garanzie procedurali dello straniero sia adeguatamente motivato. Qualora, poi, le motivazioni siano collegate a informazioni confidenziali, vi dev'essere un meccanismo di verifica incentrato su un'autorità indipendente, incaricata di esaminare la necessità delle restrizioni, così come del carattere confidenziale delle informazioni: ciò rappresenta un elemento cruciale affinché la procedura possa dirsi "*in accordance with the rule of law*" (§140).

b) Presenza di misure compensative ("whether the limitations on the alien's procedural rights were sufficiently compensated for by counterbalancing factors")

Per la Grande Camera le restrizioni ai diritti di informazione e accesso agli atti, oltre a dover essere adeguatamente giustificate, devono altresì essere assistite da misure compensative ("*counterbalancing factors*"). Il secondo test, quindi, implica una verifica circa l'esistenza di garanzie ulteriori a disposizione dello straniero, tali da consentire di mitigare la compressione dei suoi diritti procedurali operata dallo Stato per esigenze legate alla sicurezza nazionale. La Corte, poi, spiega che il "contro-bilanciamento" tra riservatezza delle informazioni in possesso dello Stato e garanzie dello straniero opera a "fisarmonica": quanto più intense sono le restrizioni al diritto di informazione e accesso ai documenti, tanto maggiori dovranno essere le altre garanzie contro l'espulsione (§146).

La scelta delle misure compensative spetta agli Stati, che godono di un certo margine di discrezionalità al riguardo. La Grande Camera rileva come, sul punto, non vi sia un *consensus* a livello europeo, e, basandosi sulla propria giurisprudenza e sull'analisi comparativa della legislazione domestica degli Stati membri, individua quattro principali contro-garanzie o misure compensative, premurandosi di chiarire che si tratta di una lista non esaustiva (§150):

1) *Rilevanza delle informazioni fornite allo straniero e livello di accesso alla documentazione*

Poiché non si può stabilire, in astratto, il volume delle informazioni da fornire a uno straniero in caso di sua espulsione, la Corte verifica, caso per caso, la rilevanza delle informazioni messe effettivamente a sua disposizione (“*the relevance of the information actually disclosed*”) e la capacità di accesso ai documenti rilevanti (“*the access to the content of the documents*”);

2) *Adeguatezza e tempestività delle informazioni fornite allo straniero circa i propri diritti procedurali previsti dal diritto interno*

La Corte verifica se, nel caso specifico, lo straniero abbia ricevuto adeguate informazioni circa i propri diritti procedurali esercitabili contro il provvedimento espulsivo; verificherà altresì il tempismo con cui tali informazioni gli sono state fornite, posto che, se queste giungono tardivamente, l’esercizio stesso dei diritti procedurali ne potrebbe risultare compromesso;

3) *Rappresentanza legale*

La Corte sottolinea che la possibilità per lo straniero di essere rappresentato costituisce “*a significant counterbalancing factor*” (§154). Essa valuta non solo la possibilità *ex lege* di una rappresentanza legale, ma anche, in concreto, la “qualità” di tale rappresentanza: possibilità effettiva per lo straniero di scegliere genericamente un avvocato ovvero un avvocato specialista, capacità dell’avvocato di accedere a documenti confidenziali, concreta possibilità di comunicazione tra avvocato e suo assistito, rappresentanza durante il processo e in udienza.

4) *Coinvolgimento di un’autorità indipendente nel procedimento di espulsione*

Questa misura compensativa è declinata dalla Corte in diverse componenti:

a. *Tipo di autorità coinvolta (amministrativa o giudiziaria)*

La scelta dell’autorità competente spetta a ciascuno Stato, ma la Corte chiarisce che “*judicial scrutiny of the expulsion measure will have in principle a greater counterbalancing effect than an administrative form of scrutiny*” (§156). Inoltre, se si tratta di autorità giudiziaria, la Corte terrà conto della sua collocazione nella gerarchia del sistema giudiziario nazionale;

b. Possibilità di contestare le accuse di minaccia alla sicurezza nazionale

Tale possibilità deve potersi esercitare in modo effettivo e davanti a un'autorità indipendente;

c. Potere effettivo dell'autorità indipendente di esaminare i motivi alla base dell'espulsione ed esercizio corretto di tale potere

La Corte considera come "*major factor*" la circostanza che l'autorità nazionale competente possa verificare "*the credibility and veracity of the classified information adduced in support of the expulsion*" (§156);

d. Potere dell'autorità indipendente di annullare o modificare il provvedimento di espulsione

La Corte valuta non solo l'esistenza di un controllo sul provvedimento espulsivo da parte di un'autorità indipendente, bensì anche la capacità di detta autorità di incidere sul provvedimento stesso, modificandolo e, se del caso, annullandolo;

e. Plausibilità della necessità di espellere lo straniero alla luce delle circostanze del caso di specie

L'espulsione dello straniero deve essere associata a esigenze di sicurezza che, alla luce delle circostanze concrete, appaiano "*sufficiently plausible*"; tali esigenze devono poi essere riportate "*at least summarily*" nel provvedimento espulsivo (§156).

8. Conclusioni

All'esito della lunga parte di chiarimenti metodologici sulle garanzie procedurali in caso di espulsione, la Grande Camera applica il test alla vicenda dei due studenti espulsi dalla Romania. Quanto al primo profilo (test della necessità, *supra* sub a) il diritto a essere informati circa le ragioni dell'espulsione e ad avere accesso ai documenti a tal fine rilevanti è stato compreso dalle autorità romene senza una chiara giustificazione. La Corte osserva come a motivo dell'espulsione sono state invocate solo generiche ragioni di sicurezza nazionale associate a documenti confidenziali; le esigenze di segretezza di detti documenti non sono mai state oggetto di verifica, risultando peraltro smentite dalla diffusione di dati e informazioni nel comunicato stampa rilasciato dai Servizi segreti.

Quanto al secondo aspetto (test delle misure compensative, *supra* sub b),

la Grande Camera conclude che le limitazioni ai diritti procedurali dei ricorrenti non sono state sufficientemente compensante da altre garanzie. Misure compensative quali l'assistenza di un interprete, la rappresentanza di un legale di propria scelta, il coinvolgimento della Corte di Cassazione, organo di vertice del sistema di giustizia romena, non sono considerati sufficienti dalla Grande Camera. Rimane, infatti, il problema di fondo: i ricorrenti non hanno avuto modo di difendersi, poiché non sapevano contro cosa, di preciso, si dovessero difendere. È vero, nota la Corte, che essi appresero, almeno in parte, il contenuto delle accuse mosse contro di loro dalle informazioni che trapelarono dal comunicato stampa diffuso dai Servizi segreti. Ma tale documento non può considerarsi una valida fonte di informazioni. Soprattutto esso non rappresenta un atto formale emanato da un'autorità indipendente, inserito all'interno di un preciso circuito procedurale di garanzie specificamente concepite in favore dello straniero per consentirgli l'esercizio del proprio diritto di difesa contro un provvedimento espulsivo.

LA PROTEZIONE DEI MIGRANTI APOLIDI
E IL RUOLO DELLA CORTE DI STRASBURGO:
VERSO UN OBBLIGO DI ISTITUZIONE
DI PROCEDURE (EFFETTIVE) PER LA DETERMINAZIONE
DELL'APOLIDIA AI SENSI DELLA CEDU?

Giovanna Lauria*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La ricostruzione dei fatti alla base della pronuncia – 3. La decisione della Corte. – 4. Il contenuto degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 CEDU e il concetto di “vita privata”. – 5. Migranti apolidi e disponibilità di procedure effettive e accessibili. – 6. Conclusioni. La rilevanza della sentenza rispetto alla tutela dei migranti apolidi.

1. *Introduzione*

Con sentenza del 12 maggio 2020, la Corte europea dei diritti dell'uomo torna a esaminare il tema dell'apolidia nel caso *Sudita Keita c. Ungheria*.¹ La vicenda trae origine dal lungo iter procedurale intrapreso dal sig. Michael Sudita Keita nel tentativo di regolarizzare il suo status giuridico in Ungheria. Il suddetto, ottenuto definitivamente lo status di apolide nell'ottobre del 2017, decideva di adire la Corte di Strasburgo lamentando varie violazioni della CEDU da parte dell'Ungheria. In particolare, il ricorrente asseriva di aver subito un grave pregiudizio nella sua dignità umana a causa delle difficoltà riscontrate nel regolarizzare la sua posizione giuridica all'interno del territorio dello Stato ungherese. Tale circostanza, protrattasi per un periodo di quasi 15 anni, aveva di fatto comportato una compressione dei suoi diritti fondamentali legati al godimento del diritto alla salute, al lavoro, e alla possibilità di contrarre matrimonio.

2. *La ricostruzione dei fatti alla base della pronuncia*

Il ricorrente, di discendenza somala e nigeriana, era giunto irregolarmente

* Dottoranda in Global Studies. Justice, Rights, Politics, Università degli Studi di Macerata.

¹ Corte Edu, sentenza del 12 maggio 2020, *Sudita Keita c. Ungheria*, ric. n. 42321/15.

te in Ungheria nel 2002, dove aveva presentato domanda di riconoscimento dello status di rifugiato. A seguito del diniego della domanda, veniva raggiunto da un ordine di espulsione, che rimaneva tuttavia ineseguito. Successivamente, stante l'impossibilità di respingere il ricorrente verso la Somalia in ragione del conflitto in corso, nonché il rifiuto, da parte dell'ambasciata nigeriana, di riconoscere il ricorrente quale cittadino nigeriano, quest'ultimo otteneva, nel 2006, un permesso di soggiorno per motivi umanitari. Allo scadere dello stesso nel luglio del 2008, il ricorrente veniva nuovamente a trovarsi in una situazione di irregolarità. Infatti, le autorità ungheresi, nel riesaminare il suo status, ritenevano che egli non potesse ottenere la qualifica di rifugiato né altra forma di protezione internazionale, e nel 2009 ordinavano l'allontanamento di Sudita Keita verso la Nigeria, pur avendo tale Stato già negato il riconoscimento del ricorrente come suo cittadino.

Soltanto nel 2010 il sig. Sudita Keita veniva informato da un legale della possibilità di richiedere il riconoscimento dello status di apolide. Tale domanda, tuttavia, veniva rigettata poiché secondo la disciplina ungherese in materia di apolidia, il requisito della "residenza legale" nel territorio dello Stato costituiva una precondizione necessaria ai fini del riconoscimento dello status. Sul punto veniva chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale, che nel febbraio del 2015 dichiarava l'incostituzionalità di tale previsione in quanto contraria agli obblighi internazionali assunti dall'Ungheria con la ratifica della Convenzione ONU del 1954 relativa allo status degli apolidi. Nell'ottobre del 2017, il ricorrente otteneva, in via definitiva, lo status di apolide.

3. *La decisione della Corte*

La Corte ha ritenuto di dover valutare se, nel caso di specie, le autorità ungheresi avessero reso disponibile una procedura effettiva e accessibile, o una combinazione di procedure idonee a consentire al ricorrente di ottenere una pronuncia sulle questioni attinenti al suo soggiorno e status in Ungheria che tenesse in debita considerazione gli interessi relativi alla sua vita privata ai sensi dell'articolo 8 (§ 32).

A tal fine, la Corte ha dato rilievo a una serie di circostanze relative alla protratta condizione di incertezza giuridica del ricorrente sul suolo ungherese, nonché alle ripercussioni di tale incertezza sul godimento del diritto a una normale vita privata. In primo luogo, i giudici hanno rigettato le argomentazioni avanzate dal Governo ungherese secondo cui l'articolo 8 non possa es-

sere interpretato nel senso di imporre in capo agli Stati parte un obbligo di attribuzione dello status di apolide; infatti, chiarisce la Corte, le doglianze del ricorrente non riguardavano tanto l'impossibilità di essere riconosciuto come apolide, quanto piuttosto le difficoltà nell'ottenere una qualsivoglia regolarizzazione del proprio status in Ungheria per un rilevante lasso di tempo (§ 36). La Corte ha infatti constatato che, ad eccezione del periodo di due anni in cui il ricorrente risultava beneficiario di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, egli avesse vissuto in Ungheria, dal 2002 sino al 2017, «without any legal status while being deprived of basic entitlements to healthcare and employment» (§ 37).

Ulteriore elemento valorizzato dai giudici è la negligenza delle autorità nell'informare Sudita Keita circa la possibilità di richiedere lo status di apolide, nonostante tale dovere di informazione sia esplicitamente previsto dalla legislazione ungherese. Infatti, la Corte ha rilevato che dal 2006, dopo il rifiuto dell'ambasciata nigeriana di riconoscerlo quale cittadino, il ricorrente di fatto risultava privo della cittadinanza di qualsiasi Stato (§ 38), e che in ogni caso già dal 2002 egli aveva «no recognised status in any other country» (§ 33).

Peraltro, la Corte ha sottolineato che, almeno sino all'intervento della Corte Costituzionale ungherese nel 2015, sarebbe stato impossibile per il ricorrente ottenere il riconoscimento di tale status, vista la carenza del requisito della "residenza legale" richiesto dalla normativa interna pertinente. Anche a seguito della rimozione di tale requisito, è soltanto nel 2017 che Sudita Keita riusciva a ottenere definitivamente lo status di apolide.

Alla luce dell'effetto combinato delle circostanze richiamate, la Corte di Strasburgo, pronunciatisi all'unanimità, ha ravvisato la violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

4. *Il contenuto degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 CEDU e il concetto di "vita privata"*

Il ragionamento seguito dalla Corte muove dalla considerazione secondo cui nel caso di specie, «(t)he Court is (...) not called upon to examine whether the applicant should have been granted stateless status (...), but rather to examine whether he had an effective possibility of regularising his status, allowing him to lead a normal private life in Hungary» (§ 36). Richiamando la propria giurisprudenza in materia, i giudici hanno chiarito che, sebbene l'articolo 8 non possa essere interpretato nel senso di garantire il diritto a ot-

tenere un particolare tipo di status o permesso di soggiorno, essendo tali valutazioni riservate alle autorità nazionali, le misure che restringono il diritto di risiedere in un Paese possono, in alcuni casi, comportare una violazione della norma in parola qualora determinino ripercussioni sproporzionate sulla vita privata e/o familiare². Peraltro, l'articolo 8 non si esaurisce nell'obbligo di astenersi dall'interferire nel godimento del diritto alla vita privata e familiare, ben potendo tale norma, in alcuni casi, imporre un obbligo positivo di assicurare l'effettivo godimento dei diritti da essa tutelati. Nel caso in esame, dunque, si trattava di valutare se l'Ungheria avesse adempiuto all'obbligo positivo di predisporre dei meccanismi idonei a eliminare o comunque limitare la situazione di incertezza del ricorrente, così da consentirgli di condurre una normale vita privata.

Anche in questa occasione, i giudici di Strasburgo, muovendo da un'interpretazione dinamica ed evolutiva dell'articolo 8, non si esimono dal ricostruire il concetto di "vita privata" in senso ampio, ponendo a fondamento del proprio ragionamento la dimensione legata all'identità sociale del ricorrente. La Corte, in linea con i principi da essa sviluppati sul punto, ha infatti ricordato che l'articolo 8 protegge, *inter alia*, il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con altri esseri umani e con il mondo esterno e può talvolta abbracciare aspetti dell'identità sociale di un individuo. Inoltre, rientrano nel concetto di vita privata, costituendo parte dell'identità sociale della persona, tutte le relazioni che il ricorrente, a prescindere dall'esistenza o meno di una vita familiare, ha stabilito con la comunità di accoglienza³. Il carattere inclusivo di tali definizioni, unitamente al riferimento alla totalità dei legami sviluppati dal migrante, suggerisce inoltre la marginale rilevanza sia della quantità, sia della qualità delle relazioni personali e sociali instaurate dal ricorrente.

Dopo aver stabilito che il ricorrente avesse sviluppato legami sufficientemente forti in Ungheria, avendo egli completato un corso di formazione professionale e convissuto con la fidanzata ungherese dal 2009, la Corte focalizza la sua analisi sull'impatto che l'incertezza legata all'assenza di uno status giuridico ha avuto sulla vita privata del ricorrente. Così facendo, i giudici di Strasburgo ancorano lo sviluppo indisturbato dell'identità sociale

² Corte Edu, sentenza del 13 ottobre 2016, *B.A.C. c. Grecia*, ric. n. 11981/15; Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 12 marzo 2014, *Kurić e altri c. Slovenia*, ric. n. 26828/06; Corte Edu, sentenza del 23 giugno 2008, *Maslov c. Austria*, ric. n. 1638/03.

³ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi*, ric. n. 46410/99, § 59.

dell'individuo, parte della vita privata, alla identità giuridica dello stesso, da intendersi come certezza in ordine allo status giuridico detenuto. Nel riconoscere che l'incerta posizione giuridica del ricorrente avesse avuto ripercussioni negative sulla sua vita privata, principalmente in termini di limitato accesso alle cure e al mercato del lavoro, la pronuncia della Corte consolida e rafforza l'ambito protettivo della nozione in parola, applicando il concetto di identità sociale al contesto di un individuo apolide privato della possibilità effettiva di regolarizzare il proprio status⁴.

5. *Migranti apolidi e disponibilità di procedure effettive e accessibili*

Sebbene la Corte Edu abbia in più occasioni avuto modo di pronunciarsi su questioni correlate all'apolidia, tale condizione di per sé aveva ricoperto un ruolo relativamente marginale, venendo tratteggiata, tutt'al più, come un ulteriore fattore di vulnerabilità⁵. Nella sentenza in commento, come già era accaduto nel caso *Hoti*⁶, la Corte di Strasburgo attribuisce alla condizione di apolidia del ricorrente particolare rilevanza, ritenendo che questa costituisca «a further important element in the present case» (§ 35). Nel precedente caso *Hoti*, i giudici avevano valorizzato l'unicità della condizione di migrante apolide del ricorrente, distinguendola da altre categorie quale quella del migrante di lungo periodo, sulla base delle «peculiarità caratteristiche» del caso, principalmente legate alla dissoluzione della ex Jugoslavia (§§ 109, 127). Il rilievo assegnato all'apolidia anche nella pronuncia resa in *Sudita Keita* pare dunque consolidare un nuovo approccio della Corte Edu nei confronti di tale categoria di migranti, riconoscendone implicitamente la particolare vulnerabilità e le ripercussioni che il loro status può avere sull'accesso ai diritti garantiti dalla Convenzione.

Il tema dell'apolidia è stato spesso sottovalutato e ritenuto di minore urgenza rispetto alla situazione di richiedenti asilo, rifugiati e altri gruppi vulnerabili, anche a causa delle incertezze legate all'ottenimento di dati idonei a delineare la portata del fenomeno⁷. Nonostante l'apolidia sia disciplinata, a

⁴ Per approfondimenti, si veda B. VON RÜTTE, *Social Identity and the Right to Belong – The ECtHR's Judgment in Hoti v. Croatia*, in *Tilburg Law Review*, n. 2, 2019, pp. 147-155.

⁵ V., ad es., Corte Edu, sentenza del 17 luglio 2014, *Kim c. Russia*, ric. n. 44260/13; Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 12 marzo 2014, *Kurić e altri c. Slovenia*, ric. n. 26828/06.

⁶ Corte Edu, sentenza del 26 aprile 2018, *Hoti c. Croazia*, ric. n. 63311/14.

⁷ A tal proposito, si veda F. FERRI, *Gli uomini senza volto nell'isola che non c'è: i migranti apolidi persi nel diritto dell'Unione Europea*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, maggio 2020.

livello internazionale, da due trattati rispettivamente finalizzati alla determinazione di standard di trattamento degli apolidi e alla riduzione del fenomeno⁸, soltanto un ristretto numero di Stati ha introdotto nel proprio ordinamento interno normative dedicate alla materia⁹. L'effettività delle norme internazionali sulla protezione degli apolidi risulta così fortemente inficiata, *inter alia*, dall'assenza o dall'inadeguatezza di meccanismi procedurali predisposti dagli Stati ai fini della determinazione dello status di apolide. L'identificazione di individui privi di nazionalità e la determinazione del relativo status è infatti presupposto logico e necessario affinché tali individui possano esercitare i diritti loro riconosciuti dal diritto internazionale pattizio pocanzi richiamato. Da un lato, con particolare riferimento all'apolidia nel contesto migratorio, l'assenza di meccanismi idonei alla regolarizzazione dello status rischia di tradursi in un paradossale "limbo giuridico" nel quale i migranti apolidi, privi di titolo a rimanere nel Paese in cui si trovano, nemmeno hanno un Paese verso cui fare ritorno. Dall'altro, il mancato riconoscimento della condizione di apolidia può portare a maggiori rischi di marginalizzazione, in ragione dell'impatto che tale condizione produce sull'accesso a diritti fondamentali quali l'ottenimento di una regolare occupazione, il pieno accesso alle cure sanitarie, la libertà di movimento o la possibilità di contrarre matrimonio¹⁰.

È pertanto rispetto alla necessità che l'apolidia venga anzitutto identificata per essere adeguatamente affrontata che possono cogliersi gli aspetti più significativi della pronuncia in commento. Richiamando la normativa internazionale in materia, la Corte ha affermato che non possono essere imposti in capo agli apolidi requisiti che, proprio in ragione del loro status, non sono in grado di soddisfare¹¹. A proposito della disponibilità di procedure per l'attribuzione dell'apolidia, vale la pena sottolineare che anche l'UNHCR ha precisato che queste debbano essere accessibili a chiunque sia

⁸ Convenzione del 1954 relativa allo *status* degli apolidi e Convenzione del 1961 sulla riduzione dell'apolidia.

⁹ Per una panoramica sul punto in ambito UE, si veda l'*Inform* reso disponibile dall'European Migration Network, disponibile al sito https://emn.ie/wp-content/uploads/2020/02/2020_EMN_Inform_Statelessness.pdf.

¹⁰ Sul punto si veda, ad es., il recente rapporto dell'Ufficio Regionale UNHCR per il Sud Europa sulla relazione tra apolidia e accesso a diritti umani in Italia, Spagna e Portogallo, disponibile al sito https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2019/11/UNHCR_Impatto_apolidia_ITPTES_def_web.pdf.

¹¹ Così come previsto dall'articolo 6 della Convenzione relativa allo *status* degli apolidi.

presente nel territorio di uno Stato, a prescindere dalla regolarità di tale presenza, anche in considerazione del fatto che il non possedere una cittadinanza incide negativamente sulla possibilità di acquisire la documentazione necessaria per entrare o risiedere legalmente in qualunque Stato¹². La Corte ha enfatizzato il fatto che la previsione del requisito della “residenza legale”, seppur rimossa in seguito all’intervento della Corte Costituzionale ungherese, oltre a essere contraria ai principi dettati dal diritto internazionale (§ 39), aveva contribuito a prolungare la situazione di incertezza in cui si era venuto a trovare il ricorrente. Egli infatti, pur avendo vissuto in Ungheria per diversi anni e avendo sviluppato legami interpersonali con la comunità del luogo, non aveva una posizione giuridica certa, né alcuna prospettiva di ottenerla a causa della mancanza di una procedura cui poter accedere.

Può dunque concludersi che la Corte Edu abbia implicitamente riconosciuto la sussistenza di un obbligo per gli Stati parte di predisporre procedure di determinazione dello status di apolide, derivante dall’articolo 8 della Convenzione? Alla luce delle considerazioni sopra svolte, ci si sente di dare risposta affermativa, quantomeno nella misura in cui la condizione di apolidia costituisca un fatto rilevante ai fini dell’accesso ai diritti garantiti dalla Convenzione¹³. Nel caso di specie infatti il fallimento dell’Ungheria di regolarizzare lo status del ricorrente ha avuto un ruolo cruciale nell’interpretazione del concetto di vita privata operata dalla Corte. Quanto alle implicazioni inerenti al tipo di misure che la Corte ha in mente nel riferirsi a procedure “effettive e accessibili” per consentire al ricorrente di esercitare appieno il diritto alla vita privata e familiare, sembra chiaro dalla linea interpretativa da essa seguita che queste includano, in primo luogo, normative interne che non pongano in capo agli apolidi degli ostacoli insormontabili per la regolarizzazione del loro status. In secondo luogo, e di conseguenza, fintanto che i meccanismi messi in atto siano equi, trasparenti ed effettivi, gli Stati continueranno a conservare un’ampia discrezionalità sulle modalità per l’attribuzione dello status di apolidia, che pertanto potrà essere identificato attraverso una procedura specifica o tramite altre forme.

¹² UNHCR, *Handbook on Protection of Stateless Persons*, 2014, § 69.

¹³ Così anche K. SWIDER, *Hoti v. Croatia: European Court of Human Rights Landmark Decision on Statelessness*, in *Statelessness and Citizenship Review*, n. 1, 2019, p. 189.

6. *Conclusioni. La rilevanza della sentenza rispetto alla tutela dei migranti apolidi*

Nonostante continui a segnalarsi un notevole dislivello tra il numero degli apolidi ufficialmente riconosciuti e quello stimato, in parte dovuto a problemi relativi alla mancanza di informazioni sulle procedure disponibili e a norme o prassi nazionali eccessivamente restrittive, si è assistito, negli ultimi anni, a importanti passi avanti nel campo della tutela degli apolidi. A tal proposito, oltre all'operato dell'UNHCR che, da ultimo, ha lanciato la campagna decennale “#IBelong”¹⁴, sono da segnalare sia le progressive adesioni alle due Convenzioni ONU sulla materia, sia, più nello specifico, l'istituzione di procedure dedicate all'individuazione dell'apolidia da parte di un crescente (seppur limitato) numero di Stati¹⁵. In tale contesto, la pronuncia resa dalla Corte in questa occasione va senza dubbio accolta con favore, da un lato rafforzando gli obblighi internazionali degli Stati nei confronti delle persone apolidi, dall'altro costituendo un ulteriore e autorevole tassello nella ricostruzione della centralità dell'apolidia rispetto al godimento dei diritti umani. Centralità che peraltro è emersa anche in una recente decisione, già considerata storica¹⁶, del Comitato ONU per i diritti umani concernente il diritto alla nazionalità¹⁷, e messa particolarmente in luce dall'opinione individuale della relatrice Tigroudja, secondo cui la situazione di apolidia del ricorrente costituisse non solo una “violation of his right to a nationality”, ma anche una “violation of the right to be recognized by the law as a legal person [...] and the right to be treated with humanity and dignity”¹⁸.

¹⁴ <https://www.unhcr.org/ibelong/>.

¹⁵ Per una panoramica in ambito europeo, si vedano i dati resi disponibili dall'European Network on Statelessness al sito <https://index.statelessness.eu/>.

¹⁶ R. RIBEIRO, *Protecting the Rights of the Rightless: The UN Human Rights Committee and the Right to Acquire a Nationality Under International Law*, in *EJIL: Talk!*, 11 febbraio 2021.

¹⁷ Comitato ONU per i diritti umani, Comunicazione n. 2918/2016, CCPR/C/130/D/2918/2016, 20 gennaio 2021.

¹⁸ *Ibid.*, opinione individuale della relatrice Hélène Tigroudja (concordante), § 5.

THE RESPECT OF THE RULE OF LAW
IN THE EU MEMBER STATES' LEGISLATION ON ASYLUM:
WHICH ROLE FOR THE EU?

Monica Parodi*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Systemic Violation of the EU Law on Asylum as an Infringement of the Rule of Law. – 3. Legal Instruments to face situations of persistent and systemic violation of EU Asylum Law which constitute (a threat of, or) a violation of the Rule of Law. – 4. Concluding remarks.

1. *Introduction*

This post aims to introduce a reflection on two different but strictly connected topic on EU Asylum law and the Rule of Law. Accordingly, the post is structured in two main parts. The first aims to show that a systemic violation of EU Asylum law by a Member State should be considered as a violation of both a substantial part EU law and a core value of the EU legal order, namely, the Rule of law. Once established the connection between the systemic violation of EU asylum law with the breach of this value, the second part tries to identify the legal instruments of reaction provided for by the EU law that could be applied by the EU institutions against this kind of infringement which is able to affect the European integration system.

2. *The Systemic Violation of the EU Law on Asylum as an Infringement of the Rule of Law*

According with article 2 TEU, the EU is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights. Importantly, the second paragraph of this article underlines that these values are common to all the Member States of the EU. Starting from the 2014 Commission Communication on “A new framework for the safeguard of the Rule of Law”¹, the consideration of this value gained

* Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Firenze.

¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, “A new EU Framework to strengthen the Rule of Law”, COM/2014/0158 final.

a growing central relevance among the others. The Commission, appropriately, describes it as the prerequisite for the protection of the other fundamental values, but also for upholding all rights and obligations coming from the Treaties and the EU Charter of Fundamental Rights (Charter, below) as well. In particular, it results intrinsically linked to the respect for both democracy and fundamental rights. More precisely, there can be no observance of these last, without respect of the Rule of Law and *vice versa*.

Typically, the Rule of Law is a concept recalled in (almost) any modern Constitutions of Western Countries, even if no one of them provide for its precise definition. Equally, the EU Treaties and the Charter, although recalling this concept more than one, do not clarify its content. However, in the EU legal order, the Court of justice shifts some lights on its fundamental elements through a well-established case law². According with it, the Rule of Law contains both substantial and procedural elements. It includes legality, which implies a transparent, accountable, democratic and pluralistic process for enacting laws; legal certainty; prohibition of arbitrariness of the executive powers; independent and impartial courts; effective judicial review, including respect for human rights and equality before the law.

Having said that, the question is, what is the connection between the Rule of Law and the asylum law in the EU legal order? The right to asylum is guaranteed by article 18 of the EU Charter. Based on the EU Treaties, the EU develops a common policy on asylum, subsidiary protection and temporary protection with a view to offering appropriate *status* to any third-country national requiring for international protection and ensuring compliance with the principle of *non-refoulement*. For these purposes, the EU institutions adopted a set of legislative acts to create a common European asylum system (CEAS, afterword). Looking at the content of these acts, all the recalled elements composing the concept of Rule of Law are relevant in order to secure the effectiveness of the right to international protection. Essentially, it can be affirmed that the Rule of Law has two different but connected

² CGEU, decision of 25 April 1986, 294/83, *Les Verts*, par. 23; decision 25 July 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, para. 38,40; decision 29 June 2010, C-550/09, *E and F*, para 44; decision 8 September 2011, C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi and Al-Barakaat*, para 281. About see, E. CARPANO, *Etat de droit et droits européens: L'évolution du modèle de l'Etat de droits dans le cadre de l'eupéisation des système juridiques*, Paris, 2005; N. WALKER, *The Rule of Law and the EU: Necessity's Mixed Virtue*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER (Eds), *Relocating the Rule of Law*, 2008, p. 119; J. ZILLER, *National Constitutional Concepts in the New Constitution for Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2005, p. 480.

roles in the framework of the CEAS. First, its respect by all the Member States is a pre-condition to ensure the effectiveness of the fundamental right concerned; second, it works as a kind of *operational tool* to guarantee the functioning of the cooperation between the Member States in the field of the CEAS. In the field of Legal Space of Freedom, Security and Justice, indeed, the mutual recognition between the Member States is essential to secure the positive development of this form of integration. Mutual recognition directly derives from mutual trust which cannot exist without the effective certainty of compliance with EU law - in particular, EU values - by other Member States.

Accordingly, a systemic violation of the EU law on international protection by a Member State would also entail a serious breach of the Rule of Law or, at least, a concrete risk of violation of this last, able to constitute a threat to the functioning of the CEAS and, more generally, of the EU system of integration as well.

Certainly, not any occasional breach of a single norm on asylum law could be taken as a serious violation of the Rule of Law, neither as a risk of its violation. In order to integrate one of these situations the conduct of a Member State should reach a certain gravity threshold. Therefore, a kind of test to understand the seriousness of the violation committed by a Member State in the field of asylum would be necessary. The already recalled 2014 EU Commission Communication states that “where the mechanism established at national level to secure the Rule of Law cease to operate effectively, there is a systemic threat to the Rule of Law and, hence, to the functioning of the EU as an area of Freedom, Security and Justice without internal frontiers”.

In the light of these assumptions, the adoption of national legislations, measures in contrast with the provisions contained in one or more of CEAS’ acts, followed by a systemic application, likewise a recurrent practice, constitutes a deliberate unwillingness to comply with the EU law that may determine a violation of the Rule of Law.

A concrete example could be helpful. The Hungarian legislation on irregular immigrations admits that the asylum seekers may be subject to arbitrary deprivation of liberty, inhuman and degrading treatments, intentionally deny of meals and lack of effective jurisdictional remedies³. All these con-

³ About the situation in Hungary see, D. GYOLLAI, A. AMATRUDO, *Controlling irregular migration: International human rights standards and the Hungarian legal framework*, in *European Journal of Criminology*, 2019, p. 432-451.

ducts prescribed by law and regularly perpetrated by the Hungarian national bodies constitute at least a risk of violation of Rule of Law, of which at article 2 TEU. Not only, the Hungarian law, which criminalizes lawyers and activists who help asylum seekers, confirms the crisis of the Rule of Law in the Hungarian State and, specifically, the impossibility of fulfilling the role of pre-requisite to ensure the respect of the EU law on asylum.

As a consequence, the asylum procedure and reception conditions for asylum applicants in that Member State are in a condition of systemic flaw, likely resulting in inhuman or degrading treatment of protection seekers. In this situation, the Rule of Law will also cease to function as an operational tool to secure the cooperation between the Member States in the Area of Freedom, Security and Justice. Acting in this way, the Member State in question is violating also the principle of sincere cooperation towards the EU and the other Member States, undermining the respect for the principle of mutual trust between MS.

3. *Legal Instruments to face situations of persistent and systemic violation of EU Asylum Law which constitute (a threat of, or) a violation of the Rule of Law*

Accepting that a systemic violation of the EU asylum law by a Member State constitutes a serious risk of violation or a violation of the value of the Rule of Law, *ex* article 2 TEU, the means of reaction actionable in the EU legal order would be both political and legal. First, the political instruments of which at article 7 TEU, likewise the procedure “pre-article 7” introduced by the Commission with the recalled Communication of 2014, would be all activate since the systemic violation of the EU asylum law may integrate a risk of violation or a violation of the Rule of Law as such. In September 2018, the European Parliament started a procedure *ex* article 7, para. 1, TEU against Hungary concerning, *inter alia*, the fundamental rights of migrants, asylum seekers and refugees⁴. As known, the proposal for a Council decision has been sent to the Member States that may determine the existence of a clear risk of a serious breach of the EU values in Hungary. Sadly enough, af-

⁴ European Parliament resolution of 12 September 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/2131(INL)).

ter more than two years, the procedure is still pending, without any concrete (positive) effect on the situation of individuals concerned.

The well-known difficulty in completing the procedures referred to in article 7 TEU has pushed institutional actors and scholars to seek more effective alternative solutions (also) within the Treaties themselves. In particular, alternatively (or simultaneously), the more “traditional” instrument to control the respect of the EU law by the Member States is the infringement procedure. Without doubts, this last is more effective than the political ones and it could be even more effective developing its “unexpressed” potential.

As known, according with article 258 TFEU, an infringement procedure may be activated by the Commission when a Member State failed to fulfil an obligation under the EU law, even when the violation has a “general nature”. The Court of Justice, in its decision *Commission v. Germany*⁵, confirmed that an administrative practice can be the subject-matter of an infringement procedure when it is, to some degree, of a consistent and general nature. In the same vein, in its decision on *Irish Waste*⁶, the Court of Justice (GC) followed the legal reasoning proposed by the Commission that requested it to find that the deficiencies in the application of the Directive concerned by the Member State involved were of “general and persistent nature”.

According with this case-law, a systemic and persistent violation of the EU asylum law may be an admissible object of an infringement procedure. The extension of what that can be named a “systemic infringement procedure” in cases of systemic violation of the EU asylum law would bring several advantages compared with the “traditional” infringement procedure⁷.

⁵ CGEU, decision of 29 April 2004, C-387/99, *Commission v. Germany*, ECLI:EU:C:2004:235.

⁶ CGEU, decision of 25 April 2005, C-494/01, *Commission v. Republic of Ireland*, ECLI:EU:C:2005:250. In comment, A. SCHRAUWEN, *Fisbery, Waste Management and Persistent and General Failure to Fulfil Control Obligations: The Role of Lump Sums and Penalty Payments in Enforcement Actions Under Community Law*, in *Journal of Environmental Law*, 2006, p. 291-299.

⁷ On the use of systemic infringement procedure to face violation of fundamental values, K. SCHEPPELE, *enforcing the basic principles of eu law through systemic infringement actions*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds), *reinforcing rule of law oversight in the european union*, cambridge, 2016, p. 105-132; K. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *eu values are law, after all: enforcing eu values through systemic infringement actions by the european commission and the member states of the european union*, in *yearbook of european law*, 2021, p. 1-121.

As the Court of Justice established in its *Irish Waste* decision, in the context of a systemic infringement procedure, the Commission may produce additional evidences to support its initial grounds of complaint without alter the subject-matter of the dispute. The Commission, therefore, would bring further elements having general and systemic nature that show the voluntary failure to comply with the EU asylum law by a Member State. A second important advantage regards the inversion of the burden of proof. During a systemic infringement procedure, indeed, it is incumbent on the Member State to contest specifically the facts alleged in the complaints. Moreover, the Court of Justice may adopt *interim* measures, based on article 279 TFEU. Although their activation has been rare until now, in case of persistent violation of EU asylum law, their use could be a helpful instrument to suspend the violation of the EU law. Indeed, as the Court of Justice prescribed in the decision *Białowieśka Forest*⁸, the failure to comply with provisional interim measures may justify the imposition of a periodic penalty payment, with the necessity to respect the Rule of Law. Finally, according with articles 133 to 136 of Rules of Procedures of the Court of Justice, a situation of systemic violation of EU law may be threatened through an accelerated procedure before the Court of Justice. In case of systemic violation of asylum law, the adoption of *interim* measures and the activation of accelerated procedure would be particularly helpful in order to safeguard the weak position of the asylum seekers. Eventually, according with article 260 TFEU, whether the Court of Justice finds that a Member State has failed to fulfil an obligation under the Treaties, the State shall be required to take the necessary measures to comply with the judgment of the Court. Most important, if the Commission considers that the Member State concerned has not taken the necessary measures to comply with the judgment of the Court, it may bring the case before the Court specifying the amount of the lump sum or penalty payment to be paid by that Member State, which it considers appropriate in the circumstances.

All considered, the activation of a systemic infringement procedure against a Member State which voluntary creates a legal and practical situation of systemic violation of the procedures and reception conditions for international protection seekers in its territory could be an effective tool to face this kind of situation⁹.

⁸ CGEU, decision of 17 April 2018, C-441/17 R, *Commission v. Poland*, ECLI:EU:C:2018:255. In comment, P. WENNERÅS, *Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 541- 558.

⁹ Starting from 2005, Hungary has been subject of several “traditional” infringement ac-

4. *Concluding remarks*

This brief post tried to show what are the instrument in the EU legal order that should be used to face a systemic violation of the EU asylum law by a Member State that also entail a violation of EU common values.

Particularly, the activation of a “systemic infringement procedure” in cases of systemic violation of the EU asylum law could be an effective tool to face this situation, so contrasting also the infringement of the Rule of Law by the Member State involved.

Currently, the EU is facing serious situation of Rule of Law violations committed by some of its Member States. This unpredictable situation has demonstrated the limits of the “political” instruments to contrast the violations of the common values, showing a real risk for the development of the Area of Freedom, Security and Justice, based on mutual trust and recognition between the Member States. As seen, the systemic violation of the asylum law may constitute itself a violation (or a risk of violation) of the Rule of Law.

Assuming the direct applicability of article 2 TEU, the systemic infringement proceeding could be used even in other cases of systemic breach (or risk of breach) of the common values. The Court of Justice, in its decision on *ASJP*¹⁰ and *LM*¹¹, seems going to admit a kind of “*jurisdictionalisation*” of article 2 TEU, the systemic infringement procedure could be a useful judicial mean in order to do so.

tion proceedings concerning the situation of international protection seekers.

¹⁰ EUCJ, decision of 27 February 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117.

¹¹ EUCJ, decision of 25 July 2018, C-216/18 PPU, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586.

DIRITTO A UN RICORSO GIURISDIZIONALE EFFETTIVO
E (LIMITI ALL') AUTONOMIA PROCESSUALE DEGLI STATI
IN MATERIA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

Laura Rizza *

SOMMARIO: 1. Il caso *Torubarov* e il “ping pong processuale” prodotto dalla legge ungherese per la gestione delle migrazioni di massa. – 2. Il quesito pregiudiziale sollevato e le Conclusioni dell’Avvocato Generale. – 3. La decisione della Corte – 4. Il principio dell’effetto utile come strumento di “salvaguardia” del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e autonomia processuale degli Stati membri. – 5. L’autonomia processuale degli Stati membri e la necessità di garantire l’effetto utile del diritto dell’Unione europea. – 6. La politica ungherese in materia di asilo e immigrazione e il (mancato) rispetto del diritto dell’Unione europea e dei suoi valori fondamentali. – 7. Conclusioni.

1. *Il caso Torubarov e il “ping pong processuale” prodotto dalla legge ungherese per la gestione delle migrazioni di massa*

Il sig. *Torubarov* è un cittadino russo e svolge l’attività d’imprenditore, è membro di un partito politico di opposizione denominato “Causa Giusta” nonché attivista dell’organizzazione non governativa “Russia Commerciale Attiva” a tutela dei diritti degli imprenditori.

Dal 2008 il sig. *Torubarov* è stato sottoposto a vari procedimenti penali, così dopo un primo tentativo di fuga in Austria, finito con l’extradizione in Russia, nelle more dell’ennesimo procedimento penale, è entrato illegalmente in Ungheria il 9 dicembre 2013 ove, dopo essere stato arrestato dall’autorità di polizia ungherese, ha presentato domanda di protezione internazionale.

Dal momento della presentazione della domanda di protezione internazionale in Ungheria inizia la sua vicenda giudiziaria che ha visto contrapporsi per ben tre volte l’autorità amministrativa ungherese *Bevándorlási és Menekülügyi Hivatal* (l’Ufficio per l’immigrazione e la cittadinanza) e il *Pécsi Közigazgatási és Munkaiügyi Bíróság* (Tribunale amministrativo e del lavoro di Pécs, Ungheria).

Un vero e proprio braccio di ferro tra giudice amministrativo, che ritene-

* Dottore di ricerca, Università degli Studi di Catania. Avvocato del foro di Catania.

va che il richiedente avesse diritto alla protezione internazionale alla luce degli elementi indicati nella c.d. direttiva qualifiche¹, e autorità amministrativa che continuava a rigettare la domanda di protezione e a non conformarsi alle indicazioni dell'organo giurisdizionale.

In occasione del terzo provvedimento di diniego, l'organo giurisdizionale ha rilevato che con la legge ungherese sulla gestione delle migrazioni di massa, entrata in vigore il 15 settembre 2015, è stato soppresso il potere del giudice di riformare le decisioni amministrative relative al riconoscimento della protezione internazionale, ed è stato mantenuto solo un potere di annullamento di tali decisioni.

In questo contesto normativo il giudice del rinvio si chiede dunque se l'organo giudiziario, dopo aver annullato il provvedimento dell'autorità amministrativa statale preposta all'esame della domanda di protezione internazionale, possa esercitare un potere precettivo nei confronti dell'autorità amministrativa che gli consenta di obbligare la stessa a conformarsi alla sentenza emanata. Ciò dal punto di vista tecnico giuridico attiene alla distinzione tra il potere di annullamento e il potere di riforma del provvedimento amministrativo da parte dell'organo giudiziario.

2. *Il quesito pregiudiziale sollevato e le Conclusioni dell'Avvocato Generale*

Il 5 settembre 2017 il *Pécsi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság* (Tribunale amministrativo e del lavoro di Pécs, Ungheria) adiva la CGUE *ex* articolo 267 TFUE al fine di chiedere l'interpretazione dell'art. 46, paragrafo 3 della direttiva procedure 2013/32/UE² – secondo cui « gli Stati membri assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei pro-

¹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione).

² Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

cedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado »³ – alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁴ ove è sancito il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

In particolare il giudice del rinvio pone la seguente questione pregiudiziale: se l'art. 46, paragrafo 3 della direttiva procedure, in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, debba essere interpretato nel senso che, *in determinate circostanze*, conferisce a un giudice di primo grado, investito di un ricorso proposto avverso una decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale, *il potere di riformare la medesima decisione amministrativa e di sostituire la propria decisione a quella dell'organo amministrativo che l'ha adottata*.

L'avvocato generale Michal Bobek nella parte introduttiva delle sue conclusioni⁵, dopo aver ironicamente rievocato – per evidenti ragioni – le regole di base e la storia del gioco del *ping-pong*, ha poi efficacemente sintetizzato la novella legislativa ungherese. Più precisamente, l'avvocato generale osserva che la legge ungherese del 2015 ha modificato la competenza dei giudici con precipuo riguardo al controllo delle decisioni amministrative in materia di asilo. Infatti, è stata eliminata la possibilità di riformare direttamente la decisione dell'autorità amministrativa, scegliendo di mantenere in capo all'organo giudiziario il mero potere di annullamento e rinvio.

Ne è conseguito che i giudici ungheresi non hanno il potere di sostituire le decisioni dell'autorità amministrative laddove le reputino illegittime. Questi giudici possono solo annullare la decisione e rinviare il caso all'autorità amministrativa affinché adotti una nuova decisione. Ciò determina un prolungamento indefinito del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, con evidente violazione dei diritti del richiedente che in tal modo si ritrova, per un tempo indeterminato, intrappolato in una situazione d'incertezza giuridica.

3. La decisione della Corte

Ad avviso della Corte di Giustizia⁶, l'art. 46, paragrafo 3 della direttiva

³ Ibidem, art. 46 paragrafo 3.

⁴ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2016/C 202/02).

⁵ CGUE, Conclusioni dell'avvocato generale Bobek, presentate il 30 aprile 2019, Causa C-556/2017.

⁶ CGUE, sentenza (Grande Sezione), sentenza del 29 luglio 2019, *Alekszij Torubarov c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, Causa C-556/2017.

procedure, in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve condurre alla seguente interpretazione.

Il giudice di primo grado, *dopo aver effettuato un esame completo ed ex nunc di tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti presentati dal richiedente protezione internazionale*, se constata che il richiedente protezione internazionale soddisfa i criteri previsti dalla direttiva qualifiche, riconosce la protezione internazionale per il motivo che il richiedente invoca a sostegno della sua domanda.

Se dopo tale riconoscimento da parte del giudice di primo grado, l'organo amministrativo adotta una decisione in senso contrario – *senza dimostrare la sopravvenienza di nuovi elementi che giustificano la propria decisione* – il giudice, nuovamente adito, ha il potere di riformare la decisione dell'autorità amministrativa non conforme alla propria precedente decisione.

In questi casi il giudice ha il potere di sostituire la decisione dell'organo amministrativo con la propria decisione sul riconoscimento della protezione internazionale. Infine, il giudice deve disapplicare, se necessario, la normativa nazionale che gli vieti di procedere in tal senso.

4. *Il principio dell'effetto utile come strumento di "salvaguardia" del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e autonomia processuale degli Stati membri*

Non è la prima volta che la Corte di Giustizia dell'Ue, chiamata a interpretare le norme dell'Unione, faccia ricorso al *principio dell'effetto utile* al fine di conferire alle norme stesse efficacia diretta sulla scorta del primato delle norme dell'Unione sulle norme interne e la conseguente disapplicazione di quest'ultime. È ciò che è successo nel caso *Torubarov* in riferimento all'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva procedure.

Com'è noto, la norma appena richiamata attribuisce ai richiedenti protezione internazionale il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice avverso le decisioni relative alla loro domanda. Come emerge dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, gli Stati membri devono assicurare che il giudice, innanzi al quale il richiedente protezione internazionale possa proporre ricorso, proceda all'«esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva [2011/95]»⁷. Per esame completo s'intende un

⁷ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 25 luglio 2018, causa C-585/16, caso *Serin Albeto c. Zamestnik-predsdatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, §§105-106.

esame che tenga conto sia degli elementi di cui l'autorità accertante ha valutato, o di cui avrebbe dovuto tenere conto, sia di quelli che sono intervenuti dopo la decisione impugnata. Il riferimento alla valutazione *ex nunc*, invece, indica l'obbligo del giudice di procedere ad una valutazione che tenga conto, laddove ne dovessero ricorrere i presupposti, di nuovi elementi sopraggiunti dopo l'adozione del provvedimento di rigetto impugnato.

Tale giurisprudenza è stata ribadita nella sentenza in commento. La Corte, infatti, ha chiarito che in forza dell'art. 46, paragrafo 3 della direttiva procedure, gli Stati membri sono tenuti ad adattare il loro diritto nazionale al fine di garantire che il trattamento dei ricorsi per protezione internazionale preveda un esame, da parte del giudice, di tutti gli elementi di fatto e di diritto che gli consentano di operare una valutazione aggiornata del caso di specie. Questo garantisce che la domanda sia trattata in maniera esaustiva e senza che sia necessario rinviare il fascicolo all'autorità amministrativa. Tale interpretazione favorisce l'obiettivo perseguito dalla direttiva procedure, il cui scopo è garantire che le domande di protezione internazionale siano trattate quanto prima possibile, fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo⁸.

La CGUE, tuttavia, riconosce che l'art. 46, paragrafo 3 della direttiva, pur avendo una chiara formulazione circa l'esame dell'impugnazione, nulla indica circa l'esito di un eventuale annullamento della decisione oggetto dell'impugnazione. Sulla base di ciò, la Corte precisa che «gli Stati membri conservano la facoltà di prevedere che il fascicolo debba, in seguito a un tale annullamento, essere rinviato al suddetto organo affinché esso adotti una nuova decisione»⁹. Sebbene la Corte riconosca agli Stati tale ampio margine di discrezionalità, i giudici di Lussemburgo osservano anche che gli Stati membri sono tenuti, nell'attuazione della direttiva procedure, a rispettare il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo così come sancito nell'art. 47 della Carta. Ne consegue che le caratteristiche del ricorso *ex art. 46*, paragrafo 3 della direttiva procedure devono essere determinate conformemente all'art. 47 della Carta, in quanto l'art. 46, paragrafo 3 della direttiva procedure costituisce una riaffermazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva¹⁰.

⁸ CGUE, sentenza (Grande Sezione), sentenza del 29 luglio 2019, *Alekszij Torubarov c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, Causa C- 556/2017, §53.

⁹ *Ibidem*, §54.

¹⁰ *Ibidem*, §55.

5. *L'autonomia processuale degli Stati membri e la necessità di garantire l'effetto utile del diritto dell'Unione europea*

La CGUE ribadisce il principio dell'autonomia processuale degli Stati così come sancito all'articolo 19, paragrafo 1 cpv TUE secondo cui: «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dall'Unione»¹¹. In tal modo la Corte riconosce agli Stati la scelta di rimettere nelle mani del giudice il potere di mero annullamento in luogo di quello di riforma.

Tuttavia, nella sentenza è precisato che il diritto a un ricorso effettivo sarebbe illusorio se l'ordinamento giuridico di uno Stato membro consentisse che una decisione giudiziaria definitiva e obbligatoria restasse inoperante a danno di una parte.

Per giungere a queste conclusioni, i giudici di Lussemburgo si ancorano al principio dell'effetto utile ritenendo che l'art. 46, paragrafo 3 della direttiva sarebbe privato *di tutto il suo* effetto utile laddove si ammettesse che, dopo che un giudice di primo grado ha proceduto ad una valutazione completa ed *ex nunc* delle esigenze di protezione internazionale del richiedente nel rispetto della direttiva qualifiche, l'organo amministrativo o quasi giurisdizionale possa adottare una decisione contrastante con la suddetta valutazione¹².

Nello specifico la Corte osserva che la direttiva procedure non mira a uniformare, in maniera precisa ed esaustiva, le norme procedurali che devono essere applicate all'interno degli Stati membri. Tuttavia, sia dall'obiettivo di *celerità* dell'esame della domanda di protezione internazionale che persegue la direttiva, sia dall'obbligo di garantire un effetto utile al suo articolo 46, paragrafo 3, nonché dalla necessità, derivante dall'articolo 47 della Carta, di garantire l'effettività del ricorso, emerge che ogni Stato membro vincolato dalla suddetta direttiva, deve adattare ad essa il proprio diritto nazionale. Ciò impone che, in seguito all'annullamento della decisione iniziale, e in caso di rinvio del fascicolo all'organo quasi giurisdizionale o amministrativo, sia adottata, entro un breve termine, una nuova decisione che sia conforme alla valutazione contenuta nella sentenza che ha disposto l'annullamento¹³.

Dunque, l'art. 46 della direttiva procedure in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, pena la violazione

¹¹ Art. 19 del Trattato sull'Unione europea.

¹² CGUE, sentenza (Grande Sezione), sentenza del 29 luglio 2019, *Alekszij Torubarov c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, Causa C- 556/2017, §58.

¹³ *Ibidem*, §59.

del principio dell'effetto utile, deve essere applicato dagli Stati membri nel senso di conferire al "giudice del ricorso", qualora questo disponga di tutti gli elementi di fatto e di diritto, il potere di emettere una decisione vincolante, all'esito di un esame completo ed *ex nunc*, sulla domanda di protezione internazionale ove il richiedente soddisfi i requisiti previsti dalla direttiva qualifiche.

L'autorità amministrativa, fatta salva la sola ipotesi della sopravvenienza di nuovi elementi di fatto o di diritto che oggettivamente richiederebbero una valutazione aggiornata, dovrebbe essere vincolata alla decisione giudiziale e alla motivazione ad essa sottesa. Una diversa interpretazione priverebbe l'art. 46 della direttiva procedure, letto alla luce dell'art. 47 della Carta, nonché degli artt. 13 e 18 della direttiva qualifiche, del loro effetto utile¹⁴.

6. *La politica ungherese in materia di asilo e immigrazione e il (mancato) rispetto del diritto dell'Unione europea e dei suoi valori fondamentali*

La CGUE perviene a un'aspra critica delle scelte del legislatore ungherese, in perfetta coerenza e continuità con l'azione di altre due istituzioni: la Commissione e il Parlamento europeo. In particolare, la Commissione ha avviato diverse procedure di infrazione contro l'Ungheria per non conformità del proprio diritto di asilo e di rimpatrio con il diritto dell'UE¹⁵; il Parlamento europeo, invece, il 12 settembre 2018 ha approvato per la prima volta una risoluzione *ex art. 7 TUE*¹⁶ per l'"evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione", anche a causa, tra l'altro, della legislazione in materia di asilo e migrazione.

Non si può non osservare come più di un'istituzione dell'Unione stia denunciando l'azione dell'Ungheria in tema di politica migratoria e rispetto dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁴ *Ibidem*, §66.

¹⁵ Comunicato stampa della Commissione europea, *Migration and Asylum: Commission takes further steps in infringement procedures against Hungary*, del 19 luglio 2018, consultabile al sito https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4522 (ultimo accesso 23/02/2021).

¹⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131(INL)), P8 TA (2018)0340.

In particolare, nel caso *Turobarov*, la Corte di Giustizia critica la legge ungherese sulla gestione delle migrazioni di massa e la riforma del processo amministrativo, con la quale il legislatore ungherese mirava a impedire un controllo giurisdizionale effettivo in materia di protezione internazionale. Con questa legge l'Ungheria ha riconosciuto all'autorità amministrativa un ruolo centrale e preminente che, nella sostanza, gli permette di sfuggire al controllo giurisdizionale.

Infatti, con la legge ungherese sul procedimento amministrativo entrata in vigore il 1° gennaio 2018, successiva alla data della domanda pregiudiziale, sono stati estesi i poteri del giudice amministrativo nei confronti dei provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione, ma da tale ambito è rimasto escluso il settore della protezione internazionale, in cui i giudici amministrativi continuano a non avere alcun potere precettivo o sanzionatorio nei confronti dell'autorità amministrativa.

Ad avviso della Corte la legislazione nazionale ungherese priva, di fatto, il richiedente protezione internazionale del suo diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo previsto dall'art. 46, paragrafo della direttiva procedure, e non tiene conto del contenuto essenziale così come sancito dall'art. 47 della Carta¹⁷.

7. Conclusioni

Richiamandosi alla nota sentenza *Simmenthal*¹⁸ e invocando anche il principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4, paragrafo 3, TUE, la Corte sancisce il potere del giudice, in questo caso amministrativo, di disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme dell'Unione dotate di effetto diretto, quali l'art. 46, paragrafo 3, della direttiva procedure, letto alla luce dell'art. 47 della Carta¹⁹.

Ne deriva, come già osservato in dottrina²⁰, che il margine di discreziona-

¹⁷ CGUE, sentenza (Grande Sezione), sentenza del 29 luglio 2019, *Alekszj Torubarov c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, Causa C- 556/2017, §72.

¹⁸ CGUE, sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, caso *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*.

¹⁹ CGUE, sentenza (Grande Sezione), sentenza del 29 luglio 2019, *Alekszj Torubarov c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, Causa C- 556/2017, §73.

²⁰ C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione Giustizia*, fascicolo 2/2018.

lità lasciato agli Stati membri in ordine alle scelte processuali va sindacato sotto il profilo dell'*effettività*, per cui se il rimedio giurisdizionale scelto dallo Stato non consente un effettivo accesso alla giustizia esso andrà disapplicato.

Il principio di *effettività* è una caratteristica strutturale del diritto dell'Unione europea, in cui spesso la sostanza prevale sulla forma: nell'ordinamento dell'Unione l'effettivo conseguimento degli obiettivi e l'effettiva tutela dei diritti costituiscono il canone prevalente nell'interpretazione delle norme.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si può concludere che la Corte di giustizia dell'Ue abbia voluto affermare un principio di diritto di rilevante importanza: quando un richiedente protezione internazionale soddisfa i requisiti previsti dalla direttiva qualifiche, egli è titolare di una posizione giuridica soggettiva che va tutelata dall'organo giurisdizionale attraverso il potere di riforma del provvedimento amministrativo o – alternativamente – riconoscendo un obbligo in capo alla pubblica amministrazione di conformarsi alle statuizioni del giudice del procedimento che ha portato all'annullamento dell'atto.

La sentenza in commento induce a più di una riflessione, già dibattuta in dottrina²¹, circa il coordinamento tra principio di autonomia processuale degli Stati membri – secondo il quale in assenza di disposizioni di armonizzazione, la realizzazione di posizioni giuridiche soggettive va assicurata nel quadro degli strumenti processuali di garanzia di ogni ordinamento nazionale – ed efficacia del diritto dell'Unione fondata sulla salvaguardia dei principi del primato e degli effetti diretti delle norme dell'Unione, il che implica la necessità di disapplicare gli istituti processuali che interferiscono con il diritto dell'Unione e ne ostacolano l'*effettività*.

Il caso *Torubarov* ha permesso quindi alla CGUE di arginare il tentativo dell'Ungheria di privare il richiedente protezione internazionale del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo.

²¹ E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, anno XIII, Fasc. 3 – 2008, p. 447.

VIOLAZIONI PROCEDURALI E CLAUSOLE NAZIONALI
DI NON ANNULLABILITÀ:
LA CORTE DI GIUSTIZIA TORNA A PRONUNCIARSI
SUL DIRITTO AD ESSERE SENTITI

Giulia Del Turco *

SOMMARIO: 1. Fatti all'origine del procedimento principale. – 2. La pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 3. *L'audi alteram partem* nel diritto e nella giurisprudenza europea. – 4. Omissione del colloquio sull'ammissibilità di una domanda di protezione internazionale: i limiti della Corte di giustizia al dovere di annullamento del giudice nazionale. – 4.1. La sanatoria in sede giudiziale. – 4.2. Il criterio dell'influenza casuale. – 5. Conclusioni e problemi aperti.

1. *Fatti all'origine del procedimento principale*

La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte amministrativa federale tedesca (il Bundesverwaltungsgericht) alla Corte di giustizia dell'Unione europea origina da una controversia insorta tra un cittadino eritreo e la Repubblica federale di Germania in merito alla legittimità di una decisione adottata dall'Ufficio federale tedesco per la migrazione e i rifugiati (il Bundesamt für Migration und Flüchtlinge) che ha negato al ricorrente il riconoscimento dello status di rifugiato.

Milkiyas Addis arrivava in Germania nel settembre 2011 in qualità di richiedente protezione internazionale. Sebbene nel corso di un primo colloquio avesse negato di essersi recato in altro Stato membro, a seguito dell'analisi delle impronte digitali emergeva che nel 2009 egli aveva presentato domanda di asilo in Italia, dove gli era stato concesso un permesso di soggiorno fino a febbraio 2015. Alla luce di tale informazione, l'Ufficio dichiarava la domanda inammissibile *ex art. 29 dell'AsylG*¹, in ragione del fatto che

* Dottoranda di ricerca, Università degli Studi della Tuscia.

¹ L'art. 29 dell'Asylgesetz, la legge tedesca in materia di asilo, ha recepito l'art. 33, par. 2, lett. a), della direttiva 2013/32/UE (direttiva procedure) e stabilisce che una domanda di asilo deve essere dichiarata inammissibile quando un altro Stato membro ha già concesso al richiedente la protezione internazionale.

il richiedente era entrato in Germania da un paese terzo sicuro, e ne ordinava l'espulsione verso l'Italia.

Prima dell'adozione di tale decisione, tuttavia, il richiedente non era stato sentito personalmente, in violazione della normativa europea applicabile in materia di asilo². Addis, pertanto, ricorreva dapprima dinanzi al Tribunale amministrativo di Minden, che respingeva il ricorso, dopodiché proponeva appello al Tribunale amministrativo superiore di Münster, il quale, pur annullando il provvedimento di accompagnamento alla frontiera italiana, confermava per il resto la decisione del Bundesamt. Il ricorrente impugnava, dunque, la sentenza d'appello presso il Bundesverwaltungsgericht, lamentando, in particolare, la violazione da parte del Bundesamt del diritto al contraddittorio.

Il giudice del rinvio osservava che il Bundesamt non era legittimato a omettere il colloquio con l'interessato. La direttiva procedure, infatti, è chiara nel prevedere, da un lato, che l'autorità accertante decida sull'ammissibilità di una domanda di protezione internazionale solo a seguito di colloquio personale con il richiedente e, dall'altro, che gli Stati membri possano prevedere una deroga a tale diritto soltanto in caso di domanda reiterata. Al contempo, tuttavia, il giudice riteneva necessario accertare le conseguenze della violazione di tale obbligo procedurale sulla validità della decisione, in particolare nel caso in cui il richiedente abbia avuto la possibilità di esporre in sede giudiziale tutti gli elementi di fatto e di diritto che ostano alla decisione di rigetto e, ciò nonostante, tali elementi non determinerebbero l'annullamento di tale decisione. A tale riguardo, infatti, la Corte osservava che l'omessa conduzione del colloquio personale non avrebbe alcuna conseguenza su una decisione d'inammissibilità adottata ai sensi dell'art. 29 dell'AsylG, vista l'assenza di discrezionalità in capo all'autorità accertante; di conseguenza, nel caso di specie troverebbe applicazione l'art. 46 della legge tedesca sulla procedura amministrativa («VwVfG»), che esclude l'annullamento dell'atto amministrativo adottato in assenza di contraddittorio, ove risulti in maniera palese che la violazione non ha influito sul contenuto della decisione.

Rilevata dunque la sussistenza di un possibile conflitto tra il diritto europeo e il diritto tedesco, il giudice del rinvio sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione

² Si v., in particolare, gli artt. 14, 15 e 34 della direttiva procedure, che prevedono che al richiedente sia data la facoltà di sostenere un colloquio personale con l'autorità procedente prima che venga adottata una decisione di ammissibilità sulla sua domanda.

pregiudiziale: è compatibile con la direttiva 2013/32 una normativa nazionale in forza della quale l'omissione del colloquio con il richiedente prima della decisione di inammissibilità della domanda non comporta l'annullamento della decisione nel caso in cui il richiedente abbia l'opportunità di esporre davanti a un giudice tutti gli elementi che depongano in senso contrario alla decisione impugnata e, ciò nonostante, non possa essere adottata una decisione diversa nel merito?

2. *La pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea*

La premessa da cui muove la Corte di giustizia³ è che, in mancanza di prescrizioni europee di tipo procedimentale, la determinazione delle conseguenze giuridiche della violazione del contraddittorio spetta, in via generale, agli Stati membri nell'ambito della loro autonomia procedimentale, che trova un limite nell'imperativo dell'effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive di origine comunitaria.

A tal riguardo, i giudici osservano che il colloquio personale sull'ammissibilità della domanda, previsto in termini vincolanti dagli artt. 14, 15 e 34 della direttiva procedure, riveste un'importanza fondamentale al fine di garantire che l'art. 33, par. 2, lett. a) sia applicato in piena conformità con il principio di *non-refoulement*. Tale colloquio, infatti, mira soprattutto a dare al richiedente la possibilità di fornire tutti quegli elementi atti a dimostrare che un rinvio verso lo Stato membro che gli ha già concesso la protezione internazionale lo esporrebbe al rischio di subire un trattamento contrario all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Tuttavia, secondo la Corte, l'omissione del colloquio da parte delle autorità amministrative può essere sanata in sede giurisdizionale laddove la normativa nazionale consenta al giudice del ricorso di procedere esso stesso all'audizione del richiedente nel rispetto di tutte le garanzie previste dall'art. 15 della direttiva. L'eventuale sanatoria in sede giudiziale del vizio partecipativo non vale, però, di per sé a evitare l'annullamento dell'atto: occorre anche che gli argomenti dedotti dal ricorrente non siano atti a modificare la decisione amministrativa. In assenza di tali condizioni, la decisione amministrativa dovrà essere annullata e rinviata all'autorità accertante, poiché i diritti di difesa del richiedente non sarebbero altrimenti garantiti in nessuna fase del procedimento, né amministrativo, né giurisdizionale.

³ CGUE, sentenza del 16 luglio 2020, *Milkias Addis*, causa C-517/17.

Alla luce di quanto esposto, la Corte di giustizia conclude che gli artt. 14 e 34 della direttiva procedure devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale in forza della quale la violazione dell'obbligo di concedere al richiedente la possibilità di un colloquio personale prima dell'adozione di una decisione di inammissibilità *ex art. 33* non comporta l'annullamento di tale decisione e il deferimento della causa all'autorità amministrativa, a meno che la normativa nazionale non consenta al richiedente di esporre personalmente tutte le sue ragioni contro la decisione in un'udienza che soddisfi le condizioni di cui all'art. 15 e a meno che tali ragioni non siano atte a modificare la decisione stessa.

3. *L'audi alteram partem nel diritto e nella giurisprudenza europea*

La pronuncia che qui si commenta aggiunge un ulteriore tassello alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul diritto di essere ascoltato, con particolare riferimento al procedimento di riconoscimento della protezione internazionale previsto dalla direttiva 2013/32.

A livello europeo, l'*audi alteram partem* è tradizionalmente considerato un'estrinsecazione del diritto di difesa⁴. Nato come principio pretorio già negli anni '70 del secolo scorso⁵, esso trova espresso riconoscimento in talune previsioni specifiche del diritto comunitario⁶, nonché, in via generale, nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che nell'ambito del «diritto a una buona amministrazione» prevede il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale pregiudizievole. Negli anni, la giurisprudenza europea ne ha potenziato la portata garantista, elevando il diritto al contraddittorio

⁴ Cfr., *ex multis*, CGUE, sentenza del 13 febbraio 1979, *Hoffman-La Roche/Commissione*, C-85/76, EU:C:1979:36; CGUE, sentenza del 10 luglio 1986, *Belgio c. Commissione*, C-234/84, EU:C:1986:302; CGUE, sentenza del 29 giugno 1994, *Fiskano c. Commissione*, C-135/92, EU:C:1994:267. In dottrina, si v. H.P. NEHL, *Principles of Administrative Procedure*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, p. 545 ss.

⁵ Si v. il *leading case* CGUE, sentenza del 23 ottobre 1974, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, C-17/74, EU:C:1974:106.

⁶ Tra le diverse norme di rango secondario che riconoscono espressamente il diritto di essere sentiti, è opportuno richiamare l'art. 18 del Regolamento 4064/89/CEE, relativo ai procedimenti di controllo sulle fusioni di rilevanza comunitaria, e l'art. 11 del Regolamento 2026/97/CE, relativo all'audizione nel contesto dei procedimenti antidumping.

procedimentale al rango di principio generale del diritto UE, che trova perciò applicazione anche in assenza di previsioni normative specifiche⁷.

Il diritto ad essere ascoltati, tuttavia, non si prefigura come prerogativa assoluta. In più occasioni, infatti, la giurisprudenza europea ha escluso che a ogni violazione del diritto debba conseguire necessariamente l'annullamento del provvedimento finale. Vi sono pronunce in cui la Corte, secondo il criterio della c.d. influenza causale del vizio, ha affermato che la violazione del contraddittorio determina l'annullamento dell'atto solo se, in mancanza di tale irregolarità, il procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso⁸. In altri casi, la Corte ha giustificato la mancata instaurazione del contraddittorio invocando la c.d. regola del raggiungimento dello scopo, nel senso di precludere l'invalidazione dell'atto laddove l'obiettivo della garanzia partecipativa sia stato raggiunto perché il privato è stato in ogni caso posto nella condizione di far conoscere il proprio punto di vista⁹. Infine, le restrizioni al contraddittorio sono state collegate dal giudice europeo alla necessità di operare un bilanciamento con altri «*obiettivi di interesse generale*»¹⁰.

4. *Omissione del colloquio sull'ammissibilità di una domanda di protezione internazionale: i limiti della Corte di giustizia al dovere di annullamento del giudice nazionale*

La direttiva procedure impone all'autorità accertante il dovere di condurre un colloquio personale con il richiedente protezione internazionale prima dell'adozione di una decisione sull'ammissibilità della domanda, ma non specifica le conseguenze che devono trarsi dalla violazione di tale diritto. La questione pregiudiziale che viene rimessa alla Corte è nuova e si doman-

⁷ Si v., *ex multis*, CGUE, sentenza del 27 giugno 1991, *Al-Jubail c. Consiglio*, C-49/88, EU:C:1991:276 e CGUE, sentenza del 9 giugno 2005, *Spagna c. Commissione*, C-287/02, EU:C:2005:35.

⁸ Cfr. CGUE, sentenza del 21 marzo 1990, *Belgio c. Commissione*, C-142/87, EU:C:1990:125; Tribunale, sentenza dell'8 luglio 2004, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Commissione*, T-198/01, EU:T:2004:147.

⁹ Cfr. CGUE, sentenza del 5 novembre 2014, *Mukarubega*, C-166/13, EU:C:2014:2336; Tribunale, sentenza del 18 gennaio 2000, *Mehibas Dordtselaan BV c. Commissione*, T-290/97, EU:T:2000:8.

¹⁰ Si v., in particolare, CGUE, sentenza dell'11 dicembre 2014, *Boudjilida*, C-249/13, EU:C:2014:2431.

da, in sostanza, se la direttiva procedure implichi che la decisione di inammissibilità adottata *inaudita alteram partem* debba essere annullata.

La soluzione elaborata dalla Corte si colloca nel solco della sua precedente giurisprudenza, confermando, di fatto, che non ogni violazione del diritto di essere sentiti è tale da inficiare la legittimità del provvedimento. Nel rispondere negativamente al quesito, i giudici europei hanno specificato che devono sussistere due condizioni affinché il giudice nazionale non annulli l'atto per vizi del contraddittorio.

4.1. *La sanatoria in sede giudiziale*

Innanzitutto, al richiedente deve essere stata data, in sede giurisdizionale, la possibilità di esporre i suoi argomenti contro la decisione adottata nel corso di un'audizione che rispetti le condizioni previste dall'art. 15 della direttiva. Si tratta di un orientamento condiviso anche dalla Corte di Strasburgo, la quale, in più occasioni, ha ritenuto complessivamente accettabile un sistema in cui le eventuali carenze procedurali siano recuperate, *ex post*, nella fase giurisdizionale, purché attuativa a sua volta dei principi dell'equo processo¹¹.

Nell'ammettere che il rispetto delle garanzie partecipative debba avvenire alla luce della possibilità della compensazione *ex post*, la Corte di Giustizia attribuisce al processo un effetto sostitutivo rispetto al procedimento, che può, quindi, sopperire alla mancata partecipazione delle parti in quella sede. Ciò che alla Corte preme è che la determinazione della situazione giuridica vantata dal ricorrente avvenga secondo i canoni procedurali fissati nella normativa europea, senza preoccuparsi della sede in cui questo avviene. Lo dimostrerebbe l'enfasi riposta dalla Corte sulla necessità che il colloquio in sede giurisdizionale sia conforme, quanto alle modalità di svolgimento, alle condizioni procedurali stabilite dall'art. 15 della direttiva (§ 64-68).

In tal modo, tuttavia, viene svalutata la c.d. finalità collaborativa della partecipazione procedimentale. Quest'ultima, infatti, consiste anche nella possibilità per il privato di mettere a disposizione dell'amministrazione tutta una serie di informazioni altrimenti a essa sconosciuti. Nel momento in cui il contraddittorio viene trasposto interamente nel processo, la Corte impedisce al ricorrente di instaurare un dialogo virtuoso con l'amministrazione nel corso dell'istruttoria, che viene svuotata della sua finalità principale, perché non è più il luogo nel quale si realizza la giusta composizione dei vari interessi coinvolti.

¹¹ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, sentenza del 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germany*, ric. n. 8544/79.

Inoltre, la Corte sembra non prendere in considerazione i rischi connessi alla posticipazione del contraddittorio nella fase giudiziale. Come sottolineato dal giudice del rinvio, la normativa tedesca in materia di asilo prevede che un ricorso proposto contro una decisione di inammissibilità di una domanda di protezione internazionale non ha effetto sospensivo (art. 75 AsylG). Il provvedimento di allontanamento che ne consegue, dunque, è idoneo a incidere subito nella sfera giuridica del destinatario e una sentenza che annullasse il provvedimento emanato non potrebbe, in ogni caso, far venir meno il pregiudizio già subito dal ricorrente nel caso di suo immediato rimpatrio.

4.2. *Il criterio dell'influenza causale*

La seconda condizione che, secondo la Corte di giustizia, può giustificare la compressione del diritto di essere sentiti nel procedimento è riconducibile al criterio della influenza causale del vizio: come anticipato, la violazione del contraddittorio determina l'annullamento del provvedimento finale solo se, in mancanza di tale violazione, la decisione avrebbe potuto essere diversa.

Applicato da tempo dalla Corte di giustizia, il criterio causalistico si ritrova altresì nella normativa di molteplici Stati membri - tra cui, in particolare, il § 46 del VwVfG e l'art. 21-*octies*, co. 2, della legge italiana sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) - ed è legato alla natura del potere esercitato dall'amministrazione.

In linea generale, il contraddittorio deve ritenersi indefettibile in quei procedimenti caratterizzati dall'esercizio di potere discrezionale, poiché, in questi casi, vi è sempre la possibilità che il contributo del privato influenzi la scelta pubblica¹². Al contrario, il contraddittorio può essere ritenuto irrilevante (e, quindi, l'atto non annullabile) in quei procedimenti destinati a sfociare in una decisione amministrativa dal contenuto totalmente predeterminato dalla norma di legge: in questi casi, infatti, l'apporto partecipativo del privato, anche se garantito, non potrebbe condizionare altrimenti l'esito del procedimento e, dunque, non rappresenterebbe una garanzia effettiva¹³.

Dalla pronuncia in esame, tuttavia, emerge come il giudice europeo, nell'applicazione del criterio dell'influenza causale, talvolta prescinda dalla indagine sulla natura del potere (discrezionale o vincolato) esercitato

¹² Cfr. Tribunale, sentenza del 27 febbraio 2003, *Bonn Fleisch Ex Und Import GmbH c. Commissione*, T-329/00.

¹³ Cfr. CGUE, sentenza del 6 luglio 1983, *Geist c. Commissione*, C-117/81, EU:C:1983:191.

dall'amministrazione e giunga a riconoscere al giudice il potere di non annullamento ben oltre i casi in cui la decisione sia astrattamente o concretamente predeterminata¹⁴.

Contrariamente alle argomentazioni difensive del governo tedesco (§ 38), che sostiene la tesi della vincolatezza della decisione di inammissibilità, la Corte considera il colloquio sull'ammissibilità della domanda sempre astrattamente strumentale – e, dunque, sempre rilevante - rispetto alla necessità per l'amministrazione di acquisire tutti gli elementi utili a una valutazione individuale del caso (§ 49-54). A ciò, tuttavia, non consegue necessariamente l'annullamento dell'atto adottato in violazione del contraddittorio, bensì l'attribuzione al giudice del ricorso di un sindacato che non si arresta all'accertamento della inevitabilità del risultato, ma che arriva a valutare la rilevanza ai fini della decisione delle dichiarazioni rese dal ricorrente in giudizio e, quindi, l'attitudine viziante del difetto sul merito del provvedimento («*e a meno che tali argomenti non siano atti a modificare la stessa decisione*»). Il giudice europeo si spinge, così, a verificare l'influenza causale del vizio non in relazione alla doverosità dell'atto, bensì alla concreta idoneità delle argomentazioni difensive presentate dal ricorrente a modificare la decisione amministrativa.

5. Conclusioni e problemi aperti

La pronuncia della Corte di giustizia, confermando nella sostanza la legittimità di una decisione nazionale di inammissibilità di una domanda di asilo adottata senza l'audizione dell'interessato, potrebbe indurre a ritenere compromessa la finalità garantista del contraddittorio procedimentale. Non si tratta, tuttavia, di una riprova del trattamento differenziato dello straniero nei suoi rapporti con l'amministrazione, pur frequente in materia di immigrazione.

Il principio di non annullabilità, fondato sul discrimine dell'influenza causale dei vizi procedurali, è applicato all'attività amministrativa non solo a livello europeo ma anche a livello nazionale (ad esempio, in Italia e in

¹⁴ Così G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 2017, cit., p. 270. Si v. anche R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, cit., p. 96, il quale parla di «assenza a livello comunitario [...] di una qualsiasi teoria della discrezionalità e delle clausole generali dell'agire amministrativo».

Germania) e non sarebbe corretto ritenerlo *a priori* un *vulnus* alle garanzie partecipative. Contrariamente a quanto sostenuto da parte della scienza giuridica, infatti, la tutela del contraddittorio procedimentale non è di per sé compromessa dal predetto principio, a condizione che il giudice lo applichi nelle sole ipotesi di effettiva vincolatezza della decisione amministrativa, ossia quando l'apporto partecipativo del privato non avrebbe *in ogni caso* potuto influire sul contenuto dell'atto.

Qui, appunto, emerge l'aspetto problematico della pronuncia e, più in generale, della giurisprudenza europea sul tema. Come si è visto, infatti, la Corte di giustizia applica il principio di non annullabilità per difetto di contraddittorio non in base alla natura (vincolata o discrezionale) della decisione, valutabile *ex ante* dalla stessa amministrazione procedente, bensì in base alla valutazione *ex post*, per di più effettuata dal giudice, delle risultanze dell'audizione dell'interessato. Il rischio è che, in tal modo si avalli la tendenza delle amministrazioni nazionali di decidere sulle richieste di asilo sacrificando le garanzie del contraddittorio.

Per di più, l'orientamento della Corte attribuisce al giudice l'esercizio di un sindacato che le clausole nazionali di non annullabilità, correttamente intese, non consentirebbero. L'art. 21-*octies* o il § 46 VwVfg, infatti, limitano il giudizio sull'annullabilità all'accertamento della vincolatezza della fattispecie e non attribuiscono al giudice il potere di valutare *ex post* la rilevanza del contraddittorio (la quale, come detto, dovrebbe essere valutata *ex ante* dalla pubblica amministrazione). Il giudizio prognostico che il giudice invece è chiamato a compiere nell'ambito di applicazione delle norme dell'Unione rischia di trasformare il processo nella sede in cui si determina in concreto la regola dell'azione amministrativa, consentendosi al giudice di sconfinare in valutazioni riservate, in linea di principio, all'amministrazione, specie quando, come nelle ipotesi di riconoscimento della protezione internazionale, occorrono valutazioni complesse e ad alta discrezionalità tecnica.

Alla luce di tale lettura, si può affermare che in ambito europeo la garanzia partecipativa del contraddittorio subisce un depotenziamento proprio in quei procedimenti (discrezionali) rispetto ai quali l'apporto del privato potrebbe contribuire a determinare la scelta dell'amministrazione. Pronunce come questa rischiano, altresì, di legittimare quella giurisprudenza domestica che, in materia di immigrazione, applica in maniera distorta la clausola di non annullabilità di cui all'art. 21-*octies*, co. 2, servendosi di tale clausola al di là delle ipotesi di effettiva vincolatezza dell'atto.

THE DETERMINATION OF ‘OTHER AUTHORITIES’
AND THE STATUS OF APPLICANT
FOR INTERNATIONAL PROTECTION:
THE CROSSWORD PUZZLE¹

Emellin De Oliveira *

SUMMARY: 1. Background. – 2. The ruling. – 3. The meaning of ‘other authorities’. – 4. VL’s detention and expulsion.

1. *Background*

In December 2019, VL, a Malian national, was intercepted on a vessel by the Spanish Maritime Rescue Service, having been rescued and disembarked at the Gran Canaria southern quayside. One day after his arrival, the Spanish government representation in Las Palmas ordered his removal. As this decision could not be enforced within the 72-hour period provided for under Article 6(6) of the Spanish Organic Law² on the rights and freedoms of foreigners and their social inclusion, a request for placement in a detention centre was submitted to the District Court of San Bartolomé de Tirajana.

The judge of the District Court delivered three decisions on the case. The first decision granted VL the right to make a statement, in which he expressed his intention to apply for international protection. The second decision ordered to inform the national competent authorities about VL’s statement and to accommodate him in a humanitarian reception centre. The third decision ordered VL to be placed in a detention centre, as there were no available places in the humanitarian one.

The Public Prosecution brought an appeal against the second decision arguing that the investigating magistrate had no power either to receive applications for asylum or to rule on the accommodation for applicants for international protection. VL’s lawyer filed an appeal against the detention de-

¹ CJEU, judgment of 25 June 2020, *Ministerio Fiscal v. VL*, C-36/20 PPU, EU:C:2020:495.

* PhD Candidate on EU Migration Law, NOVA School of Law.

² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

cision, considering it incompatible with Directives 2013/32 (the Procedures Directive³) and 2013/33 (the Reception Conditions Directive⁴). The investigating magistrate decided to stay the proceedings and to refer to the Court of Justice of the European Union (CJEU, or the Court) for a preliminary ruling on whether a judicial authority who is competent under national law to order the detention of third-country nationals should be regarded as one of the ‘other authorities’ likely to receive applications for international protection referred to in Article 6(1) of the Procedures Directive. In the affirmative, the Court would need to determine whether that authority is required to provide a foreigner with the relevant information, such as how to lodge the application, and when the status of applicant for international protection is granted and the consequences of such an acquisition.

2. *The ruling*

The Court considered that the expression “competent authority under national law”, in the first subparagraph of Article 6(1) of the Procedures Directive, provides Member States with the possibility of designating the competent authority to register applications for international protection (§55). However, the second subparagraph of the same article does not make any reference to national law and, therefore, it does not require Member States to designate who the “other authorities” are (§56). Since it is plausible for illegally staying foreigners to express their interest for international protection to a judicial authority called upon to rule on an application for detention lodged by the national authorities, in particular with a view to removal, the concept of “other authorities” within the meaning of the second subparagraph of Article 6(1) of the Procedures Directive must be seen as encompassing that judicial authority (§59).

In the light of the above, the judicial authority called upon to decide on the detention of an illegally staying third-country national in view of his return must comply with the second and third paragraphs of Article 6(1) and Article 8(1) of the Procedures Directive when taking the initiative to inform that national of his right to seek international protection. In addition, to en-

³ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast).

⁴ Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast).

sure the efficiency and speed of the procedure for examining applications for international protection, this judicial authority shall forward the file in its possession to the competent authority under national law to register the application.

Regarding the reasons and limits of the detention, both Article 26(1) of the Procedures Directive and Article 8(1) of the Reception Conditions Directive provide that Member States may not hold a person in detention for the sole reason that he is an asylum seeker. According to Article 8(2) of the Reception Conditions Directive, an applicant can only be detained if detention is necessary and if less coercive alternative measures cannot be applied effectively. Therefore, the Court ruled that Article 26 of the Procedures Directive and Article 8 of the Reception Conditions Directive must be interpreted as meaning that an illegally staying third-country national who has expressed his intention to seek international protection before an “other authority” may not be detained for reasons other than those set out in Article 8(3) of the Reception Conditions Directive.

3. *The meaning of ‘other authorities’*

The core question at stake, substantially, is the definition and the consequences of the concept of “other authorities” mentioned in Article (6)(1) of the Procedures Directive. From the outset, the Advocate General (AG) argued in his Opinion⁵ that the undefined term “other” reveals an intention to opt for an open definition of the authorities who can receive applications for international protection. Since judicial authorities would be likely to receive asylum applications when called upon to decide on the arrest and/or return of third-country nationals, they could be encompassed by the definition.

From our perspective, the importance of this assumption lies, on the one hand, in achieving the objectives of the Procedures Directive, which aims to ensure quick, easy and effective access to the international protection procedure; and, on the other hand, in ensuring the protection and effectiveness of fundamental and human rights, such as the right to asylum (Article 18 EUCFR), the right to protection in the event of removal, expulsion or extradition (Article 19 EUCFR), the right to an effective remedy (Article 13 ECHR), in addition to other procedural guarantees. This effectiveness had

⁵ Opinion of Advocate General Szpunar, delivered on 30 April 2020, in C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal v. VL*, EU:C:2020:331.

already been analysed in the Hasan case⁶, in which the Court described the objective of the referred Directive as «an effective opportunity to lodge their application as soon as possible» (§ 76).

In VL's case, the judicial authority was the only authority before which VL had the opportunity to request international protection prior to being taken to the detention centre, since he had not been previously informed of the right to apply for asylum. We can infer from this that, in addition to causing a delay in receiving and, consequently, registering the request for international protection, the lack of information on the possibility of applying for asylum is an obstacle for a foreigner accessing the corresponding material reception conditions or, even, to remain on the territory of the Member State pending the examination of the asylum application (which Marcelle Reneman⁷ points out as an important right to applicants). Thus, a broad understanding of the concept of “other authorities” guarantees not only effective access to the asylum procedure but also reaffirms the principles and values on which the European Union itself is based, namely respect for human dignity.

Additionally, according to the AG, based on the interpretation of Recital 27 of the Procedures Directive, there would be two stages in the submission of an application for international protection: the making and the lodging (§§ 78-89). However, in our point-of-view, there are three stages involved in this procedure, as “the registration” should not be regarded as part of the first stage (as the AG sustains), but as a separate one.

Accordingly, the first stage is the *making of the application*, which takes place when the third- country national expresses his intention to apply for international protection to any authority (the competent one or the ‘others’). The second stage is the *registration of the application* by the national competent authority, within either three or six working days from the expression of interest. The third stage is the *lodging of the application*, when the competent authority receives the complete asylum application (either a form submitted by the applicant or an official statement drawn up by the authorities, as ascertained by the Mengesteab case⁸) to start the procedural part of the asylum process.

⁶ CJEU, judgement of 25 de janeiro de 2018, *Bundesrepublik Deutschland v. Aziz Hasan*, C-360/16, EU:C:2018:35.

⁷ M. RENEMAN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford, 2016.

⁸ CJEU, judgment of 26 July 2017 (Grand Chamber), *Tsegezab Mengesteab v. Bundesrepublik Deutschland*, C-670/16, EU:C:2017:587.

As a result, the acquisition of the status of applicant for international protection cannot be made conditional on the registration or lodging of the request. The moment that an authority (the competent one or the ‘others’) receives the statement from a third-country national expressing his interest to apply for international protection marks the acquisition of the status of *applicant for international protection*.

The rights and duties that, according to Recital 27 of the Procedures Directive, are applicable to the asylum seeker arise from the acquisition of such a status. Thus, the applicant may no longer be detained for the purpose of removal pursuant to Directive 2008/115 (the Returns Directive⁹), due to the limitation provided for in Recital 15 of the Reception Conditions Directive, which establishes: «[...] Applicants may be detained only under very clearly defined exceptional circumstances laid down in this Directive and subject to the principle of necessity and proportionality with regard both to the manner and to the purpose of such detention [...]».

The *very clearly defined exceptional circumstances* are set out in the paragraphs of Article 8 of the Reception Conditions Directive, which place significant limitations on the Member States’ power to detain a person, with an exhaustive list of the various grounds for detention. Such an interpretation underlies the judgments of the K¹⁰ and N¹¹ cases, in which, in dealing with Member States’ discretion while transposing and implementing a directive, the Court stated they must do so by ensuring the objectives of that directive are achieved in such a way that they do not infringe fundamental rights and general principles of EU law.

In short, a strict definition of who the “other authorities” are would only serve to restrict access to the effective right of asylum. There is a clear importance in the understanding that, once these “other authorities” receive a request for international protection, the third-country national could be recognized as an applicant, even if they pursue other actions to formalise the request, since it implies the activation of rights and guarantees derived from such, notably the aforementioned material reception conditions and limits on detention.

⁹ Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals.

¹⁰ CJEU, judgment of 14 September 2017, *K c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Case C-18/16, EU:C:2017:680.

¹¹ CJEU, judgment of 15 February, *J.N. c. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84.

4. VL's detention and expulsion

The VL case brings a factual duality: on the one hand, it reinforces the protection of asylum seekers' rights; and, on the other hand, it declares the failure of the application for international protection mechanism in VL's detention and consequent expulsion.

Since the clarification on the meaning of "other authorities", it became clear that the expression of the intention to apply for international protection before a judicial authority, for instance, corresponds to the making of the application, from which the status of applicant is granted. The EASO Manual¹² points out that making an application triggers rights and obligations under both the Procedures Directive and the Reception Conditions Directive. This means that it is not only from the expression of interest for applying for international protection before a national competent authority that the status of applicant emerges, but also when doing so before the "other authorities".

Nevertheless, in the case at hand, VL was returned to his country of origin despite having expressed his intention to request international protection at the first opportunity he had, when he was presented to a judicial authority. Even if any doubt remained as to whether the judicial authority could be considered as an "other authority" capable of receiving an application for international protection, VL's return should have been avoided until clarification of this topic as a consequence of the application of the principle of *non-refoulement*.

VL's detention is also an issue in this case. Evangelia (Lilian) Tsourdi¹³ mentions that «the use of generalised detention as a migration management tool and the abuse of alternatives to immigration (asylum and pre-return) detention as a widespread control measure, in both the return and asylum frameworks, is undoubtedly on the rise in the EU». She calls into question the basic idea that detention, especially in relation to asylum, should be an

¹² European Asylum Support Office (EASO), *Judicial analysis - Asylum procedures and the principle of non refoulement*, EASO Professional Development Series for members of courts and tribunals, 2018, available at <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-qualification-for-international-protection-2018.pdf>

¹³ E. T_{SOURDI}, *Alternatives to immigration detention in International and EU Law: control standards and judicial interaction in a heterarchy* in M. MORARU, G. CORNELISSE & P. DE BRUYCKER (Eds.). *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Modern Studies in European Law, Oxford, 2020, pp. 262-297.

exception and only be used in case less coercive alternative measures are unavailable to guarantee the objective of the international protection and return, if applicable.

Although in *Saadi v. United Kingdom*¹⁴ the ECtHR determined that the detention of asylum seekers *a priori* does not violate Article 5(1) ECHR, detention cannot be arbitrary and must therefore be justified and based on the reasons listed in Article 8(3) of the Reception Conditions Directive. In the case of VL, this is exactly what the AG alluded: «On the contrary, it is apparent from the order for reference that the sole ground on which the court of preliminary investigation ordered VL's detention was that no reception centre places were available. I must point out that this is not among the grounds in Article 8(3) of Directive 2013/33» (§ 113).

In conclusion, there is no doubt that administrative detention of asylum-seekers should be used as a last resort and only if necessary and proportional. However, as the AG elucidated in his opinion, «humanitarianism is not enough» (§ 1) to guarantee refugee rights. We need to understand the basis and extent of the norms in this area so as not to leave people in need of asylum unprotected.

¹⁴ ECtHR (Grand Chamber), judgment of 29 January 2008, *Saadi v. United Kingdom*, application no. 13229/03.

PROCEDURA PER IL RILASCIO DEL PERMESSO DI SOGGIORNO
E PREAVVISO DI RIGETTO.
VERSO UNA TUTELA “RAFFORZATA”
DELLE GARANZIE PROCEDIMENTALI
DEI CITTADINI STRANIERI?
A PROPOSITO DI UNA RECENTE SENTENZA
DEL CONSIGLIO DI STATO

Laura Pergolizzi*

SOMMARIO: 1. Vicenda. – 2. Decisione. – 3. Quadro generale. – 4. Cittadini stranieri e partecipazione. – 5. Permesso di soggiorno e “preavviso di rigetto”: il *favor* accordato alla tutela dei diritti di partecipazione del cittadino straniero.

1. *Vicenda*

La vicenda trae origine da un procedimento per il rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato. Con Decreto del 15 giugno 2012 il Questore di Potenza rigettava l’istanza formulata da un cittadino straniero. Il diniego si fondava sulla irreperibilità dell’interessato, pochi giorni dopo la presentazione dell’istanza di rilascio del provvedimento, e la mancata comunicazione della variazione di dimora ai sensi dell’art. 6, comma 8, del D.Lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, (T.U. Immigrazione) che non ha reso possibile notificargli la comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza. Il cittadino straniero ricorreva davanti al TAR Basilicata - Potenza per ottenere l’annullamento del sopraccitato provvedimento, denunciando, tra i motivi di censura, la violazione dell’art. 10 bis della l. n. 241 del 1990 ed il difetto di motivazione.

Con la sentenza del 29 luglio 2014, n. 512, il giudice di primo grado rigettava il ricorso. A sostegno della propria decisione, il giudicante configurava il diniego del rilascio del permesso di soggiorno come “atto vincolato” e dichiarava legittimo il provvedimento impugnato, ai sensi dell’art. 21 octies, comma 2, della l. n. 241 del 1990, estensibile all’art. 10 bis della stessa l. n. 241 del 1990, perché, in ogni caso, il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

* Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

Veniva, quindi, proposto appello da parte del cittadino straniero, il quale denunciava l'ingiustizia ed erroneità della sentenza di primo grado, chiedendone la riforma con un unico e articolato motivo, con cui denunciava l'eccesso di potere per difetto di istruttoria; la contraddittorietà manifesta; l'illogicità manifesta; l'eccesso di potere; il travisamento dei fatti. Si costituivano in giudizio le Amministrazioni chiedendo il rigetto dell'appello. Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato accoglie l'appello per la fondatezza del motivo con cui la parte appellante denuncia la violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990 ed il difetto di motivazione.

2. *Decisione*

La sentenza premette alcuni cenni sul c.d. "preavviso di rigetto" e sui presupposti sui quali si fonda l'obbligo di adozione dello stesso. Si sofferma, poi, sul caso concreto, ricostruendo la vicenda alla luce della documentazione acquisita in primo grado, dalla quale emerge un passaggio che è interessante ripercorrere: «il ricorrente si è presentato spontaneamente presso l'Ufficio Immigrazione l'8 agosto 2012 e, nella circostanza, gli è stato notificato il decreto di rigetto impugnato»; le ricerche del ricorrente erano state avviate dall'Ufficio immigrazione il 7 giugno 2012, con nota inviata al competente Comando dei Carabinieri, al quale era stato chiesto di invitare formalmente il richiedente a presentarsi presso la Questura; «a seguito della nota del Comando dei Carabinieri del 9 giugno (...), che attestava l'assenza del ricorrente dal luogo di residenza dichiarata, la Questura concludeva il procedimento, ritenendo che l'irreperibilità del richiedente non dava possibilità di preavvertirlo del rigetto. Conseguentemente, la Questura riteneva inesistenti i presupposti per il rilascio del titolo». Tanto premesso, il giudice ritiene che l'irreperibilità del destinatario non sia causa sufficiente a far venir meno l'obbligo di preavviso di rigetto dell'istanza di permesso di soggiorno. In particolare, a sostegno di questa affermazione, evidenzia come la vicenda non faccia emergere «con sufficiente grado di certezza che l'esito del procedimento sarebbe stato ineluttabilmente nel senso del rigetto dell'istanza se fosse stata data l'opportunità al ricorrente di partecipare al procedimento». A tal scopo, offre alcuni esempi: prendendo in esame la dichiarazione di dimissioni dell'interessato, prodotta dal datore di lavoro ai Carabinieri, dalla quale emerge che il lavoro è stato lasciato per motivi strettamente personali, non dipendenti dallo svolgimento del rapporto di lavoro instaurato, il Consiglio di Stato osserva come tale dichiarazione «avrebbe potuto formare ogget-

to di osservazioni dell'interessato nel corso del procedimento e approfondimento istruttorio da parte della Questura» circa i motivi dell'allontanamento dal domicilio, la durata del rapporto di lavoro e le ragioni della sua interruzione, l'attualità di altra prestazione lavorativa.

Da un lato, il giudicante sottopone a critica l'atteggiamento "sbrigativo" dell'amministrazione, che ha «frettolosamente» ritenuto l'irreperibilità del ricorrente. Dall'altro, "giustifica" la mancata comunicazione alla Questura della variazione di domicilio da parte dello straniero, ex art. 6, comma 8, TUI, ritenendo tale comportamento «scusabile con l'ignoranza della complessa disciplina da parte di chi è appena giunto in Italia». Anche da questo duplice punto di vista, ritiene non corretto considerare il diniego un "atto dovuto", come sola conseguenza dell'irreperibilità dell'interessato. Inoltre, rileva il mancato assolvimento, da parte dell'amministrazione, dell'onere di cui all'art. 21 octies, comma 2, e art. 7, comma 1, l. n. 241 del 1990, di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Quanto al provvedimento di diniego, quest'ultimo si era limitato «a considerare laconicamente inesistenti i presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno, in conseguenza dell'irreperibilità del ricorrente»: perciò, il giudicante ritiene fondato anche il motivo con cui si denuncia il difetto di motivazione del provvedimento impugnato.

3. *Quadro generale*

L'art. 10 bis, introdotto dall'art. 6 della l. n. 15 del 2005, e recentemente modificato dal d.l. n. 76/2020¹, dispone, nella sua prima parte, che nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda e gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.

La *ratio* della norma, come ricostruita dalla sentenza in esame, è quella di consentire, il contraddittorio con l'interessato e mettere in condizione la pubblica amministrazione di avere una completa conoscenza dei fatti

¹ M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 590.

nell'esercizio della propria discrezionalità². La norma riflette la logica tradizionalmente sottesa alla partecipazione al procedimento di coloro nei cui confronti la decisione amministrativa è destinata a produrre effetti. Si tratta di una logica collaborativa che, assolvendo alle funzioni di difesa del cittadino, ha contribuito in modo significativo all'ormai non più recente passaggio dalla concezione di pubblica amministrazione autoritaria a quella di pubblica amministrazione democratica³.

4. *Cittadini stranieri e partecipazione*

Se, come si è visto, l'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990 è una norma di garanzia nei confronti del cittadino italiano, occorre verificare se questa trovi applicazione anche nei confronti dello straniero.

La questione problematica di fondo riguarda, più in generale, il campo soggettivo di applicazione della legge sul procedimento amministrativo. Sebbene quest'ultima non contenga un'indicazione espressa di sua applicabilità anche ai cittadini non italiani, il TU Immigrazione chiarisce tale aspetto, muovendo inequivocabilmente a favore di tale prospettiva, laddove dispone che «allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge» (art. 2, comma 5, TU Immigrazione)⁴.

Del resto, la prospettiva del legislatore nazionale è ampiamente compatibile con il «diritto ad una buona amministrazione» consacrato dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si sostanzia nel diritto

² F. PALAZZI, *Il preavviso di rigetto*, in G. GARDINI, L. VANDELLI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 271-277; C. VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis, l. 241/1990*, in *Foro Amm. – TAR*, 2006, pp. 655 e ss.

³ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, pp. 531 e ss.; M. A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 2 ss.

⁴ C. COSENTINO, R. RENZI, *Ingresso e soggiorno dei cittadini stranieri*, in M. T. SEMPREVIVA (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Roma, 2017, pp. 343-361.

di “ogni persona” ad “essere ascoltata” prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio e ad accedere ai documenti amministrativi, nell’obbligo, gravante sull’amministrazione, di motivare le proprie decisioni. Si tratta di una impostazione che, ancor prima, rimanda alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini stranieri, fondata sui cardini dell’uguaglianza e della ragionevolezza, emersa progressivamente a livello costituzionale e del diritto internazionale⁵.

5. *Permesso di soggiorno e “preavviso di rigetto”: il favor accordato alla tutela dei diritti di partecipazione del cittadino straniero*

La sentenza in commento permette di verificare alcuni aspetti connessi alla concreta applicazione dell’istituto della comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza in sede di procedimento di rilascio del permesso di soggiorno, offrendo, inoltre, alcuni interessanti spunti di riflessione circa il rapporto tra i procedimenti amministrativi in materia di immigrazione e le regole in materia di partecipazione. È proprio in relazione a tali aspetti che la sentenza di primo grado non è pienamente convincente: pur non avendo espressamente messo in dubbio l’applicabilità, al procedimento per il rilascio del permesso di soggiorno, dell’istituto di cui all’art. 10 bis della l. n. 241 del 1990, nei fatti essa finisce per negarla. A ben vedere, infatti, il giudice di primo grado parrebbe applicare, in sede di decisione, una relazione causa-effetto tra omessa comunicazione del domicilio da parte del cittadino straniero e venir meno dell’obbligo di comunicazione del preavviso di rigetto che non trova fondamento in alcuna previsione normativa.

Il Consiglio di Stato muove a favore di un diverso, interessante, indirizzo, che anzitutto, inquadra correttamente, in coerenza con l’articolo 2 del TU immigrazione, le garanzie dell’istante in sede di procedimento di rilascio del permesso di soggiorno, perché quelle sottese alla partecipazione procedimentale sono garanzie che vanno apprestate non soltanto nei confronti dei cittadini italiani, ma anche nei confronti dei cittadini stranieri.

La partecipazione emerge inequivocabilmente come terreno elettivo di

⁵ L. GILI, *Straniero e partecipazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, pp. 56 e ss.; L. PERGOLIZZI, *Protezione internazionale e procedimento amministrativo, “oltre” la l. n. 241/1990. Alcuni aspetti problematici*, in F. ASTONE, A. LUPO, V. PRUDENTE, A. ROMEO (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019, pp. 251-260.

garanzia del corretto esercizio della discrezionalità, ora attraverso la completa conoscenza, per la pubblica amministrazione, di tutti gli elementi che possono incidere sul contenuto dell'atto, ora per la tutela dell'interesse legittimo del richiedente a dimostrare il possesso dei requisiti per la legale permanenza nello Stato italiano.

Una ulteriore spia sintomatica di tale ragionamento risiede nella posizione assunta (anche in questo caso, in difformità dalla posizione della sentenza di primo grado), in relazione al rapporto tra gli artt. 10 bis e 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241 del 1990. Il secondo alinea del comma 2 dell'art. 21 *octies* introduce espressamente, nel proprio ambito di applicazione, l'ipotesi della mancata comunicazione di avvio del procedimento. In passato (prima che il d.l. n. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 120 del 2020 modificasse il comma 2 dell'art. 21 - *octies* della l. n. 241/1990, disponendo espressamente che tale norma non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis* sul preavviso di rigetto), parte della giurisprudenza attribuiva un'analogia configurazione, sotto il profilo sostanziale, alla comunicazione di avvio del procedimento e al preavviso di rigetto⁶. Non mancavano indirizzi in senso contrario, secondo cui l'art. 21 *octies* sia da considerarsi norma eccezionale e, pertanto, non suscettibile di estensione analogica⁷. La sentenza in esame, aderendo al primo dei due orientamenti, lascia trasparire, ancora una volta, un atteggiamento ampiamente favorevole alla lettura, in chiave sostanzialistica, del preavviso di rigetto.

Del resto, la sentenza non manca di porre l'accento sulla posizione di "svantaggio" del cittadino straniero, suscettibile di emergere in sede procedurale. A tale stregua, ha il merito di riconsiderare l'approccio interpretativo della sentenza di primo grado alla luce della verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo. Infatti, la decisione muove da un'indagine preliminare, corredata di osservazioni critiche, circa le cause dell'irreperibilità, alla luce della valutazione del comportamento delle parti e degli strumenti a loro disposizione nella fase prodromica all'adozione del provvedimento finale. Addirittura, in questo caso il giudice dell'appello sembrerebbe voler richiamare la pubblica amministrazione non soltanto alla garanzia dei diritti del cittadino straniero, ma anche ad una "prudente" applicazione delle regole procedurali, allorché l'interlocutore si trovi in una situazione rilevante di

⁶ Cons. Stato, sez. III, sentenza del 7 agosto 2018, n. 4853; TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza del 15 aprile 2009, n. 3811.

⁷ TAR Liguria, Genova, sez. I, sentenza del 30 gennaio 2009, n. 138; TAR Toscana, Firenze, sez. II, sentenza del 24 gennaio 2012, n. 137.

vulnerabilità, che, nella fattispecie, si individua nella difficoltà del cittadino straniero di muoversi agevolmente, e in poco tempo, nel quadro di una normativa in materia di immigrazione che lo stesso Consiglio di Stato riconosce essere complessa.

Questa prospettiva diventa ancora più interessante se si riconosce che il ragionamento di fondo del Consiglio di Stato potrebbe trovare applicazione anche al di là dello specifico procedimento in questa sede esaminato. È vero che nel più ampio scenario dei procedimenti in materia di immigrazione durante lo scorso decennio si era tentato, seppur piuttosto timidamente, di accentuare l'esigenza di "modulazione" dell'azione amministrativa, "calando" quest'ultima nella realtà concreta nel cui ambito la stessa è chiamata ad esplicarsi.

Ciò è avvenuto, in alcuni casi, persino per il tramite del ricorso ad alcuni istituti non previsti espressamente dalla l. n. 241 del 1990. Si pensi al colloquio personale nell'ambito del procedimento innanzi alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, introdotto, sulla base del modello eurocomunitario, dall'art. 12 del d.lgs. n. 25 del 2008, al fine di assicurare il "contatto diretto" tra pubblica amministrazione e cittadino straniero. Di recente, però, tale tendenza sembra aver subito una generalizzata "battuta d'arresto" e, talvolta, un "ritorno al passato", anzitutto da parte dello stesso legislatore che, a differenza della dottrina, ha dimostrato scarso interesse verso le problematiche in questione. In prospettiva futura, la sentenza in esame potrebbe stimolare l'avvio di una nuova, costruttiva, riflessione, avendo richiamato l'attenzione sull'esigenza di riconoscimento, nell'ambito del procedimento amministrativo in materia di immigrazione, delle garanzie dei diritti dei partecipanti al procedimento, e di "rafforzamento" di tali garanzie per il tramite di un'opera di bilanciamento tra interesse pubblico e situazioni giuridiche soggettive del cittadino straniero ampiamente compatibile con il diritto positivo e coerente con la moderna concezione dello Stato di diritto⁸.

⁸ A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, in *Consulta online*, 2017.

LA RILEVANZA DEL TERMINE DI CONCLUSIONE
DEL PROCEDIMENTO DI CONFERIMENTO
DELLA CITTADINANZA ITALIANA

Laura Pergolizzi*

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La decisione. – 3. Inquadramento. – 4. La “chiave di lettura” del Consiglio di Stato.

1. *La vicenda*

La vicenda trae origine da un ricorso avverso il silenzio - inadempimento serbato dal Ministero dell'interno in un procedimento avviato su istanza di un cittadino straniero per il conferimento della cittadinanza italiana.

La pubblica amministrazione, costituitasi in giudizio, depositava una nota con la quale evidenziava di aver emanato, nelle more del processo, il provvedimento amministrativo in questione.

Il TAR adito, preso atto della cessazione del motivo del contendere, riteneva che, “nonostante la soccombenza virtuale della resistente amministrazione”, sussistessero “gravi ed eccezionali motivi” per compensare le spese di giudizio, “in ragione della grande mole di lavoro gravante sugli uffici amministrativi competenti causata dal rilevante numero di richieste in materia”.

Avverso tale capo della sentenza di primo grado, il cittadino straniero proponeva appello, lamentando la violazione e la falsa applicazione delle norme che regolano il regime giuridico delle spese del giudizio, specificamente degli artt. 91 e 92 c.p.c., richiamati dall'art. 26 del c.p.a. In particolare, l'appellante lamentava che, stante la soccombenza virtuale della pubblica amministrazione, il giudice di primo grado non avrebbe dovuto disporre la compensazione delle spese processuali e che, in ogni caso, la motivazione fosse carente.

2. *La decisione*

Con la sentenza in commento¹, il Consiglio di Stato accoglieva l'appello

* Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, condannava la pubblica amministrazione al pagamento delle spese processuali relative ai due gradi del giudizio. Preliminarmente, il Collegio ha esaminato il rapporto che intercorre tra il principio di soccombenza e quello della compensazione delle spese processuali. A tal scopo, ha ricostruito l'assetto delle norme che disciplinano la definizione del regime delle spese processuali, anzitutto l'articolo 26 del c.p.a., e le norme del codice di procedura civile ivi richiamate, con particolare riferimento all'art. 92 c.p.c., alla luce del recente intervento della Corte costituzionale, che ne ha dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese del giudizio, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni².

A tal proposito, il giudice di secondo grado ha ritenuto che, nonostante l'introduzione per via giurisdizionale di una clausola residuale idonea ad accreditare come fattispecie derogatorie anche ulteriori cause diverse ed aggiuntive rispetto a quelle elencate dal legislatore, è rimasto fermo il «divisato principio che pone i criteri della soccombenza e della compensazione in rapporto di regola ed eccezione, confinando, peraltro, l'ammissione di una deroga al principio generale solo entro gli stretti margini di ulteriori fattispecie contraddistinte dai predicati della "gravità" e della "eccezionalità"».

Sulla scorta di queste premesse di carattere generale, il Collegio ha ritenuto non appagante la motivazione addotta dal giudice di primo grado a sostegno della compensazione delle spese del giudizio, che si traduce in «una formula di stile, del tutto generica, sganciata da riferimenti specifici e concreti a situazioni contingenti, potenzialmente spendibile in modo indifferenziato per qualunque ipotesi di attività amministrativa e, come tale, sostanzialmente elusiva dell'obbligo di adeguata esternazione della "eccezionalità" e "gravità" dei motivi derogatori, pure pretesa dall'art. 92 c.p.c.».

Inoltre, il Collegio ha rilevato che la considerazione delle peculiari condizioni operative della pubblica amministrazione fosse «già "incorporata" nel termine "lungo"» di conclusione del procedimento, pari a «ben 730» giorni, come regolato dall'art. 3 D.P.R. n. 362 del 1994, in «netta ed evidente» deroga, autorizzata dall'ordinamento, rispetto alla graduazione temporale contemplata dall'art. 2 della l. n. 241 del 1990. A sostegno della propria decisione, il Consiglio di Stato si è, dunque, soffermato sul rapporto tra le esigenze organizzative della pubblica amministrazione e la tutela del privato, offrendo

¹ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 28 maggio 2020, n. 3377.

² Corte cost., sentenza del 7 marzo-19 aprile 2018, n. 77.

una interessante ricostruzione di alcune delle principali questioni sottese alla dibattuta, e controversa, questione del “tempo” del procedimento in materia di cittadinanza italiana.

3. *Inquadramento*

Quello della certezza della tempistica procedurale è un aspetto di particolare rilievo del procedimento di conferimento della cittadinanza italiana. Se il problema delle lungaggini burocratiche grava tutt’oggi su molte aree dell’attività amministrativa³, tale aspetto assume una fisionomia ancor più marcata laddove l’attività amministrativa si espliciti nell’ambito dei procedimenti per il conferimento della cittadinanza italiana.

Come meglio si vedrà, la durata del procedimento in materia di cittadinanza italiana tende a “dilatarsi” a causa, da un lato, della tendenza del legislatore a “spostare in avanti” il termine finale del procedimento in questione, ben oltre i termini fissati in via generale dalla legge sul procedimento amministrativo e, dall’altro, della tendenza della pubblica amministrazione a maturare il ritardo in sede di adozione del provvedimento finale.

Sotto il primo aspetto, occorre ricordare che il termine per la definizione del procedimento amministrativo in materia di cittadinanza italiana è oggetto di un regime “speciale” rispetto a quello contenuto nella l. n. 241/1990. Com’è noto, la legge generale sul procedimento amministrativo esclude i “procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana” e “quelli riguardanti l’immigrazione” dalla regola generale secondo cui, al massimo, i termini procedurali possono essere di centottanta giorni (cfr. art. 2, comma 4, della l. n. 241/1990).

Il regime “speciale” è mutato nel tempo. Agli inizi degli anni Novanta, ha trovato una definizione con la l. n. 91 del 1992 e con il d.p.r. n. 362 del 1994, sulla base di un modello secondo il quale: i procedimenti di acquisto della cittadinanza per matrimonio (art. 5, l. n. 91 del 1992) erano assoggettati al termine perentorio di conclusione del procedimento di due anni, secondo la disciplina di cui all’art. 8, comma 2, della l. n. 91/1992, a norma del quale, in

³ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007, 44 ss.; R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2014; M. D’ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012.

particolare, l'emanazione del decreto di rigetto dell'istanza veniva "preclusa" alla pubblica amministrazione quando, dalla data di presentazione dell'istanza, fosse decorso il termine di due anni; i procedimenti di cui agli articoli 5 e 9 della l. n. 91 del 1992 erano assoggettati al termine ordinario di conclusione del procedimento di 730 giorni (art. 3, d.p.r. n. 362 del 1994).

Recentemente, l'assetto appena delineato è stato interessato da una profonda riforma, introdotta con il d.l. n. 113 del 4 ottobre 2018, in vigore dal 5 ottobre 2018, che è intervenuta su alcuni specifici profili temporali del procedimento: il termine di definizione dei procedimenti di concessione della cittadinanza per residenza e per matrimonio di cui agli articoli 5 e 9 della l. n. 91 del 1992, è stato elevato a quarantotto mesi dalla data di presentazione dell'istanza⁴. Inoltre, la riforma del 2018 ha determinato l'abrogazione della disposizione, contenuta nell'art. 8, comma 2, della l. n. 91 del 1992, che, come già esaminato, precludeva il rigetto dell'istanza di acquisizione della cittadinanza per matrimonio una volta decorsi due anni dall'istanza medesima.

Di conseguenza, come recentemente osservato, la riforma ha precluso la configurabilità del silenzio assenso della pubblica amministrazione sulla domanda dello straniero coniugato con un cittadino italiano, restando, invece, impregiudicato il potere di negare la cittadinanza, anche dopo lo spirare del termine⁵.

La riforma del 2018 ha suscitato un dibattito, non ancora sopito, che nasce dalla difficile individuazione delle ragioni fondanti il progressivo "spostamento in avanti" del termine di conclusione del procedimento amministrativo in materia di cittadinanza italiana, e che ruota intorno alle possibili ricadute di tale operazione sul piano della tutela effettiva del cittadino straniero istante, che per lungo tempo corre il rischio di restare in attesa di una "risposta" da parte della pubblica amministrazione⁶.

In relazione al secondo profilo, che attiene alla durata del procedimento in questione, occorre rilevare che l'aspetto problematico di fondo risiede nell'esigenza di soddisfare, in tempi certi, il legittimo interesse del cittadino straniero a vedere accolta o respinta la domanda di cittadinanza formulata, senza comunque trascurare la complessità dell'istruttoria del procedimento finalizzato alla verifica della sussistenza dei requisiti di legge ai fini

⁴ M. BACCILIERI, *Decreto Salvini e disposizioni in materia di acquisizione della cittadinanza*, in www.meltingpot.it.

⁵ G. BARBARO, G. CAPUZZI, *La cittadinanza italiana*, in M.T. SEMPREVIVA (a cura di), *Ordinamento ed attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Roma, 2020, p. 428.

⁶ Circolare del Ministero dell'Interno n. 66 del 25 gennaio 2019.

dell'attribuzione, al cittadino straniero, dello *status civitatis*. A tal proposito, è interessante ricordare la vicenda giudiziaria nata su impulso di una azione di classe, intentata da un gruppo di cittadini stranieri e da alcune associazioni, contro il Ministero dell'interno, ove si lamentavano i gravissimi ritardi nella istruzione delle pratiche e nella definizione dei procedimenti di naturalizzazione⁷. In particolare, i ricorrenti avevano portato in emersione la «costante violazione» di tali termini, avendo, inoltre, esplicitamente messo in evidenza come la fissazione del termine di 730 giorni, a mente dell'art. 3 del D.P.R. n. 362 del 1994, fosse «più che idonea a rendere ingiustificabile ogni ragione di ritardo nel completamento della filiera amministrativa in questione a far data dalla presentazione della relativa istanza». Il giudice di primo grado, avendo riscontrato la «violazione generalizzata dei termini di conclusione del procedimento», ha accolto specificamente la richiesta di intimare il Ministero dell'interno a porre in essere ogni adempimento utile, di carattere organizzativo e procedurale, volto al rigoroso rispetto dei termini previsti per la conclusione del procedimento di rilascio della cittadinanza italiana⁸. In sede di appello, il Consiglio di Stato ha, invece, accolto tutte le ragioni fatte valere dal Ministero dell'interno a giustificazione dei ritardi maturati, avendo prestato ampia attenzione alla constatazione relativa alla mancata assegnazione di maggiori risorse al Ministero suddetto, negli anni per cui è causa (2013-2016) ed alle misure organizzative adottate dalla pubblica amministrazione, ad esempio, l'informatizzazione ed il decentramento, a livello delle prefetture, di alcune competenze in materia⁹. Al contrario, il Consiglio di Stato riteneva privi di pregio gli appelli incidentali proposti dai ricorrenti in primo grado e la loro richiesta di un vaglio di legittimità costituzionale del d.l. 113 del 2018 per contrarietà all'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 della CEDU. A tal proposito, il Consiglio di Stato, pur avendo rilevato che tali norme non riguardassero la vicenda processuale sottoposta al suo esame, ha affermato che queste ultime avrebbero potuto eventualmente avere un rilievo in sede di singoli specifici futuri giudizi¹⁰.

⁷ M. GNES, *L'applicazione della class action pubblica in materia di immigrazione*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 7/2014.

⁸ TAR Lazio, sez. II *quater*, sentenza 26 febbraio 2014, n. 2257.

⁹ Cons. Stato, sez. III, sentenza 27 febbraio 2019, n. 1390.

¹⁰ R. CLERICI, *Cittadinanza e apolidia*, *Rassegna*, in *www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it*, n. 2/2019.

4. La “chiave di lettura” del Consiglio di Stato

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ritorna sulla questione relativa alla violazione del termine per il conferimento della cittadinanza italiana. Come anticipato, la questione problematica è se, a fronte della rilevata soccombenza virtuale della pubblica amministrazione, la “congestione organizzativa” di quest’ultima, causata dalla grande mole di lavoro provocata dal rilevante numero di richieste in materia di cittadinanza italiana, sia in grado di integrare un’ipotesi di “grave ed eccezionale ragione” che giustifichi la compensazione delle spese del giudizio.¹¹ La risposta affermativa fornita dal giudice di primo grado si traduce essenzialmente in una “giustificazione” del comportamento della pubblica amministrazione, la cui formulazione rievoca l’impostazione concettuale tradizionale, ed ormai superata, secondo la quale il tempo dell’azione amministrativa è discrezionale. Il Consiglio di Stato adotta un indirizzo diverso da quello prospettato dal giudice di primo grado. In particolare, il giudice di secondo grado nega l’esistenza di una valida ragione derogatoria al principio della soccombenza, muovendo da una prospettiva di carattere generale, secondo la quale i profili organizzativi interni alla pubblica amministrazione, non possano ‘gravare’ sul ricorrente e costituire titolo per pregiudicarlo. A tal scopo, coerentemente, il Collegio afferma che la “congestione degli uffici amministrativi” a cagione di un numero esorbitante di pratiche da sbrigare, così come formulata dal giudice di primo grado, non è in grado di integrare un’ipotesi di “grave ed eccezionale ragione” che giustifichi la compensazione delle spese del giudizio. Essa, piuttosto, rappresenta, come già si è messo in evidenza, «una formula di stile, del tutto generica, sganciata da riferimenti specifici e concreti a situazioni contingenti, potenzialmente spendibile in modo indifferenziato per qualunque ipotesi di attività amministrativa e, come tale, sostanzialmente elusiva dell’obbligo di adeguata esternazione della “eccezionalità” e “gravità” dei motivi derogatori, pure pretesa dall’art. 92 c.p.c.». Tale argomentazione è coerente con la logica sottesa ad una recente pronuncia resa dal Consiglio di Stato in un giudizio avverso il silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione, secondo la quale il fatto che procedimento amministrativo “si inserisca in un più

¹¹ Cfr. M. BOMBI, *Processo amministrativo: cessazione dei motivi del contendere e compensazione spese*, in *Diritto & Giustizia*, n. 91/2016, p. 10. Nota a Cons. Stato, 24 novembre 2016, n. 4948. Cfr. F. ORSO, *Il ricorso al giudice amministrativo tra l’irrelevanza della forma dell’atto introduttivo e la difesa di un modello processuale*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020.

ampio contesto penale” non costituisce una valida ragione derogatoria al principio della soccombenza¹².

Muovendo da tale prospettiva di carattere generale, la sentenza in commento si sofferma sul rapporto tra le esigenze organizzative della pubblica amministrazione e la tutela del privato. A tal scopo, il giudice amministrativo pone un accento critico sulla graduazione temporale già “incorporata” nel termine «lungo» di conclusione del procedimento, pari a «ben» 730 giorni, in «netta ed evidente» deroga, autorizzata dall’ordinamento, rispetto alla graduazione temporale della legge generale sul procedimento amministrativo. Nel caso di specie, si consideri che la cornice normativa di riferimento, in relazione al termine di 730 giorni, è quella di cui all’art. 3 del d.p.r. n. 362/1994 e non il sopravvenuto mutamento del dato legislativo di riferimento rappresentato, a seguito della riforma introdotta con il d.l. n. 113/2018, che fissa il termine (ancor più lungo), di quarantotto mesi dalla data di presentazione della domanda.

Ne consegue che la valorizzazione, anche giurisdizionale, delle «pur in parte innegabili, condizioni di surmenage operativo della pubblica amministrazione, anche solo ai fini del regolamento delle spese di giudizio» rappresenti da un lato, una «duplicazione ingiustificata e sproporzionata» del favor ad essa riservato dal legislatore, e, dall’altro, un sostanziale «ingiusto pregiudizio per il privato».

Gli aspetti organizzativi dell’attività amministrativa recedono, perciò, «ad interna corporis», posto che le coordinate entro le quali deve svolgersi il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione, sono dettate dalla legge: la violazione di tali coordinate «fonda il legittimo affidamento del privato non solo in ordine all’esito favorevole della sua azione (anche se finalizzata, come nella specie, al mero soddisfacimento dell’interesse strumentale alla conclusione del procedimento), ma anche con riguardo all’addossamento, alla parte soccombente, dei relativi costi, secondo il principio sancito dall’art. 91 c.p.c., in mancanza delle eccezionali ragioni per disporre la compensazione di cui all’art. 92 c.p.c.».

A tale stregua, la certezza del “tempo” dell’agire della pubblica amministrazione emerge, correttamente, come principio fondamentale dell’attività amministrativa, la cui applicazione concorre alla garanzia delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute in capo al privato che partecipa al procedimento amministrativo.

Tale ricostruzione è compatibile con il sempre più marcato intento del

¹² Cons. Stato, sentenza 24 novembre 2016, n. 4948.

legislatore di assicurare l'azionabilità di meccanismi di tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione. Inoltre, tale ricostruzione, se riportata sul piano del procedimento in materia di cittadinanza italiana, conferma la recente tendenza della giurisprudenza amministrativa, che sembra dimostrare una maggiore attenzione per le esigenze del privato cittadino straniero, tanto sul fronte procedimentale, quanto sul fronte processuale. Verso tale direzione si rivolge l'ordinanza n. 2879/2020, con la quale il Consiglio di Stato ha abbandonato la tradizionale configurazione dell'alta discrezionalità dei provvedimenti di riconoscimento o di diniego della cittadinanza, avendo ricondotto l'esercizio del potere amministrativo discrezionale «alla sua naturale funzione di bilanciamento di interessi pubblici e privati, egualmente rilevanti»¹³.

Ma vi è di più. La chiave di lettura proposta dalla sentenza in commento ha il merito di cogliere una questione nevralgica della problematica affrontata, che risiede nella forte specialità del “diritto dell'immigrazione” e dei connessi poteri riconosciuti alla pubblica amministrazione. Com'è noto, nel corso degli ultimi anni, i procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e quelli riguardanti l'immigrazione sono stati incisi da una serie di interventi legislativi introduttivi di numerose deroghe rispetto alle regole generali del procedimento amministrativo. Il problema principale che si pone risiede nel fatto che alcuni tra questi interventi legislativi, a partire da quelli riguardanti il regime dei termini procedimentali, hanno determinato una significativa limitazione, nei confronti del cittadino straniero, dell'applicazione delle garanzie procedimentali ordinariamente riconosciute in capo al privato che partecipa al procedimento amministrativo.

L'impostazione finora tracciata dal legislatore, che ha prodotto quale risultato la significativa riduzione della portata delle garanzie procedimentali del cittadino straniero, è oggi avvalorata dai fautori di un indirizzo che, sul piano generale, è favorevole alla realizzazione di forme di differenziazione tra lo status del cittadino e quello del migrante e la cui ratio fa variamente leva su ragioni di sicurezza e di ordine pubblico e di contenimento della spesa pubblica.

Si tratta, però, di una impostazione vacillante e meritevole di essere sottoposta a revisione anche a fronte della progressiva formazione di un indirizzo di segno opposto, che tende a farsi strada, anche su stimolo del dibattito accademico, favorevole al rafforzamento delle garanzie procedimentali rico-

¹³ S. STACCA, *Il potere amministrativo in materia di cittadinanza: il vento sta cambiando?*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, luglio 2020.

nosciute in capo al cittadino straniero, per il tramite di un'impostazione più "garantista" rispetto a quella che finora è invalsa. Del resto, tale impostazione è compatibile con i canoni dell'uguaglianza sostanziale e della ragionevolezza e riflette l'impostazione, di matrice europeistica, secondo la quale il "diritto ad una buona amministrazione" deve essere riconosciuto in capo ad "ogni persona" e si sostanzia, tra l'altro, nel diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed "entro un termine ragionevole" (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Il Consiglio di Stato offre più di uno spunto di riflessione a sostegno di questo "cambio di rotta": nell'affrontare la tematica della "durata" dei procedimenti amministrativi in materia di cittadinanza italiana, il giudice amministrativo, da un lato, nega la sussistenza di una sfera di immunità della pubblica amministrazione per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica che la violazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo determina, dall'altro mette in risalto la sussistenza di un termine speciale "lungo" di conclusione del procedimento per il conferimento della cittadinanza italiana, verificandone l'impatto (negativo) sul piano della sfera giuridica del cittadino straniero.

Sotto questo aspetto, si ritiene che la sentenza in commento possa sollecitare il dibattito che, con sempre maggiore attenzione, ma ancora troppo timidamente, ruota intorno alla "presunta" specialità dello "statuto dello straniero" e contribuire al superamento del carattere derogatorio di quest'ultimo rispetto all'ordinario quadro di regole e valori che disciplinano il procedimento amministrativo¹⁴.

¹⁴ M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 357.

PROTEZIONE INTERNAZIONALE E ISTRUTTORIA DEL GIUDICE
ORDINARIO: L'ATTENUAZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA
TRA PRINCIPIO DI TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA
E APPLICAZIONE DELLE REGOLE PROCESSUALI

Laura Pergolizzi*

SOMMARIO: 1. Fatti di causa e decisione. – 2. Quadro generale. – 3. Dal procedimento al processo: il giudice ordinario tra principio dispositivo e onere della prova “attenuato”. – 4. Le motivazioni della Corte di Cassazione. Principio dispositivo “attenuato” in funzione del “principio di tutela giurisdizionale effettiva”.

1. *Fatti di causa e decisione*

Un cittadino pakistano musulmano sunnita adiva il Tribunale di Napoli per ottenere il riconoscimento della protezione internazionale o umanitaria per essere incorso in problemi persecutori di matrice religiosa, legati alla sua frequentazione con un credente quadiano, del cui omicidio asseriva di essere stato ingiustamente accusato.

Il Tribunale adito respingeva la domanda con ordinanza ex art. 702 ter c.p.c. avverso la quale il cittadino pakistano proponeva appello. La Corte d'appello di Napoli rigettava l'appello, limitandosi a rilevare la genericità del racconto del richiedente, ritenuto “fantasioso quanto stereotipato”, tanto da rendere “anche impossibile l'esercizio di poteri istruttori officiosi”. Concludeva, pertanto, che il richiedente non sembrasse essere “mai stato a rischio di persecuzione”.

Avverso la suddetta sentenza di secondo grado, il cittadino straniero proponeva ricorso per Cassazione, deducendo i seguenti motivi: 1) violazione del D.Lgs. n. 251 del 2007, artt. 2, 3, 4, 5, 6 e 14; D.Lgs. n. 25 del 2008, artt. 8 e 27; artt. 2 e 3 CEDU, nonché difetto di motivazione, travisamento dei fatti e omesso esame di fatti decisivi, per non avere la Corte d'appello valutato la credibilità del richiedente alla luce dei parametri stabiliti dal D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 3, comma 5, nè argomentato sui fatti e sulla documentazione prodotti dal richiedente a supporto delle proprie domande, così violando il principio dell'onere della prova attenuato; 2) violazione del D.Lgs. n.

* Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

251 del 2007, art. 14, lett. c), con riguardo alla protezione sussidiaria invocata per la situazione di violenza indiscriminata esistente nel Paese d'origine; 3) violazione del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6, con riguardo alla valutazione dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione accoglie il primo motivo di ricorso, assorbendo gli altri due, ritenendo che la motivazione della Corte d'Appello di Napoli non superi il vaglio di legittimità poiché “meramente apparente”, ossia “benché graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il fondamento della decisione, perchè recante argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche congetture” (Sez. Unite, n. 22232/2016).

A sostegno della propria decisione, la Corte di Cassazione si sofferma sui principi che dominano l'istruttoria giurisdizionale in materia di protezione internazionale, con particolare riguardo al principio dispositivo “attenuato” e al principio di cooperazione istruttoria, offrendo una interessante ricostruzione di alcune delle principali questioni sottese alla loro applicazione. Su tali presupposti, la Corte cassava la sentenza impugnata, rinviando alla Corte d'Appello di Napoli, affinché il giudice del merito proceda ad una nuova valutazione applicando i principi di cui alla sentenza in commento.

2. *Quadro generale*

L'affermazione del c.d. principio dell'onere della prova “attenuato” nei procedimenti in materia di protezione internazionale nasce come tentativo di superare le difficoltà, cui incorre, da un lato, il cittadino straniero, in sede di allegazione dei fatti e dei documenti a sostegno della propria domanda, dall'altro lo Stato, in sede di verifica della sussistenza, o meno, dei requisiti idonei all'adozione del provvedimento finale.

Tale principio trova un fondamento nell'art. 3 della direttiva 2004/83/CE, secondo cui lo Stato membro è tenuto, «in collaborazione» con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda al fine di determinare se, anche a fronte delle lacune probatorie che fisiologicamente potrebbero emergere all'esito dell'istruttoria, sussistano o meno i requisiti per l'accoglimento della domanda.

L'ordinamento giuridico italiano ha accolto tale impostazione approvando il d.lgs. n. 251/2007, art. 3, secondo il quale:

a) il richiedente è tenuto a «presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la richiesta (art. 3, comma 1, d.lgs. 251/2007). L'oggetto delle informazioni e dei documenti che il richiedente è tenuto a produrre è piuttosto ampio: età, condizione sociale, anche dei congiunti, se rilevante ai fini del riconoscimento, identità, cittadinanza, paesi e luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d'asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di identità e di viaggio, nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale (art. 3, comma 2, d.lgs. 251/2007);

b) l'esame della domanda è svolto, «in cooperazione con il richiedente», in relazione a tutti i suoi «elementi significativi». Si tratta di un esame effettuato su base individuale, che si sostanzia nella valutazione di tutti i fatti e documenti di cui all'ampia elencazione contenuta nel citato art. 3 comma 3.

È interessante notare come l'ordinamento attribuisca un rilievo significativo al fatto che il richiedente abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di persecuzioni o danni, che possano tradursi in un «serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi» (comma 4) e, qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi devono essere considerati «veritieri se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritenga che il richiedente abbia compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda; ed ancora, che tutti gli elementi pertinenti in suo possesso siano stati prodotti e sia stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi; che le dichiarazioni del richiedente siano ritenute coerenti e plausibili e non siano in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone; che il richiedente abbia presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla; che dai riscontri effettuati il richiedente sia, in generale, attendibile (comma 5)¹.

In sede di pratica attuativa, sorgono alcuni problemi nel caso in cui oggetto dell'esame della Commissione territoriale siano informazioni non suscettibili di essere verificate con un grado di certezza idonea a comprovarne la veridicità².

¹ F. GALLO, *Commento all'art. 3 del d.lgs. 251/2007*, in D. MANZIONE (a cura), *Codice dell'immigrazione e asilo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 542 - 549.

² G. AMMASSARI, *Protezione internazionale – l'oggetto del giudizio di opposizione al riconoscimento della protezione internazionale*, nota a Trib. Roma, ord. 6 luglio 2017, in *Giur. It.*, 2017, n. 11, p. 2398.

Un esempio è costituito dalle informazioni relative all'orientamento sessuale, che non sono suscettibili di valutazione a mezzo test o perizia psicologica³ neppure nell'ipotesi in cui la loro acquisizione si riveli determinate ai fini dell'adozione del provvedimento, poiché idonei a comprovare l'unico motivo dell'asserita persecuzione nel paese di origine da parte del richiedente protezione internazionale⁴. Le problematiche relative all'operatività dell'accertamento in sede istruttoria⁵ producono ricadute inevitabili sul piano della valutazione giuridica: ricorre, in altri termini, la possibilità che, nonostante gli sforzi della pubblica amministrazione, l'istruttoria procedimentale non soddisfi appieno l'esigenza di comporre, entro un quadro unitario e coerente, la valutazione sui singoli elementi di prova raccolti. A tal proposito, la Corte di Cassazione si è spinta ad ammettere il ricorso a «parametri normativi tipizzati e non sostituibili» aventi ad oggetto «una valutazione di insieme della credibilità del cittadino straniero, fondata su un insieme comparativo e complessivo degli elementi di affidabilità e di quelli critici»⁶.

3. *Dal procedimento al processo: il giudice ordinario tra principio dispositivo e onere della prova "attenuato"*

Non sorgono dubbi circa l'applicabilità dei principi sopra descritti ai procedimenti amministrativi celebrati innanzi alla Commissione territoriale. Al contrario, l'applicabilità, o meno, dei principi appena delineati all'istruttoria processuale relativa al giudizio di merito sulla protezione internazionale è da tempo al centro del dibattito giurisprudenziale. È utile ricordare che quello in commento è un giudizio che non ha per oggetto il provvedimento stesso, bensì il diritto soggettivo del ricorrente alla protezione invocata, e che, per tale ragione, non può concludersi con il mero annullamento del diniego amministrativo della protezione, ma deve pervenire comunque alla decisione sulla spettanza o meno del diritto alla protezione⁷.

Ne discende che la proposizione della domanda giudiziale determina

³ CGUE, sentenza del 25 gennaio 2018, causa C- 473/16.

⁴ CGUE, sentenza del 25 gennaio 2018, causa C473/16; Cassazione civile, sez. VI, 21 luglio 2017, n. 18128.

⁵ M. CONSITO, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, n. 2, 397.

⁶ Cass. civ., sez. IV, 4 aprile 2013, n. 8282.

⁷ Cass. civ., sez. VI, 8 giugno 2016, n. 11754; Cass. civ., sez. IV, 3 settembre 2014, n. 18632.

l'automatica devoluzione della cognizione sullo status del richiedente al giudice ordinario, il quale ha, cioè, il potere di accertare la sussistenza delle condizioni fondanti il riconoscimento di ciascuna delle forme di tutela disciplinate dall'ordinamento⁸.

Tanto premesso e tornando all'esame dei principi applicabili all'istruttoria processuale in questione, la giurisprudenza si è occupata, in numerose occasioni, di verificare se vi sia uno spazio per il ricorso al principio di cooperazione istruttoria ai giudizi in materia di protezione internazionale, sì da determinare, inevitabilmente l'attenuazione del principio dispositivo, che domina il processo civile, per cui, come regola generale, solo alle parti spetta l'indicazione dei mezzi di prova a sostegno dei fatti allegati in giudizio.

L'orientamento giurisprudenziale tradizionale ammette una simile operazione sulla base di una ricostruzione, in chiave interpretativa, della direttiva 83/2004: l'art. 3 di tale direttiva non si rivolge ad una specifica autorità, ma allo "Stato membro"; i principi ivi enunciati «influenzano l'interpretazione di tutto il diritto nazionale anche se non di diretta derivazione comunitaria»⁹ e in considerazione del carattere «incondizionato e della precisione del contenuto di queste disposizioni, ed in virtù del criterio dell'interpretazione». Sulla base di questo ragionamento, sia la pubblica amministrazione, in sede di istruttoria procedimentale, sia l'organo giurisdizionale, in sede di istruttoria processuale, sono tenuti, in cooperazione con il richiedente protezione internazionale, ad esaminare tutti gli elementi significativi della domanda svolgendo «un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali, oltre che fondato sulla possibilità di assumere informazioni ed acquisire tutta la documentazione necessaria»¹⁰.

Parte della giurisprudenza si preoccupa di conciliare il rapporto tra il principio di "cooperazione" e il principio dispositivo. Secondo l'orientamento prevalente, il ricorrente ha l'onere di indicare i fatti costitutivi del diritto azionato, seppur in via indiziaria, tenendo conto delle difficoltà connesse a volte ad un allontanamento forzato e segreto, ma comunque a mezzo elementi aventi carattere di precisione, gravità e concordanza, desu-

⁸ Cass. civ., sez. VI, 10 aprile 2015, n. 7333.

⁹ Cass. civ., sez. VI, 12 settembre 2016, n. 17929.

¹⁰ Cass. civ., sez. VI, 13 dicembre 2016, n. 25534; Cass. civ., sez. IV, 20 dicembre 2013, n. 4230; Trib. Roma, sez. I, 26 maggio 2016; Trib. Genova, sez. IV, 23 maggio 2016; Trib. Roma, sez. I, 29 gennaio 2014.

mibili dai dati, anche documentali, offerti al bagaglio probatorio, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli d'ufficio in giudizio¹¹.

4. *Le motivazioni della Corte di Cassazione. Principio dispositivo "attenuato" in funzione del "principio di tutela giurisdizionale effettiva"*

Rispetto agli orientamenti sopra segnalati, la sentenza in commento merita particolare attenzione per almeno due ragioni: essa opera un interessante inquadramento delle ragioni che giustificano l'applicazione, all'istruttoria processuale in materia di protezione internazionale, del principio dispositivo attenuato; ricostruisce in modo chiaro l'iter logico posto alla base del rapporto tra l'istruttoria processuale dominata dal principio dispositivo attenuato e la motivazione della sentenza del giudice della protezione internazionale.

Si è già evidenziato che, nel caso sottoposto all'esame della Corte di Cassazione, essa ha negato che la motivazione della Corte d'appello di Napoli superasse il vaglio di legittimità, riconducendo la sentenza oggetto di gravame alla categoria delle sentenze c.d. "meramente apparenti".

È interessante notare come, al fine di motivare tale affermazione, la Corte di Cassazione richiami l'esigenza di applicazione, nel procedimento per cui è causa, del principio dispositivo attenuato.

In particolare, secondo la ricostruzione offerta dalla Corte di Cassazione, l'attenuazione del principio dispositivo, che determina l'obbligo di cooperazione in capo al giudice ordinario, troverebbe un fondamento in funzione del "principio di tutela giurisdizionale effettiva", sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU e ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

L'argomentazione ruota prevalentemente intorno all'art. 13 della CEDU, ai sensi del quale l'effettività di un ricorso richiede imperativamente un attento controllo da parte di un'autorità nazionale, un esame autonomo e rigoroso di ogni censura secondo la quale vi è motivo di credere a un rischio di trattamento contrario all'art. 3¹².

Inoltre e, in effetti, come ricordato dalla Corte di Cassazione, l'esigenza di assicurare al richiedente protezione internazionale o sussidiaria un rimedio effettivo dinanzi ad un giudice trova peraltro un fondamento specifico nell'art. 46 della direttiva 2013/32/UE, attraverso "l'esame completo ed ex

¹¹ Cass. civ., sez. VI, 29 ottobre 2018, n. 27336: Cass. civ., sez. VI, 28 settembre 2015, n.19197. Di recente, C. appello Cagliari, sez. I, n. 635/2019.

¹² CEDU, 21 gennaio 2011, M.S.S. c. Belgio e Grecia, par. 293.

nunc degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione del giudice di primo grado".

Sotto il secondo aspetto, la sentenza in commento offre una ricostruzione puntuale dell'iter logico sotteso alla decisione del giudice della protezione internazionale (e ciò a differenza di altre pronunce che precedentemente si sono occupate del tema).

In particolare, la Corte di Cassazione descrive in modo minuzioso gli elementi sui quali si fonda la fase dell'accertamento e della valutazione dei fatti e dei documenti da parte del giudice, per il tramite di una ricognizione della frammentata giurisprudenza che si è formata sul tema. In particolare, mette in evidenza che: i) il dovere di cooperazione istruttoria va posto in correlazione alla valutazione di credibilità soggettiva del richiedente, la quale però non è rimessa alla mera opinione del giudice, dovendo essere il risultato di una valutazione compiuta non già sulla base della mera mancanza di riscontri oggettivi di quanto narrato dal richiedente, bensì secondo la griglia predeterminata di criteri di cui al D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 3, comma 5; ii) ove non sia accertato il difetto di credibilità, nei termini appena indicati, sussiste il potere-dovere di cooperazione istruttoria del giudice, finalizzato ad acquisire ex officio una completa conoscenza della situazione legislativa e sociale dello Stato di provenienza, onde accertare la fondatezza e l'attualità del timore di danno grave dedotto; iii) una volta che il richiedente abbia adempiuto all'onere di allegare i fatti costitutivi del suo diritto, sorge il potere-dovere del giudice di accertare, anche d'ufficio, se ed in quali limiti si registrino nel Paese straniero d'origine le problematiche dedotte e i rischi paventati; iv) spetta al giudice della protezione internazionale il compito di colmare le lacune informative, avendo egli l'obbligo di informarsi in modo adeguato e pertinente alla richiesta - soprattutto con riferimento alle condizioni generali del Paese d'origine, allorquando le indicazioni fornite dal richiedente siano deficitarie o mancanti, avvalendosi dei poteri officiosi di indagine e di informazione di cui al D.Lgs. n. 25 del 2008, art. 8, comma 3, - e verificare se la situazione di esposizione a pericolo per l'incolumità fisica indicata dal ricorrente, ove astrattamente suscumbibile nelle tipologie tipizzate di rischio, sia effettivamente sussistente nel Paese nel quale dovrebbe essere disposto il rientro al momento della decisione; v) il giudice non deve valutare nel merito la fondatezza dell'eventuale accusa allegata dal richiedente, ma deve accertare se tale accusa sia reale, cioè effettivamente rivolta al richiedente nel suo Paese, e dunque suscumbibile di rendere attuale il rischio di persecuzione o di

danno grave in relazione alle conseguenze possibili secondo l'ordinamento straniero.

Si tratta di un "vademecum" particolarmente articolato, il quale viene evidentemente dominato dalla logica di assolvere alla funzione di garanzia effettiva della tutela giurisdizionale alla quale il principio di cooperazione istruttoria deve uniformarsi.

Per quanto precede, la sentenza non si limita ad affermare l'operatività dell'attenuazione del principio dispositivo e la contestuale previsione di un potere - dovere di cooperazione in capo al giudice della protezione internazionale, esclusivamente per ragioni di carattere formale, oppure, come è avvenuto in passato, per il tramite del ricorso a tecniche di interpretazione della norma, che, pur essendo utili e conducenti, potrebbero non rivelarsi sufficienti a giustificare il sacrificio del principio dispositivo a favore di una maggiore collaborazione con la parte in causa, ma si spinge ad indagarne la portata applicativa anche sotto il profilo sostanziale, in chiave dell'assolvimento della necessaria e inderogabile funzione di effettività della tutela giurisdizionale. Com'è noto, negli ultimi anni il sistema della tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini di Paesi extra - UE è stato interessato dall'intervento di numerose riforme legislative che, al fine di accelerare i procedimenti in materia di protezione internazionale, ne hanno modificato la struttura. Il riferimento è, ad esempio, l'applicazione, in sostituzione del rito sommario di cognizione di cui agli articoli 702 - bis e ss. c.p.c., del procedimento di cui agli articoli 737 ss. c.p.c. (cfr. art. 35 bis d.lgs. n. 25/2008 introdotto dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13), l'eliminazione dell'audizione obbligatoria del ricorrente nel processo per il riconoscimento della protezione internazionale (ad opera del d.l. n. 113/2018)¹³.

La disciplina riformata restituisce un procedimento giurisdizionale che si conforma a modelli istruttori emancipati rispetto al principio dispositivo in senso processuale, poichè prerogativa di tutta l'attività del giudice in sede di rito cautelare è la raccolta "deformalizzata" degli elementi di prova.

In ragione delle superiori considerazioni, è da ritenere che la sentenza in commento si ponga in linea con la prospettiva individuata dal legislatore nella materia, laddove individua il principio dispositivo attenuato quale princi-

¹³ S. AGOSTA, *La disciplina in tema di protezione internazionale e contrasto all'immigrazione illegale. Osservazioni a prima lettura*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di) *Immigrazione e diritti fondamentali*, Atti dei Convegni Siracusa 4 maggio 2017, Torino 27 ottobre 2017, Torino, 2019, 330 ss.; A.D. DE SANTIS, *L'impatto del c.d. «decreto sicurezza» al processo civile*, in www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it, 2019, n. 1.

pio cardine di riferimento dei processi in materia di protezione internazionale. Sotto una diversa prospettiva, la valorizzazione, da parte della Corte di Cassazione, per il tramite di una convincente argomentazione, dell'obiettivo di assolvere alla funzione di effettività della tutela giurisdizionale, ha comunque il merito di "rafforzare" la tutela della parte, nell'ottica del rafforzamento della sfera di tutela dei diritti del cittadino straniero che richieda protezione internazionale, compatibilmente con le istanze di matrice internazionale¹⁴, nelle ipotesi e nelle fasi procedurali in cui vi sia il rischio che risulti indebolita.

¹⁴ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2013; F.L. GATTA, *Legal avenues to access international protection in the European Union: past actions and future perspectives*, *Journal européen des droits de l'homme*, *European Journal of Human Rights* (JEDH), 2018, n. 3.

L'ATTUAZIONE DEL D.LGS. N. 33 DEL 2013
NELL'AMBITO DELLE POLITICHE MIGRATORIE:
DAL DINIEGO GENERALIZZATO DI ACCESSO
AL DIRITTO DI ACCESSO GENERALIZZATO

Flavio Valerio Virzi*

SOMMARIO: 1. La sentenza T.A.R Lazio n. 10202/2019. – 2. L'accesso civico generalizzato e le politiche migratorie. – 3. I precedenti giurisprudenziali. – 4. L'orientamento del T.A.R Lazio.

1. *La sentenza T.A.R Lazio n. 10202/2019*

La Sezione III del TAR Lazio, con sentenza 1° agosto 2019, n. 10202, si è pronunciata sulla legittimità del diniego opposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti a un'istanza di accesso civico, finalizzata all'ottenimento di informazioni su talune operazioni di *Search and Rescue* di migranti¹.

L'istituto dell'accesso civico è delineato dall'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013, Testo unico della trasparenza, che disciplina, al comma 1, l'accesso civico "semplice", cioè il diritto di chiunque di accedere ai dati e ai documenti oggetto di un obbligo di pubblicazione; al comma 2, l'accesso civico "generalizzato", cioè il diritto di chiunque di accedere ai dati e ai documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di un obbligo di pubblicazione². Quest'ultimo diritto può essere denegato, ai sensi del successivo art. 5-*bis*, al ricorrere di un'eccezione "relativa", correlata alla valutazione comparativa di un interesse pubblico o privato alla riservatezza, legislativamente individuato, e del contrapposto interesse pubblico all'accesso (commi 1 e 2); ovvero di un'eccezione "assoluta", correlata alla sussistenza di un segreto di Stato ovvero di un altro divieto di accesso o di divulgazione previsto dalla legge (comma 3). La ricorrenza di un'eccezione relativa non legittima il diniego quando l'interesse alla riservatezza possa essere adeguatamente garantito tramite un accesso parziale (comma 4) ovvero differito (comma 5)³.

* Ricercatore di diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹ T.A.R. Lazio, sez. III, sent. 1° agosto 2019, n. 10202.

² D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

³ Sull'istituto dell'accesso civico generalizzato, cfr. E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso*

Il ricorrente, nel caso di specie, lamentava la violazione degli artt. 5, comma 2, e 5-*bis*, commi 1 e 3, del Testo unico della trasparenza.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, infatti, giustificava il diniego di accesso civico generalizzato in ragione della ricorrenza sia di un'eccezione assoluta, sia di un'eccezione relativa. Sotto il primo profilo, esso valorizzava la portata dell'art. 1048, comma 1, lett. q, del d.P.R. n. 90 del 2010, che tra i documenti sottratti all'accesso, annovera quelli inerenti alla programmazione, alla pianificazione, alla condotta e all'analisi di attività operative e di esercitazioni NATO e nazionale, asserendo che la documentazione oggetto di istanza di accesso generalizzato riguardasse «attività operative» delle Capitanerie di Porto, «connesse alle esercitazioni NATO e nazionali, anche sul piano della relativa pianificazione, peraltro rimessa ai Comandi della Marina Militare, ma anche riferita ad accordi con altri Paesi (in particolare Libia, Tunisia e Malta)». Sotto il secondo profilo, invece, evidenziava la rilevanza dell'interesse alla riservatezza, per l'esigenza di salvaguardare «l'integrità dei rapporti diplomatici con i Paesi interessati» e di non esporre a danneggiamento «la sorveglianza delle reti di contrabbando e traffico di esseri umani nel Mediterraneo e lo stesso fermo di trafficanti e contrabbandieri».

Il Ministero sosteneva che tale interesse dovesse ritenersi prevalente su quello alla conoscibilità, per «scoraggiare richieste, assimilabili ad un controllo generalizzato dell'attività della P.A.». Mentre quest'ultimo interesse, sempre secondo il MIT, non poteva essere tutelato neppure per il tramite di un accesso differito, «non potendosi avere cognizione del termine di un procedimento, in cui entrano in discussione assetti militari internazionali, predisposti per contrastare il fenomeno dell'immigrazione clandestina [...] che si ripete in [maniera] sistematica, senza termini precisamente individuabili».

Il T.A.R. Lazio, dopo aver ripercorso l'evoluzione intervenuta nella normativa nazionale e comunitaria in tema di trasparenza e di accesso, si sofferma sui due profili dell'argomentazione ministeriale.

generalizzato e la preesistente centralità degli obblighi di pubblicazione, in *Diritto amministrativo*, 2016, n. 4; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 2016, n. 5; G. GARDINI, M. MAGRI, *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, 2019; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 5, p. 593, e ID. *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto amministrativo*, 2019, n. 3, p. 453 ss.

Il Tribunale, per un verso, nega la configurabilità dell'eccezione assoluta, ritenendo impossibile «un vero e proprio assorbimento della questione migratoria in operazioni di difesa militare, rilevanti in ambito NATO, tali da giustificare l'applicazione dell'art. 1048, comma 1, lettera q), del citato d.P.R. n. 90 del 2010». Per altro verso, stigmatizza la prospettazione dell'eccezione relativa, censurando l'omessa valutazione dell'interesse alla conoscibilità.

Il giudice amministrativo non mette in dubbio che l'accesso generalizzato alle informazioni sulle operazioni di salvataggio in mare dei migranti possa coinvolgere esigenze di riservatezza, inerenti a operazioni militari, alle relazioni internazionali o alla repressione di reati. Tuttavia, esclude che tale interesse possa essere ritenuto prevalente al solo fine di scoraggiare un controllo generalizzato (potendo il suddetto fine esser perseguito soltanto attraverso il diniego di "richieste massive", da interpretare restrittivamente e ricondurre a parametri di "manifesta irragionevolezza") e ritiene che la valutazione del Ministero avrebbe dovuto tenere in adeguata considerazione la possibilità di consentire un accesso parziale, tramite l'oscuramento dei dati, di cui non sia consentita la divulgazione.

Esso, pertanto, accoglie il ricorso e annulla il diniego di accesso generalizzato per erronea applicazione della normativa di riferimento e difetto di motivazione, ordinando al MIT di fornire i dati documentali richiesti, previa valutazione comparativa di tutti gli interessi coinvolti e l'individuazione di eventuali ragioni di oscuramento dei dati, ove motivatamente non divulgabili.

2. *L'accesso civico generalizzato e le politiche migratorie*

L'accesso civico generalizzato, introdotto sull'esempio del *Freedom of Information Act* (FOIA), vigente nell'ordinamento dell'Unione europea (Reg. CE n. 1049/2001), rappresenta un istituto cardine per l'attuazione del principio di trasparenza, inteso come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle amministrazioni⁴.

⁴ Reg. CE 1049/2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione; sul FOIA nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, cfr. D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, n. 5, p. 1019 ss., G. SGUEO, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. NATALINI - G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, 163 ss.

Il suo utilizzo è una delle condizioni di realizzazione fattuale della democrazia, come si evince dalle vicende che connotano le politiche di controllo delle frontiere e dei flussi migratori. Esso, infatti, si sta rivelando un formidabile mezzo di controllo democratico a disposizione della società civile, che sempre più spesso esige di essere resa edotta circa le pratiche di contrasto dell'immigrazione irregolare e il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti.

La sentenza in commento è soltanto l'ultima di una serie in cui l'istituto viene attuato alle suddette politiche e, al pari degli altri precedenti giurisprudenziali, appare significativa della difficoltà di raggiungere un adeguato temperamento tra gli interessi pubblici che si vorrebbero presidiare con la garanzia della riservatezza, e l'interesse, altrettanto pubblico, all'accesso.

3. *I precedenti giurisprudenziali*

La giurisprudenza amministrativa nell'ultimo biennio è intervenuta sul tema dell'accesso generalizzato alle politiche migratorie con le pronunce del Consiglio di Stato, Sez. III, sent. 2 settembre 2019, n. 6028 e del T.A.R. Lazio, Sez. I *ter*, sent. 7 agosto 2018, n. 8892, rese sul diniego di accesso al *Memorandum* d'intesa con lo Stato della Libia, e del T.A.R. Lazio, Sez. III *ter*, sent. 16 novembre 2018, n. 11125, resa sul diniego di accesso all'accordo di cooperazione con la Repubblica del Niger. L'accesso civico generalizzato nei suddetti casi era volto a rendere conoscibile il contenuto di accordi bilaterali, la cui sottoscrizione in forma semplificata (o semi-semplificata) aveva consentito al Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale di mantenere il riserbo su alcune pratiche di esternalizzazione dei controlli di frontiera⁵.

Le tre sentenze lasciano tutte trapelare una certa superficialità da parte del giudice nella valutazione della motivazione allegata al diniego, che – in linea con l'art. 5-*bis*, commi 1, 4 e 5, del d.lgs. n. 33 del 2013 – dovrebbe rendere conto non soltanto della rilevanza dell'interesse alla riservatezza, ma

⁵ Sulle sentenze menzionate, cfr. E. OLIVITO, *Accordi in forma (semi)semplificata, istanze di accesso civico e vulnus alla Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 5 febbraio 2019; V. PUPO, *Le istanze di accesso civico come strumento di trasparenza democratica in tema di accordi internazionali in forma semplificata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, n. 2; si consenta di rinviare altresì a F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 5, pp. 641 ss.

anche della rilevanza dell'interesse all'accesso e della prevalenza dell'uno interesse sull'altro, all'esito di una valutazione comparativa condotta nel rispetto del principio di proporzionalità. Nel caso del *Memorandum* libico, il giudice non censura il diniego nonostante nella motivazione non si facesse alcun riferimento all'interesse all'accesso. Nel caso dell'accordo nigerino, si accontenta invece di una motivazione in cui ci si limita ad affermare di aver tenuto in considerazione tale interesse.

L'atteggiamento di deferenza del giudice dinanzi alle esigenze di riservatezza, probabilmente, può essere spiegato in ragione della sensibilità degli interessi pubblici che l'accesso generalizzato, nell'ambito delle politiche migratorie, può esporre a pregiudizio (nelle sentenze citate si richiama l'interesse sotteso alle relazioni internazionali, alla difesa, alle questioni militari, all'ordine e alla sicurezza pubblica). Tale atteggiamento, tuttavia, reca con sé il rischio di legittimare, nella prassi, l'integrale sottrazione delle suddette politiche al principio di trasparenza e la surrettizia introduzione, in luogo del diritto di accesso generalizzato, di un diniego generalizzato di accesso rispetto ai documenti che le riguardano.

4. *L'orientamento del T.A.R. Lazio*

La sentenza in commento realizza un'inversione di rotta rispetto alla giurisprudenza richiamata, poiché sposta l'attenzione dall'interesse alla riservatezza a quello all'accesso.

Il T.A.R. Lazio, nel passaggio maggiormente significativo della sua sentenza, infatti, arriva ad affermare che «l'importanza e la frequenza delle operazioni [di salvataggio in mare], nonché la natura dei diritti fondamentali coinvolti non possono risultare esclusi dall'attuazione del principio di trasparenza, come concepito e disciplinato dalla normativa vigente». L'istanza di accesso può pure porre ragioni di ordine pubblico, difesa militare o repressione di reati, ma «l'eventuale concorso di fattori, meritevoli di riservatezza» non possono di per sé «soverchiare totalmente il principio di trasparenza, in un settore di indubbio rilievo civico e ampio risalto, peraltro, anche nei mass-media».

I contrapposti interessi alla riservatezza e alla conoscibilità dei documenti detenuti dall'amministrazione, pertanto, devono divenire oggetto di una vera e propria valutazione comparativa, il cui esito non deve necessariamente risolversi in un giudizio di prevalenza dell'uno ovvero dell'altro, potendo la suddetta valutazione condurre pure a soluzioni di compromesso, qual è quel-

la prevista dall'art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33 del 2013, che consente l'oscuramento dei dati, di cui non sia consentita la divulgazione.

La soluzione è pienamente compatibile con la logica sottesa all'articolato del suddetto d.lgs. e, soprattutto, è l'unica che consente di ripristinare la vigenza del diritto di accesso generalizzato nell'ambito delle politiche migratorie⁶.

⁶ La sentenza del T.A.R. Lazio, tuttavia, sarà riformata dal Consiglio di Stato, con sentenza 12 febbraio 2020, n. 1121; per un commento alla stessa, v. *infra* F.V. VIRZÌ, *L'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA) e i suoi limiti in materia di immigrazione*.

L'ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO (C.D. FOIA) E I SUOI LIMITI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE

Flavio Valerio Virzi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le argomentazioni del giudice di primo grado. – 3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato. – 3.1. I limiti alla legittimazione soggettiva. – 3.2. La portata limitatrice delle eccezioni assolute. – 4. Le eccezioni assolute nella giurisprudenza europea.

1. *Introduzione*

La Sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza 12 febbraio 2020 n. 1121, si è pronunciata sul ricorso presentato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dal Ministero della difesa al fine di ottenere la riforma del giudizio con cui, lo scorso agosto, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio aveva riconosciuto il diritto di accesso civico generalizzato alle informazioni sulle operazioni di ricerca e salvataggio in mare (c.d. operazioni *Search and Rescue* – SAR), concernenti imbarcazioni di migranti¹.

La sentenza, che ribalta la pronuncia di primo grado, commentata in questo volume, ripropone il problema concernente la portata dei limiti opponibili al suddetto diritto, il cui esercizio si sta rivelando estremamente utile nell'ambito del controllo, operato dalla società civile, sulle politiche italiane ed europee di contrasto dell'immigrazione irregolare e sul rispetto dei diritti fondamentali dei migranti².

2. *Le argomentazioni del giudice di primo grado*

L'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA), com'è noto, rappresenta il diritto di chiunque di accedere ai documenti detenuti dalle amministrazioni. Esso, in particolare, è disciplinato dall'art. 5 del D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33,

* Ricercatore di diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 12 febbraio 2020, n. 1121.

² Cfr. *supra* F.V. VIRZI, *L'attuazione del d.lgs. n. 33 del 2013 nell'ambito delle politiche migratorie: dal diniego generalizzato di accesso al diritto di accesso generalizzato*.

contenente il c.d. Testo unico sulla trasparenza, e può essere denegato, ai sensi del successivo art. 5-*bis*, al ricorrere di un'eccezione "relativa", correlata alla valutazione comparativa di un interesse pubblico o privato alla riservatezza, legislativamente individuato, e del contrapposto interesse pubblico all'accesso (commi 1 e 2), ovvero "assoluta", correlata alla sussistenza di un segreto di Stato ovvero di un altro divieto di accesso o di divulgazione previsto dalla legge (comma 3).

Il Tribunale, nell'accogliere le doglianze della ricorrente, che lamentava la violazione del proprio diritto di accesso alle informazioni sulle operazioni di *Search and Rescue* di migranti, per un verso, aveva rigettato l'eccezione relativa, arrivando ad affermare – con una significativa inversione di rotta giurisprudenziale – che *“l'importanza e la frequenza delle [suddette] operazioni, nonché la natura dei diritti fondamentali coinvolti non possono risultare esclusi dall'attuazione del principio di trasparenza, come concepito e disciplinato dalla normativa vigente”*. Per altro verso, aveva negato la configurabilità dell'eccezione assoluta, ritenendo impossibile un assorbimento delle attività di soccorso in quelle di difesa militare, tale da giustificare l'applicabilità dell'art. 1048, comma 1, lettera q), del d.P.R. n. 90 del 2010, che, tra i documenti sottratti all'accesso, annovera quelli inerenti alla programmazione, alla pianificazione, alla condotta e all'analisi di attività operative e di esercitazioni NATO e nazionale.

Il Consiglio di Stato, diversamente, nel ribaltare le conclusioni del T.A.R., si arresta proprio dinanzi a tale ultima eccezione.

3. *Le argomentazioni del Consiglio di Stato*

Il Consiglio di Stato, assecondando le prospettazioni del Ministero resistente, assume a oggetto del suo giudizio, in via preliminare, l'ammissibilità dell'istanza di accesso civico generalizzato e, nel merito, la sua fondatezza. In relazione al primo profilo, rammentato che l'istanza di accesso civico generalizzato può essere avanzata soltanto *“per evidenti ed esclusive ragioni di tutela di interessi propri della collettività generale dei cittadini, non anche a favore di interessi riferibili, nel caso concreto, a singoli individui od enti associativi particolari”*, afferma che nessuna indicazione circa tali interessi emerge nella proposizione di tale istanza. Relativamente al secondo profilo, fatta salva l'adeguatezza della motivazione del diniego di accesso generalizzato, conferma l'applicabilità dell'art. 1048, comma 1, lettera q), del d.P.R. n. 90 del 2010, in ragione dell'oggettiva impossibilità di *“distinguere, nelle concrete*

contingenze del caso, tra attività di ricerca e soccorso [...] ed attività militari in senso stretto”.

Il Collegio, pertanto, conclude nel senso dell’erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui esclude la riconducibilità delle attività di salvataggio, oggetto dell’istanza, nella categoria degli atti di programmazione, pianificazione, condotta e analisi di attività operative, esercitazioni NATO e nazionali, di cui al suddetto art. 1048, idoneo a integrare un’eccezione assoluta all’accesso generalizzato.

Le argomentazioni del Consiglio di Stato propongono un’interpretazione estensiva dei limiti dell’accesso civico generalizzato, che, mal conciliandosi con la logica sottesa al D.lgs. n. 33 del 2013, si espongono a talune obiezioni. Il Collegio, segnatamente, dà ingresso a limiti di legittimazione soggettiva non legislativamente previsti e dilata la portata limitatrice di eccezioni assolute di matrice regolamentare³.

3.1. I limiti alla legittimazione soggettiva

Quanto al primo ordine di limiti, il Consiglio di Stato, partendo dalla premessa per cui l’art. 5, comma 2, del suddetto decreto legislativo, funzionalizzerebbe l’accesso civico generalizzato alla realizzazione di forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali, finisce per far dipendere la legittimazione a proporre la relativa istanza alla sua valutazione finalistica, esigendo una motivazione puntuale circa la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse generale.

Tale valutazione, tuttavia, come rilevato in numerosi precedenti giurisprudenziali, si pone in stridente contrasto con il comma 3 del suddetto articolo, il quale espressamente dispone che l’esercizio del diritto civico non può essere sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva di chi propone l’istanza, per poi precisare che quest’ultima non necessita di alcuna motivazione⁴. L’esito cui essa perviene, inoltre, appare pretestuoso,

³ Sui limiti che l’istituto dell’accesso civico generalizzato incontra nella sua prassi applicativa, cfr. M. FILICE, *I limiti all’accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Diritto amministrativo*, 2019, n. 4; F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *federalismi.it*, 2019, n. 10. A. MOLITERNI, *La via italiana al “FOIA”: bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 1, p. 23 ss.

⁴ Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 13 gennaio 2020, n. 10; T.A.R. Campania, sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 604 e 10 dicembre 2019, n. 5837, ove si nega che l’amministrazione

posto che il Collegio arriva ad asserire che “*non è dato ravvisare, nelle istanze a suo tempo prodotte [...] quali sarebbero gli specifici interessi generali – ossia, direttamente riferibili alla comunità dei cittadini o ad una parte significativa di essi – alla cui promozione e tutela sarebbero state preordinate le istanze medesime; né – più nello specifico – [...] l’attinenza delle medesime istanze a precisi obblighi di trasparenza amministrativa imposti dalla legge, ovvero a finalità anticorruptive*”, negando così ciò che viene conclamato pure all’interno della sentenza di primo grado, vale a dire, che l’interesse generale all’accesso ai documenti, riguardanti le operazioni di ricerca e salvataggio in mare dei migranti, può essere di per sé rinvenuto nell’indubbio rilievo civico e nell’ampio risalto della questione migratoria a livello sociale.

3.2. *La portata limitatrice delle eccezioni assolute*

Quanto al secondo ordine di limiti, il Consiglio di Stato applica l’art. 1048 del d.P.R. n. 90 del 2010, senza adeguatamente considerare che il primo comma di tale articolo denega l’accesso a determinate categorie di atti, ma soltanto in relazione all’interesse alla salvaguardia della sicurezza, della difesa nazionale e delle relazioni internazionali, e che pure il rispetto della riserva di legge sottesa all’art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33 del 2013 – come suggerito dalla circolare del Ministro per la Pubblica amministrazione, n. 1 del 2019 – rende insufficiente giustificare un diniego di accesso civico esclusivamente in base ad atti di natura regolamentari. Il Collegio, prescindendo del tutto dal problema della (dubbia) applicabilità al FOIA di esclusioni sancite non dalla legge, ma da un regolamento, verifica la riconducibilità degli atti oggetto dell’istanza alla categoria riservata, senza argomentare in ordine al pregiudizio che l’accesso alle informazioni in esse contenute avrebbe potuto cagionare all’interesse alla salvaguardia della sicurezza, della difesa nazionale e delle relazioni internazionali⁵.

Il giudice, soprattutto, effettua tale verifica affidandosi a un sillogismo di dubbio rigore logico, che può così essere riassunto: se (i) gli atti riguardanti le operazioni militari non sono accessibili e (ii) le operazioni di salvataggio non sono distinguibili dalle operazioni militari, allora (iii) gli atti riguardanti le operazioni di salvataggio non sono accessibili.

debba verificare la compatibilità dell’interesse del richiedente con le finalità della disciplina e si chiarisce la piena legittimità anche delle richieste presentate per finalità “egoistiche”, fin tanto che esse non incontrino i limiti stabiliti dall’art. 5-*bis*.

⁵ Cfr. M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 5, p. 593 ss.

Le premesse di tale sillogismo sono compendiate nell'affermazione secondo cui *“posto che le attività di pattugliamento e soccorso in mare ad opera di unità militari italiane e straniere cui si riferivano le istanze di accesso rientrano senza dubbio nell'ambito di operazioni militari nazionali (“Mare Sicuro”) o internazionali (“EUNAVFOR MED Operazione Sophia” e “FRONTEX Operazione Themis”) all'epoca in corso non era oggettivamente possibile distinguere, nelle concrete contingenze del caso, tra attività di ricerca e soccorso (Search And Rescue - SAR) ed attività militari in senso stretto”*; e secondo cui *“l'eventualità che le unità militari e di pubblica sicurezza, nello svolgimento delle funzioni operative di loro competenza, possano se del caso trovarsi anche coinvolte in operazioni di Search and Rescue è [...] del tutto ipotetica e casuale, non rappresentando queste ultime l'oggetto delle predette missioni”*.

L'organo giudicante, tuttavia, avrebbe dovuto verificare non già la possibilità di tenere separate le attività di salvataggio dalle attività militari, nelle *“contingenze del caso”* o nel *“corso dello svolgimento”* delle stesse, come affermato ripetutamente, al fine di testare la riconducibilità di entrambe entro la medesima categoria di atti riservati; ma la possibilità di tenere separate le informazioni sulle attività di salvataggio dalle informazioni sulle attività militari, al fine di verificare se l'accesso alle une non potesse pregiudicare l'interesse alla sicurezza, alla difesa nazionale e alle relazioni internazionali, sotteso alle altre e la cui salvaguardia giustifica la previsione regolamentare delle suddette categorie.

4. *Le eccezioni assolute nella giurisprudenza europea*

La singolarità del ragionamento seguito dal Consiglio di Stato nella valutazione dell'eccezione assoluta all'accesso civico generalizzato può essere meglio colta nella comparazione con la giurisprudenza europea, che – come precisato dalle Linee guida ANAC e dalla circolare del Ministro per la Pubblica amministrazione, n. 2 del 2017 – rappresenta uno dei riferimenti interpretativi del d.lgs. n. 33 del 2013⁶.

Il problema dei limiti dell'accesso civico ai documenti contenenti informazioni sulle operazioni di salvataggio in mare di migranti, infatti, è stato recentemente affrontato dal Tribunale dell'Unione europea nel caso *Izuzquiza e Semsrott /Frontex*, Causa T-31/18, sentenza del 27 novembre 2019, ove pur pervenendosi a conclusioni dello stesso tipo di quelle del giudice amministra-

⁶ Linee guida A.N.A.C. adottate con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

tivo – il rigetto del ricorso avverso il diniego di accesso alle informazioni inerenti al nome, al tipo e alla bandiera delle imbarcazioni coinvolte nell'operazione *Triton*, opposto dall'Agenzia Frontex, proprio in ragione della ricorrenza di un'eccezione assoluta – si è optato per un iter argomentativo profondamente diverso⁷.

A riguardo, e rinviando per un maggiore approfondimento su tale sentenza al commento pubblicato su questo volume⁸, è sufficiente evidenziare che la suddetta eccezione è stata valutata dal Tribunale UE proprio in ragione del pregiudizio che l'accesso ai suddetti documenti avrebbe potuto cagionare all'interesse alla sicurezza pubblica. Il giudice europeo si è preoccupato di verificare se Frontex avesse “*spiegato in modo plausibile come l'accesso ai documenti controversi avrebbe potuto arrecare concretamente ed effettivamente un pregiudizio alla tutela della sicurezza pubblica dell'Unione e se [...] l'asserito pregiudizio potesse essere considerato ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico*”; e soltanto a seguito di un'indagine dettagliata sulla plausibilità del pericolo, prospettato dall'Agenzia, che le informazioni potessero essere sfruttate dai trafficanti al fine di “*evitare i controlli destinati a impedire l'accesso illegale alle frontiere*”, si è pronunciato nel senso della legittimità del diniego.

⁷ Il diritto di accesso del pubblico ai documenti amministrativi, nell'ordinamento europeo, è disciplinato dal regolamento CE n. 1049 del 30 maggio 2001, che, all'art. 2, riconosce il diritto di accesso ai documenti a qualsiasi cittadino dell'Unione e a qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro; e all'art. 4, individua due categorie di eccezioni all'esercizio di tale diritto: assolute o vincolate (par. 1) e relative o discrezionali (par. 2 e 3).

⁸ V. E. FRASCA, *Navigare in acque trasparenti: i documenti sulle attività di ricerca e salvataggio in mare di Frontex intorbiditi dall'eccezione di sicurezza pubblica*, in questo volume.

IL POTERE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI CITTADINANZA: IL VENTO STA CAMBIANDO?

Serena Stacca*

SOMMARIO: 1. Il caso all'attenzione del Consiglio di Stato. – 2. La decisione del Consiglio di Stato. – 3. Il rovesciamento di prospettiva: dalla (sola) ragion di Stato alla dignità umana. – 4. Il quantum di moralità richiesto allo straniero quale criterio di ragionevolezza.

1. *Il caso all'attenzione del Consiglio di Stato*

La causa trae origine dalla richiesta di concessione della cittadinanza italiana da parte di un cittadino straniero, presentata ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. f) della l. 5 febbraio 1992, n. 91¹, e negata per appartenenza dell'istante a movimenti ideologici ritenuti non compatibili con la sicurezza della Repubblica.

Confermato il diniego di cittadinanza dalla prima sezione del Tar Lazio, il ricorrente presentava appello contro la decisione del giudice di primo grado, lamentando "l'erroneità della sentenza per non avere in particolare dichiarato l'illegittimità del diniego per difetto assoluto di motivazione" (punto 1, in fatto).

Di fronte a tale doglianza, il Consiglio di Stato emanava ordinanza con la quale si prescriveva al Ministero dell'Interno di integrare l'istruttoria "al fine di acquisire gli atti su cui si fonda[va] la valutazione di pericolosità" e, quindi, il rigetto dell'istanza di cittadinanza (punto 2, in fatto). L'amministrazione rispondeva quando la causa era stata già trattenuta in decisione, inviando alla segreteria della terza sezione una "busta chiusa 'riservata' dal Ministero dell'interno contenente risposta alla disposta istruttoria" (punto 2, in fatto). Nella nota si indicava, quale elemento ostativo alla concessione della cittadinanza, la circostanza che "lo straniero in oggetto [avrebbe mantenuto], da sempre, un atteggiamento di forte critica verso la cultura occidentale" (punto 1, in diritto). L'appellante considerava tale motivo comunque insufficiente a colmare il difetto di motivazione del diniego di

* Ricercatrice di Diritto Amministrativo, Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli.

¹ Recante "Nuove norme sulla cittadinanza".

concessione della cittadinanza italiana, dedotto con l'atto introduttivo del giudizio.

2. *La decisione del Consiglio di Stato*

L'elemento ostativo al riconoscimento della cittadinanza italiana contenuto nella nota 'riservata' del Ministero dell'interno non ha convinto il Consiglio di Stato, che infatti ha ritenuto necessaria una nuova integrazione istruttoria, prima di potersi esprimere compiutamente sulla legittimità o meno del diniego di cittadinanza².

A tale decisione il giudice di seconde cure giunge sostanzialmente sulla base di due considerazioni tra loro collegate. Il collegio innanzitutto ritiene che per la concessione della cittadinanza l'amministrazione non possa limitarsi a un "giudizio sommario, superficiale ed incompleto" dei suoi presupposti: allineandosi al consolidato principio secondo cui l'amministrazione gode di un'ampia sfera di discrezionalità circa la possibilità di concedere o meno la cittadinanza³, il Consiglio di Stato precisa che proprio in questa materia occorre "effettuare una delicata valutazione in ordine alla effettiva e complessiva integrazione dello straniero nella società" (punto 2, in diritto). Così, in particolare, la verifica degli elementi di inserimento dell'individuo nella comunità nazionale, nonché quella sulla tenuta della sicurezza e dell'ordine pubblico dello Stato vanno necessariamente contestualizzate, dandone conto all'interno di una "più ampia e bilanciata" disamina: entrambe le verifiche devono considerare cioè i legami familiari, l'attività lavorativa, il reale radicamento dello straniero al territorio, la complessiva condotta, che deve mostrare una convinta adesione ai valori fondamentali dell'ordinamento (punto 2, in diritto).

In secondo luogo, il Consiglio di Stato ritiene che, al netto delle ipotesi ostative al riconoscimento della cittadinanza prescritte dalla legge, la suddetta complessiva valutazione non debba ispirarsi a "un criterio di assoluta irreprensibilità morale, nella forma dello *status illesae dignitatis*, o di impecca-

² Cons. St., sez. III, ordinanza del 7 maggio 2020, n. 2879, a cui devono attribuirsi anche i passaggi riportati nel paragrafo 1 e nel prosieguo del testo.

³ Cons. St., sez. I, sentenza del 20 gennaio 1993, n. 1878/94; Cons. St., sez. I, sentenza del 12 aprile 1995, n. 1834/91; Cons. St., sez. I, sentenza del 26 agosto 1998, n. 1108/96; Cons. St., sez. I, sentenza del 3 marzo 1999, n. 29/99; Cons. St., sez. III, sentenza del 14 febbraio 2017, n. 657; Cons. St., sez. III, sentenza del 25 agosto 2016, n. 3696.

bilità sociale (...) umanamente inesigibile da chiunque, straniero o cittadino che sia”, quanto piuttosto al criterio di “quantum di moralità” posseduta “mediamente dalla collettività nazionale in un dato momento storico” (punto 2, in diritto). Secondo il collegio, se così non fosse e si proseguisse nell’adottare un criterio tanto rigido quanto “del tutto antistorico prima che irrealistico”, si verrebbe a realizzare una “irragionevole chiusura della collettività nazionale all’ingresso di soggetti che, pur avendo tutti i requisiti per ottenere la cittadinanza, si vedono privare di questo legittimo interesse, attinentemente anche all’esercizio di diritti fondamentali, in assenza di un effettivo, apprezzabile, interesse pubblico a tutela della collettività, e per mere fattispecie di sospetto in danno dello straniero” (punto 2, in diritto).

Tutto ciò vale per i casi in cui ci siano condanne o precedenti giudiziari a carico del richiedente; ma deve altresì valere, conclude il Consiglio di Stato, nelle ipotesi, come quella in esame, in cui il giudizio sull’adesione o meno ai valori dell’ordinamento nazionale passa attraverso una valutazione sulle frequentazioni dello straniero a movimenti di carattere ideologico-culturale: siccome l’appartenenza a tali movimenti non può di per sé rappresentare un motivo sufficiente a negare la cittadinanza, giacché al contrario una “pacata, seppure decisa, critica a una cultura diversa” costituisce fonte di “costruttivo confronto”, è necessaria una integrazione istruttoria da rendere poi nota mediante l’esibizione di “tutti gli atti dai quali è stata desunta la pericolosità” dello straniero appellante (punto 3, in diritto).

3. Il rovesciamento di prospettiva: dalla (sola) ragion di Stato alla dignità umana

Nonostante il rinvio della trattazione nel merito, dietro la decisione del Consiglio di Stato possono cogliersi alcune significative implicazioni, che, per un verso, riguardano la fisionomia del potere della pubblica amministrazione in materia di cittadinanza, i suoi limiti e, quindi, le forme di tutela da riconoscere al privato richiedente e, per altro verso, concernono il peso e il valore che nella valutazione degli interessi coinvolti ai fini della decisione pubblica debbano rivestire le nozioni di sicurezza e di ordine pubblico.

Con questa ordinanza la terza sezione del Consiglio di Stato prosegue innanzitutto nell’opera di corretta lettura del potere amministrativo in materia di cittadinanza, inaugurata con la sentenza n. 1837, del 20 marzo 2019. Deve infatti segnalarsi che la giurisprudenza amministrativa, specie di primo grado, si era adagiata su un’interpretazione della natura ampiamente discrezio-

nale dei provvedimenti di concessione o diniego della cittadinanza italiana, che progressivamente li avvicinava alla categoria degli atti di alta amministrazione, dispensati (seppure non pacificamente) dal rispetto di alcune garanzie e sindacabili solo limitatamente⁴. Il ritenuto “altissimo tasso di discrezionalità”⁵ dei provvedimenti in oggetto dipendeva, secondo il giudice amministrativo, dalla circostanza che in questi casi l’autorità pubblica decideva sull’istanza dello straniero solo in base alla sua pericolosità sociale, a prescindere quindi dagli interessi privati sottesi alla richiesta: una volta accertati i presupposti per proporre domanda di cittadinanza, l’amministrazione avrebbe dovuto in altre parole compiere un’operazione di valutazione circa possibili *vulnera* all’ordinamento, in termini di sicurezza della Repubblica e di ordine pubblico, derivanti dalla presenza dello straniero nel territorio nazionale. L’operazione avveniva peraltro in assenza di parametri che delineassero i confini dei concetti giuridici indeterminati di sicurezza e ordine pubblico: il che, oltre a lasciare libera l’amministrazione di addurre motivi di diniego anche soltanto vagamente riconducibili a tali concetti, incideva pure sulla giustiziabilità dei provvedimenti. Da un lato, il giudice avrebbe dovuto limitarsi a un controllo di legittimità meramente estrinseco, sulla base di motivazioni particolarmente semplificate; dall’altro lato, il privato non avrebbe potuto esercitare pienamente il proprio diritto di difesa, giacché l’istruttoria si fondava su atti della pubblica amministrazione per lo più riservati. La prevalenza di non verificabili ragioni di interesse pubblico finiva in sostanza per frustrare le esigenze di garanzia degli stranieri richiedenti cittadinanza⁶.

Ebbene, la posizione del Consiglio di Stato, nell’ordinanza in commento, è diversa: il potere della pubblica amministrazione in materia di cittadinanza è discrezionale non perché si determina sulla valutazione di un solo interesse (pubblico), ma semmai perché quell’interesse dev’essere bilanciato con altri interessi (individuali). Pertanto, nella complessa ponderazione che ogni volta l’autorità pubblica dovrà effettuare in merito alla istanza di cittadinanza presentata da uno straniero, l’interesse alla sicurezza e all’ordine pubblico diventa soltanto uno dei poli della comparazione: in questi termini, va interpretata la richiesta del giudice circa l’attenta disamina e la contestualizzazione di una

⁴ V. tra altre, Tar Lazio, sez. I-ter, sentenza del 28 febbraio 2017, n. 2932; Tar Lazio, sez. I-ter, sentenza del 16 marzo 2017, n. 3555; Cons. St., sez. VI, sentenza del 1° ottobre 2008, n. 4748.

⁵ Così, Cons. St., sez. VI, sentenza del 1° ottobre 2008, n. 4748, cit.

⁶ Cfr. su tali profili M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 233 ss.

serie di elementi (legami familiari, attività lavorativa, radicamento nel territorio e condotta complessivamente adesiva ai valori dell'ordinamento), che implicano la doverosa presa in considerazione delle esigenze che spingono uno straniero a fare richiesta di cittadinanza, da soppesare con le ragioni di sicurezza e ordine pubblico, senza alcun aprioristico giudizio.

Ne deriva un'altra significativa implicazione: muta lo scenario delle garanzie da assicurare al privato, sul fronte tanto giurisdizionale quanto, ancor prima, procedurale. L'ordine di integrare l'istruttoria e di esibire tutti i documenti (anche riservati⁷) dai quali l'amministrazione desume i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cittadinanza comporta il pieno controllo di legittimità da parte del giudice, l'esercizio dei diritti di difesa in capo al soggetto ricorrente, il riconoscimento (se non proprio il rafforzamento) delle garanzie procedurali, quale logica conseguenza della natura ampiamente discrezionale del procedimento di concessione della cittadinanza (nel senso appena indicato). La completezza dell'istruttoria implica così l'attuazione di tutti i diritti di partecipazione prescritti dalla legge n. 241/90, a cominciare dalla garanzia del contraddittorio (il cui sacrificio è discutibile anche di fronte alla riservatezza delle informazioni in possesso della pubblica amministrazione); come pure presume la formulazione e l'ammissibilità solo di motivazioni dettagliate e circostanziate. Ugualmente, l'indicazione di quei parametri che devono essere oggetto di accurato esame, al fine di evitare decisioni basate su "mere fattispecie di sospetto" (punto 2, in diritto), appare come un monito rivolto alle autorità procedenti, affinché agiscano nel pieno rispetto dei principi che informano l'attività discrezionale, finora facilmente elusi sulla base del pretestuoso assunto dell'assenza di interessi da ponderare. Rilevante è in particolare il principio di proporzionalità⁸, se si considera che i provvedimenti di diniego della cittadinanza rientrano tra i provvedimenti che più di altri incidono negativamente nell'altrui sfera giuridica, in quanto direttamente collegati alla realizzazione di diritti fondamentali. Il parametro della proporzionalità assume importanza già nel corso dell'esercizio del potere,

⁷ Sul tema, v. F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2019, pp. 641 ss.

⁸ La cui importanza in questa materia è stata recentemente ribadita dalla CGUE (Grande Sezione), sentenza del 12 marzo 2019, *M.G. Tjebbes e altri c. Minister van Buitenlandse Zaken*, C-221/17, EU:C:2019:189. V., inoltre, CGUE (Grande Sezione), sentenza del 2 marzo 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, C-135/08, EU:C:2010:104, con il commento di M. SAVINO, *EU Citizenship: Post-National or Post-Nationalist? Revisiting the Rottmann Case through Administrative Lenses*, in *ERPL/REDP*, vol. 23, n. 1, 2011, pp. 1 ss.

perché consente di conformare il contenuto delle regole procedurali, prefigurando in tal modo un potere ‘proporzionato’ al tipo di atto e al fine individuato dalla legge⁹; così come è decisivo in ambito giurisdizionale, soprattutto nello svolgimento del giudizio sulla necessità della misura adottata.

In definitiva, con l’ordinanza in commento, sembra assistersi a un rovesciamento delle priorità connesse ai procedimenti di riconoscimento della cittadinanza o, per lo meno, a una paritaria rilevanza degli interessi in gioco. Salvo le ipotesi tassative di diniego, il generico rinvio alle nozioni di sicurezza e ordine pubblico non potrà più giustificare il giudizio di pericolosità sociale del soggetto richiedente, che invece dovrà essere circostanziato a una serie di elementi di fatto, da bilanciare con gli interessi (privati) alla richiesta di cittadinanza. Del resto, quella del Consiglio di Stato è una soluzione coerente con il sistema valoriale del nostro ordinamento. Se è vero, infatti, che i requisiti per presentare domanda di cittadinanza non sono di per sé sufficienti, né costituiscono una presunzione di idoneità al conseguimento dello *status* di cittadino italiano, è altresì vero che nella complessa verifica riservata alla autorità pubblica circa l’adesione ai valori fondamentali dell’ordinamento assume un rilievo primario il principio personalistico e solidaristico, compendiatosi nella dignità umana: “se lo straniero riconosce questi fondamentali valori dell’ordinamento”, proprio quel valore della persona umana “non può essere avvilito” da un “surrettizio automatismo preclusivo in presenza di qualsivoglia condanna”¹⁰ o, come nel caso in questione, perché lo straniero frequenta movimenti ideologici.

4. *Il quantum di moralità richiesto allo straniero quale criterio di ragionevolezza*

Ma c’è dell’altro. Muovendosi in questo diverso (e giuridicamente più corretto) scenario, il Consiglio di Stato compie un ulteriore passo avanti nella determinazione dei limiti all’esercizio del potere discrezionale in materia di cittadinanza, supplendo (ancora) al silenzio del legislatore. Nell’ordinanza si individua, infatti, il criterio che deve ispirare la valutazione in merito all’effettiva e complessiva integrazione dello straniero nella società, ascrivibi-

⁹ Sulle diverse declinazioni del principio di proporzionalità si rinvia da ultimo a A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministrati*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2016, pp. 697 ss.

¹⁰ Così, Cons. St., sez. III, sentenza del 20 marzo 2019, n. 1837, cit.

le, prim'ancora che al principio di proporzionalità del bilanciamento operato, ai principi di ragionevolezza e non discriminazione.

Alla luce di tale criterio, nell'operazione di valutazione l'autorità pubblica non potrà prendere le mosse da un parametro di "assoluta irreprensibilità morale", perché antistorico e irrealistico, ma dovrà basarsi sul *quantum* di moralità richiesto mediamente alla collettività nazionale, in un dato momento storico. Si tratta di un altro criterio che sembra mettere lo straniero richiedente al riparo, già in sede procedimentale, da provvedimenti paternalistico-autoritari, camuffati da una malintesa, e comunque anacronistica, visione "eticizzante dello Stato portatore di una morale superiore ed escludente" (punto 2, in diritto).

In conclusione, l'ordinanza del Consiglio di Stato rivela profili di notevole interesse, perché comincia a delinearsi un orientamento del giudice amministrativo che, nel bilanciamento degli interessi, sembra mostrare finalmente attenzione alle esigenze dell'individuo richiedente, evidenziandone il collegamento con l'esercizio di diritti fondamentali. Il che, mentre si riflette sul naturale rafforzamento delle garanzie procedurali e giurisdizionali, segna una rottura con l'impostazione giurisprudenziale precedente, sbilanciata viceversa sull'interesse pubblico alla sicurezza e all'ordine pubblico, in quanto retta da una fraintesa definizione di potere ampiamente discrezionale.

Sarà interessante verificare se e in che modo l'amministrazione da qui in avanti adempierà a tutte le prescrizioni delineate dall'ordinanza in relazione al riconoscimento o meno della cittadinanza. Sarà interessante specie nelle fattispecie come quella in commento, se si considera che l'amministrazione dovrà muovere dal presupposto che la partecipazione a movimenti culturali non può di per sé "far assurgere lo straniero richiedente nel novero dei soggetti pericolosi per il Paese ai quali deve essere negata la cittadinanza" (punto 3, in diritto), quanto piuttosto ritenersi espressiva di diritti della persona, costituzionalmente garantiti (*ex artt. 18 e 21 Cost.*)¹¹. Se così è, l'appartenenza a gruppi culturalmente orientati dovrà pesare sul piatto della bilancia degli interessi privati del richiedente¹². D'altronde, a ragionare di-

¹¹ R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008, pp. 1 ss.

¹² Nella trattazione nel merito della causa oggetto del presente commento le aspettative sono state invero deluse. Il Consiglio di Stato, con la sentenza del 17 dicembre 2020, n. 8133, ha infatti statuito che è "del tutto idonea, per la giustificazione del diniego di cittadinanza, la mera valutazione che a persone contigue, simpatizzanti o comunque idealmente vicine o in contatto con un movimento responsabile di attività gravemente delittuose, non si possa riconoscere lo status di cittadino italiano" (punto 3, in diritto). In questo modo, il giudice ammi-

versamente, emergerebbe una contraddizione inconciliabile con il nostro ordine costituzionale e la liberal-democrazia in generale: negare lo *status* di cittadino italiano a chi critica, pure in maniera decisa, la cultura occidentale, confondendo questa con i valori giuridici ordinamentali, non rischia forse di produrre una discriminazione irragionevole nel godimento di un diritto fondamentale quale quello alla libera manifestazione del pensiero?.

nistrativo non ha fatto altro che rievocare l'impostazione conservatrice, presupponendo indirettamente la pericolosità del soggetto richiedente, con tutte le conseguenze in punto di garanzie sostanziali e processuali. Su tale decisione, se si vuole, S. STACCA, *"Ampliare il numero dei cittadini" o riconoscere la cittadinanza agli stranieri? Ovvero della fisionomia del potere di concessione della cittadinanza*, in ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2021.

I 20 ANNI DELLA CARTA DI NIZZA: L'IMPATTO SULL'IMMIGRAZIONE

Diletta Tega*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le novità. – 3. Gli sviluppi. – 4. La Carta e la politica migratoria.

1. *Introduzione*

Il 17 aprile 2020, il Parlamento europeo, nella risoluzione contro la pandemia e le spinte disgregatrici nella Ue, ha richiamato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE) come simbolo di unità costituzionale e di solidarietà. Si tratta della conferma della centralità acquisita negli anni dal documento, dopo una partenza decisamente problematica. Nel 2020 si sono celebrati i vent'anni dalla sua proclamazione, avvenuta a Nizza nel dicembre del 2000, e i dieci anni dalla sua entrata in vigore con il rango di diritto primario dell'Unione (ex art. 6, par. 1, Trattato di Lisbona). Le due ricorrenze costituiscono il punto di partenza ideale per riflettere sull'impatto che la Carta ha avuto tanto sull'ordinamento Ue, quanto sugli ordinamenti nazionali. In particolare, in queste pagine preme, nell'ottica della studiosa di diritto costituzionale, ricordare il punto di svolta che la Carta ha rappresentato per gli ordinamenti nazionali e la rilevante influenza che ha avuto nel potenziare la tutela delle persone coinvolte a vario titolo nel fenomeno migratorio.

2. *Le novità*

Le novità rappresentate dalla Carta¹ sono state numerose e significative: *i*) è stato il primo documento sui diritti (la cui titolarità prescinde, per la gran parte, dal possesso della cittadinanza europea) di cui si è dotata l'Unione ed anche il primo, a livello internazionale, a contenere insieme diritti civili, poli-

* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bologna.

¹ N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018; R. MASTROIANNI ET AL. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017.

tici e sociali; *ii*) la stessa genesi della Carta, attraverso i lavori della Convenzione, presieduta da Roman Herzog, già ex Presidente della repubblica federale tedesca e del *Bundesverfassungsgericht*, ha rappresentato un momento unico e di grande impatto, non solo da un punto di vista sostanziale, ma anche culturale e simbolico; la Carta rientrava, del resto, in un disegno più ampio, perché era stata immaginata come uno dei passaggi maggiormente significativi sulla via del Trattato costituzionale - opera della Convenzione presieduta da Giscard d'Estaing (coadiuvato dal vice-presidente Giuliano Amato²) - firmato a Roma nel 2004 e mai entrato in vigore a causa di resistenze nazionali, anche in riferimento al contenuto della Carta; *iii*) proprio il suo contenuto interessò molto allora ed interessa oggi ancor di più la dottrina, anche costituzionalistica³, che sin dai lavori della Convenzione, precedenti alla proclamazione, colse almeno alcune delle implicazioni che un tale documento giuridico sui diritti avrebbe comportato per la protezione che le singole costituzioni assicuravano già a livello nazionale.

Allargando la visuale dell'analisi è proprio questo il frangente di tempo in cui inizia a circolare tra gli studiosi la fortunata espressione 'sistema di tutela multilivello dei diritti' per indicare una novità molto significativa nel modo di intendere le garanzie dei diritti (la cui tutela a livello nazionale si arricchiva di quella approntata dal sistema Cedu⁴ e di quella ora rappresentata dalla CDFUE e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia). L'espressione, in qualche modo, risultava rassicurante perché restituiva l'immagine di una tutela sia potenziata sia ben coordinata.

3. *Gli sviluppi*

Molti sviluppi giuridici si sono registrati da allora. La Carta è divenuta un riferimento giuridico importante non solo nelle decisioni della Corte di Giustizia per la quale i diritti fondamentali sono al centro della *struttura costituzionale* che caratterizza e distingue l'Unione. Lo sviluppo di una protezione

² G. AMATO, *La Convenzione sul futuro dell'Europa e la Carta dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020.

³ A. MANZELLA, P. MELOGRANI, F. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; M. CARTABIA, *I diritti in azione*, Bologna, 2007; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino, 2013; R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020.

⁴ Solo due anni prima, nel 1998, il Protocollo 11 aveva introdotto il ricorso individuale.

integrata dei diritti, per quanto *in nuce*, è fotografata dall'art. 6 TUE e dagli articoli conclusivi della CDFUE, in base ai quali la tutela dei diritti nell'ambito della Ue deriva da due fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali; in secondo luogo, dai «principi generali», di matrice giurisprudenziale, che comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri». Ma anche le pronunce delle Corti costituzionali e dei giudici comuni nazionali tengono conto della Carta, avendo anche dato luogo a scontri giurisprudenziali di non poco conto.

In particolare, la CDFUE si applica agli Stati membri (oltre che alle Istituzioni Ue) nell'attuazione del diritto Ue, senza per questo estendere l'ambito di applicazione di tale diritto o modificare in alcun modo le competenze e i compiti definiti dai trattati e senza pregiudicare i diritti quali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dalle Costituzioni nazionali (ex art. 53 CDFUE). In un'interpretazione restrittiva, la Carta dunque si applicherebbe solo alle norme nazionali di attuazione in senso stretto del diritto Ue; in realtà, la giurisprudenza più recente sembra orientata ad allargare tale applicazione anche a qualsiasi norma nazionale che interferisca con l'applicazione della normativa europea o ne pregiudichi, in qualche modo, l'effettività. La CEDU costituisce parametro interpretativo in nome del principio della tutela più estesa in materia di diritti (ex artt. 6 TUE, 52.3 e 53 CDFUE), senza però che da ciò si possa ricavare che il giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la CEDU, possa applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto⁵.

La Carta ha introdotto una distinzione fra diritti e principi, specificando che questi ultimi possono essere invocati dinanzi a un giudice solo a fini di interpretazione e controllo della legalità di atti nazionali laddove gli stati agiscano nell'ambito di applicazione del diritto Ue (art. 51, par. 5). Poiché però la linea di confine fra le due categorie appare nella pratica assai sfumata, la loro qualificazione è in concreto rimessa alla Corte di Giustizia che ha, ad esempio, riconosciuto il principio di non discriminazione al pari di un diritto, in quanto tassativo e incondizionato. Inoltre, è stato riconosciuto effetto diretto orizzontale⁶ – che implica la disapplicazione della disciplina interna

⁵ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018; M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018.

⁶ M.E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020.

nelle controversie tra privati e la conseguente applicazione del diritto Ue, per come tali principi si declinano nelle direttive di volta in volta considerate – al principio di non discriminazione in ragione dell'età in quanto principio generale dell'ordinamento (sancito all'art. 21 CDFUE); al principio di non discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali (art. 21 CDFUE); al diritto alle ferie annuali retribuite e al diritto a un ricorso effettivo (artt. 31.2 e 47 CDFUE)⁷. Ciò significa, a livello nazionale italiano, che i giudici comuni si possono trovare a disapplicare la normativa interna in contrasto con la Carta, quando i suoi articoli non devono essere precisati mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale.

Alla luce di quanto appena ricordato, accanto alle implicazioni che si erano intraviste all'epoca della proclamazione della Carta, se ne sono messe a fuoco altre legate all'impatto dello sviluppo e della pervasività del diritto Ue sugli ordinamenti nazionali⁸. Il 'sistema di tutela multilivello dei diritti' si è rivelato cioè essere più problematico e meno ordinato del previsto, come, per esempio, hanno dimostrato sia la decisione di non includere il testo della Carta nei Trattati, ma di farvi solo un rinvio, sia le forti resistenze all'adesione della Ue alla Cedu (bloccata, almeno per il momento, dal parere della Corte di Giustizia 2/13⁹).

4. *La Carta e la politica migratoria*

Se è vero che tra gli scopi della Carta si annoverano quelli di accelerare il processo costituente europeo, di fissare delle condizioni da soddisfare per i Paesi candidati all'adesione, oltre che di fornire una protezione minima a chi vive sul territorio dell'Unione, è altrettanto vero che essa ha giocato un ruolo rilevante sull'interpretazione di atti concernenti la politica dell'immigrazione¹⁰, influenzando così sul regime di soggiorno e di trattamento

⁷ E. LONGO, *Il «volto umano» dell'Unione europea: passato e futuro dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020.

⁸ D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018.

⁹ S. NINATTI, *La concorrenza fra Carte vista da Lussemburgo. All'ombra del processo di adesione*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020.

¹⁰ Per es. si pensi al regolamento 2016/1624 che istituisce la Guardia di frontiera e costie-

riconosciuto agli immigrati (in particolare, in merito ai temi dell'espulsione, del divieto di *refoulement*, di ricongiungimento familiare, di rimpatri, ma anche di prestazioni sociali).

I riferimenti più importanti a questo riguardo sono rappresentati dagli artt. 4, 7, 15, 18 e 19 della Carta, rispettivamente in tema di proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, di diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione per i cittadini di paesi terzi autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri, di diritto al rispetto della vita privata e familiare, di diritto di asilo, di divieto di *refoulement*.

Provo a richiamare alcuni degli approdi più incisivi. La Corte di Giustizia, per esempio, ha affermato che lo Stato che procede all'espulsione è responsabile di violazione indiretta dell'art. 4 della Carta, tutte le volte in cui disponga il rimpatrio, pur sapendo che il trattamento cui l'interessato potrebbe essere sottoposto violerebbe l'art. 3 della CEDU (sentenze 21 dicembre 2011, *N.S.*; 14 novembre 2013, *Puid*; 10 dicembre 2013, *Abdullabi*); che l'allontanamento di un cittadino di paese terzo, affetto da una grave malattia, verso un paese nel quale non esistono terapie adeguate, violerebbe il principio di *non-refoulement* e, di conseguenza, «gli Stati membri non possono (...) procedere a tale allontanamento, conformemente all'articolo 5 della direttiva 2008/115, letto alla luce dell'articolo 19, paragrafo 2, della Carta» (sentenza 18 dicembre 2014, *Abdida*); che gli artt. 6 e 47 della Carta impongono, nell'attuazione della direttiva rimpatri (2008/115), che la decisione assunta dalle autorità competenti di prorogare il periodo di trattenimento del migrante già trattenuto per il periodo massimo iniziale vada «effettuata in forma scritta e con esposizione della relativa motivazione in fatto e in diritto» (sentenza 5 giugno 2014, *Mahdi*); che l'orientamento sessuale deve essere sempre accertato e valutato quale motivo di persecuzione ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato nel rispetto della Carta e, in particolare, del diritto al rispetto della dignità (art. 1) e del diritto al rispetto della vita privata e familiare (sentenza 2 dicembre 2014, *A, B, C*); che il divieto di respin-

ra europea, già Frontex, in base al quale le strategie ed attività della Guardia devono rispettare pienamente i diritti fondamentali sanciti dalla Carta. Si veda A. ADINOLFI, *La «politica comune dell'immigrazione» a cinque anni dal Trattato di Lisbona: linee di sviluppo e questioni aperte*, in S. AMADEO, F. SPITALERI, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 3 ss.; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea, Controllo delle frontiere, protezione internazionale, immigrazione regolare, rimpatri, relazioni esterne*, Torino, 2019.

gimento è espressione di un diritto fondamentale ex artt. 18 e 19.2 Carta (sentenza 24 giugno 2015, *HT*); che il rifiuto della richiesta di visto, così come articolato dal codice dei visti, deve prevedere la possibilità di ricorso giurisdizionale, alla luce del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo (art. 47 Carta) (sentenza 13 dicembre 2017, *El Hassani*); che non viene meno la protezione contro il respingimento anche qualora sia stato negato o revocato lo status di rifugiato in caso di pericolosità dell'individuo per la sicurezza dello stato membro o per la comunità di accoglienza (sentenza 14 maggio 2019, *M, X e X¹¹*); che la causa di esclusione debba essere comunque interpretata alla luce dei diritti fondamentali, in riferimento al livello di protezione minima approntato non solo dalla Convenzione di Ginevra, ma anche dall'art. 78, par. 1 del TFUE e dall'art. 18 della Carta; che il diniego di protezione sussidiaria non fa venire meno il divieto di respingimento dello straniero per gravi motivi di salute grazie all'art. 19.2 della Carta, interpretato alla luce dell'art. 3 Cedu (sentenze 18 dicembre 2014, *M'Bodj*; 24 aprile 2018, *MP*); che occorre valutare il diniego del diritto di soggiorno alla luce del diritto alla tutela della vita familiare previsto dalla Carta (sentenza 15 novembre 2011, *Dereci*); che, in forza dell'art. 34 della Carta (diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e all'assistenza sociale), anche lo straniero lungo soggiornante può accedere al sussidio per l'accesso alla casa (sentenza 24 aprile 2012, *Kamberaj*), decisione che ha avuto significative ricadute anche sulla giurisprudenza costituzionale italiana in tema.

Da ultimo non si può non ricordare la decisione con cui la Grande Camera (sentenza 14 maggio 2020, *FMS e FNZ*) ha bocciato le politiche messe in atto da Orbán sulle modalità di trattamento dei richiedenti asilo nelle zone di transito ai confini con la Serbia¹²: la possibilità per l'autorità amministrativa di modificare il paese di destinazione di una procedura di rimpatrio, senza che la persona destinataria possa proporre ricorso davanti ad un giudice, è in violazione dell'art. 13 della direttiva rimpatri letto in combinato disposto con l'art. 47 della Carta. È il giudice nazionale che è tenuto ad esaminare la legiti-

¹¹ F. CASOLARI, *La qualità di rifugiato al vaglio della Corte Ue: la ricostruzione dei diritti dei beneficiari di protezione internazionale nell'intreccio tra fonti sovranazionali e internazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2019.

¹² L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le 'zone di transito' ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, maggio 2020; S. ZIRULIA, *Riflessioni a margine di CGUE, Grande Camera, 14 maggio 2020, cause riunite C 924/19 e C 925/19 PPU (FMS e FNZ) e C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 21 novembre 2019, Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Sistema penale*, 2020.

timità del provvedimento, in base al diritto dell'Unione e al suo primato che implica di disapplicare la normativa interna non conforme all'art. 47 della Carta. La decisione si spinge a qualificare come detenzione illegale il trattamento dei richiedenti asilo presso la zona di transito di Röszke (conclusione cui non era giunta nemmeno la decisione della Corte Edu, sentenza 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*) e a stabilire l'obbligo di liberazione dei migranti trattenuti nella zona di transito.

Considerate le difficoltà e le perplessità tra le quali la Carta è stata proclamata, i risultati in tema di tutela del fenomeno migratorio appena ricordati inducono a dare un giudizio positivo di questi primi vent'anni e ad augurarsi che la Corte di Giustizia continui ad ampliare questo filone giurisprudenziale, corroborato dall'uso sapiente dei riferimenti alla Carta.

PARTE II: LA DIMENSIONE EUROPEA E INTERNAZIONALE

**LA RIFORMA DEL DIRITTO EUROPEO DELL'IMMIGRAZIONE
E DELL'ASILO NEL NUOVO PATTO**

READMISSION, VISA POLICY
AND THE “RETURN SPONSORSHIP” PUZZLE
IN THE NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM

Jean-Pierre Cassarino*

SUMMARY: 1. Linking readmission with visa policy? – 2. Lessons learned. – 3. The “peripheral centrality” of readmission. – 4. The “return sponsorship” puzzle.

1. *Linking readmission with visa policy?*

Chapter 6 of the New Pact on Migration and Asylum proposes, among other things, to create a conditionality between cooperation on readmission with third countries and the issuance of visas to their nationals. This conditionality was legally established in the 2019 revision of the Visa Code Regulation together with a series of provisions. The text of the 2019 revision of the Visa Code states that, given their politically sensitive nature, such provisions will be triggered once implementing powers are conferred to the Council (following a proposal from the Commission).

What do these measures entail? Firstly, EU consulates in third countries will not have the usual leeway to waive some documents required to apply for visas (Art. 14(6) Regulation (EC) No 810/2009). Secondly, visa applicants from uncooperative third countries will pay higher visa fees (Art. 16(1) Regulation (EC) No 810/2009). Thirdly, visa fees to diplomatic and service passports will not be waived (Art. 16(5)b Regulation (EC) No 810/2009). Fourthly, time to take a decision on the visa application will be longer than 15 days (Art. 23(1) Regulation (EC) No 810/2009). Fifthly, the issuance of multi-entry visas (MEVs) from 6 months to 5 years is temporarily suspended (Art. 24(2) Regulation (EC) No 810/2009 and Art. 24(2)c Regulation EU 2019/1155). In other words, these coercive measures are not aimed at sus-

* Senior Research Fellow, College of Europe, Warsaw.

pending visas. They are designed to make the procedure for obtaining a visa more lengthy, more costly, and limited in terms of access to MEVs.

Moreover, it is important to stress that the revision of the Visa Code Regulation mentions that the Union will strike a balance between “migration and security concerns, economic considerations and general external relations”. Consequently, measures (be they restrictive or not) will result from an assessment that goes well beyond migration management issues. The assessment will not be based exclusively on the so-called “return rate” that has been presented as a compass to reward or blame third countries’ cooperation on readmission. Other indicators or criteria, based on data provided by the Member States, will be equally examined by the Commission.¹ These other indicators pertain to “the overall relations” between the Union and its Member States, on the one hand, and a given third country, on the other. This broad category is not defined in the 2019 revision of the Visa Code, nor do we know what it precisely refers to.

2. *Lessons learned*

What do we know about this linkage? The idea of linking cooperation on readmission with visa policy is not new. It was first introduced at a bilateral level by some Member States. For example, fifteen years ago, cooperation on redocumentation, including the swift delivery of laissez-passers by the consular authorities of countries of origin, was at the centre of bilateral talks between France and North African countries. In September 2005, the French Ministry of the Interior proposed to “sanction uncooperative countries [especially Morocco, Tunisia and Algeria] by limiting the number of short-term visas that France delivers to their nationals.”² Sanctions turned out to be unsuccessful not only because of the diplomatic tensions they generated – they were met with strong criticisms and reaction on the part of North African countries – but also because the ratio between the number of laissez-passers requested by the French authorities and the number of laissez-passers delivered by North African countries’ authorities remained unchanged.

¹ OJEU, Regulation (EU) 2019/1155 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Regulation (EC) No 810/2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code), L 188/37.

² Excerpt from the discourse of former Minister of the Interior, Nicolas Sarkozy, addressed to French regional governors, dated Friday 9th September 2005.

At the EU level, the idea of linking readmission with visa policy has been in the pipeline for many years. Let's remember that, in October 2002, in its Community Return Policy, the European Commission reflected on the positive incentives that could be used in order to ensure third countries' constant cooperation on readmission. The Commission observed in its communication that, actually, "there is little that can be offered in return. In particular visa concessions or the lifting of visa requirements can be a realistic option in exceptional cases only; in most cases it is not."³ Therefore, the Commission set out to propose additional incentives (e.g. trade expansion, technical/financial assistance, additional development aid).

In a similar vein, in September 2015, after years of negotiations and failed attempt to cooperate on readmission with Southern countries, the Commission remarked that the possibility to use Visa Facilitation Agreements as an incentive to cooperate on readmission is limited in the South "as the EU is unlikely to offer visa facilitation to certain third countries which generate many irregular migrants and thus pose a migratory risk. And even when the EU does offer the parallel negotiation of a visa facilitation agreement, this may not be sufficient if the facilitations offered are not sufficiently attractive."⁴

More recently, in March 2018, in its Impact Assessment accompanying the proposal for an amendment of the Common Visa Code, the Commission itself recognised that "better cooperation on readmission with reluctant third countries cannot be obtained through visa policy measures alone."⁵ It also added that "there is no hard evidence on how visa leverage can translate into better cooperation of third countries on readmission."⁶

3. *The "peripheral centrality" of readmission*

Against this backdrop, why has so much emphasis been put on the link

³ EUROPEAN COMMISSION, *On a Community Return Policy on Illegal Residents*, COM (2002) 564 final, 14 October 2002, p. 24.

⁴ EUROPEAN COMMISSION, *EU Action Plan on Return*, COM (2015) 453 final, 9 September 2015, p. 14.

⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff working document, Impact Assessment accompanying the proposal for a regulation amending Regulation (EC) No 810/2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code)*, SWD (2018) 77 final, 14 March 2018, p. 26.

⁶ *Ibid.* p. 31.

between cooperation on readmission and visa policy in the revised Visa Code Regulation and later in the New Pact? The Commission itself recognised that this conditionality might not constitute a sufficient incentive to ensure the cooperation on readmission.

To reply to this question, we need first to question the oft-cited reference to third countries' "reluctance"⁷ in order to understand that cooperation on readmission is inextricably based on unbalanced reciprocities. Moreover, migration, be it regular or irregular, continues to be viewed as a safety valve to relieve pressure on unemployment and poverty in countries of origin. Readmission has asymmetric costs and benefits having economic social and political implications for countries of origin. Apart from being unpopular in Southern countries, readmission is humiliating, stigmatizing, violent and traumatic for a human being⁸, making readmitted migrants' process of reintegration extremely difficult, if not impossible, especially when countries of origin have often no interest in promoting reintegration programmes addressed to their nationals expelled from Europe.

Importantly, the conclusion of a bilateral agreement does not automatically lead to its full implementation in the field of readmission, for the latter is contingent on an array of factors that codify the bilateral interactions between two contracting parties. Today, more than 320 bilateral agreements linked to readmission have been concluded between the 27 EU Member States and third countries, at a global level (see graph below). Using an oxymoron, it is possible to argue that, over the past decades, various EU member states have learned that, if bilateral cooperation on readmission constitutes a central priority in their external relations (this is the official rhetoric), readmission remains peripheral to other strategic issue-areas which are de-

⁷ For a critical approach to the use and abuse of the notion of "reluctance" in the West, see A. ACHARYA, *How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism* in *International Organization*, vol. 58 n. 2, 2004, pp. 239-275; J.-P. CASSARINO, *Beyond the Criminalisation of Migration: A Non-Western Perspective* in *International Journal of Migration and Border Studies*, vol. 4, n. 4, 2018, pp. 397-411; M. CEBECI, *Deconstructing "Ideal Power Europe": The EU and the Arab Change*, London, 2019.

⁸ Among many others, see U. VON LERSNER, Th. ELBERT and F. NEUNER, *Mental health of refugees following state-sponsored repatriation from Germany* in *BMC Psychiatry*, n. 8, 2008. L. SCHUSTER and N. MAJIDI, *Deportation stigma and re-migration* in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 41, n. 4, 2015, pp. 635-652. J. ALPES, Ch. BLONDEL, N. PREISS and M. SAYOS MONRAS, *Post-deportation risks for failed asylum-seekers* in *Forced Migration Review* 2017, p. 54.

tailed below. Finally, unlike some third countries in the Balkans or Eastern Europe, Southern third countries have no prospect of acceding to the EU bloc, let alone having a visa-free regime, at least in the foreseeable future. This basic difference makes any attempt to compare the responsiveness of the Balkan countries to cooperation on readmission with Southern non-EU countries' impossible, if not spurious.

Today, patterns of interdependence between the North and the South of the Mediterranean are very much consolidated. Over the last decades, Member States, especially Spain, France, Italy and Greece, have learned that bringing pressure to bear on uncooperative third countries needs to be evaluated cautiously lest other issues of high politics be jeopardized. Readmission cannot be isolated from a broader framework of interactions including other strategic, if not more crucial, issue-areas, such as police cooperation on the fight against international terrorism, border control, energy security and other diplomatic and geopolitical concerns. Nor can bilateral cooperation on readmission be viewed as an end in itself, for it has often been grafted onto a broader framework of interactions.

4. *The "return sponsorship" puzzle*

This point leads to a final remark regarding "return sponsorship" which is detailed in Art. 55 of the proposal for a regulation on asylum and migration management.⁹ In a nutshell, the idea of the European Commission consists in a commitment from a "sponsoring Member State" to assist another Member State (the benefitting Member State) in the readmission of a third-country national. This mechanism foresees that each Member State is expected to indicate the nationalities for which they are willing to provide support in the field of readmission. The sponsoring Member State offers an assistance by mobilizing its network of bilateral cooperation on readmission, or by opening a dialogue with the authorities of a given third country where the third-country national will be deported. If, after eight months, attempts are unsuccessful, the third-country national is transferred to the sponsoring Member State.

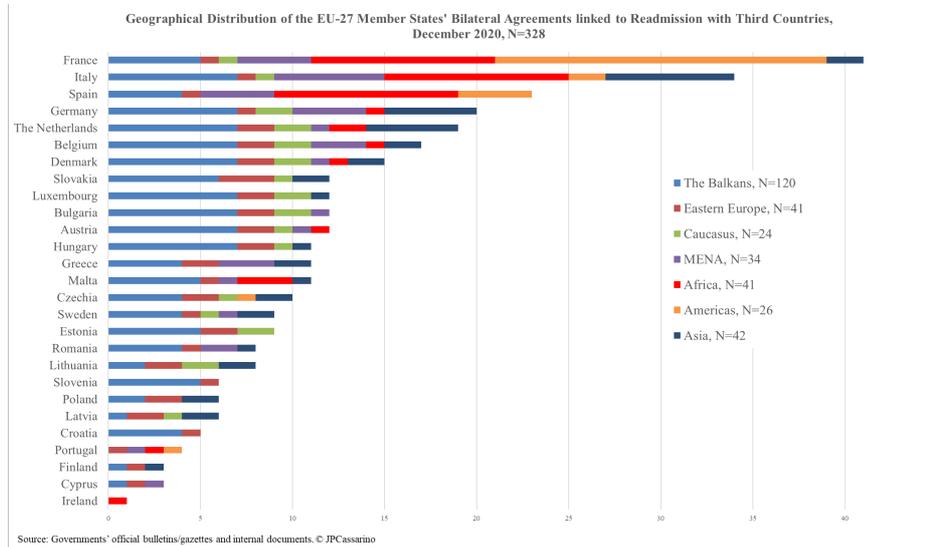
Viewed from a non-EU perspective, namely from the point of view of

⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Asylum and Migration Management and Amending Council Directive (EC) 2003/109, COM/2020/610 final, 23 September 2020.*

third countries, this mechanism might raise some questions of competence and relevance. Which consular authorities will undertake the identification process of the third-country national with a view to eventually delivering a travel document? Are we talking about the third country's consular authorities located in the territory of the benefitting Member State or in the sponsoring Member State's? In a similar vein, why would a bilateral agreement linked to readmission – concluded with a given 'sponsoring' Member State – be applicable to a 'benefitting' Member State (with which no bilateral agreement or arrangement has been signed)? Such territorially bounded contingencies will invariably be problematic, at a certain stage, from the viewpoint of third countries. Additionally, in acting as a sponsoring Member State, one is entitled to wonder why an EU Member State might decide to expose itself to increased tensions with a given third country while putting at risk a broader framework of interactions.

As the graph shows, not all the EU Member States are equally engaged in bilateral cooperation on readmission with third countries. Moreover, a geographical distribution of available data demonstrates that more than 70 per cent of the total number of bilateral agreements linked to readmission (be they formal or informal¹⁰) concluded with African countries are covered by France, Italy and Spain. Over the last decades, these three Member States have developed their respective networks of cooperation on readmission with a number of countries in Africa and in the Middle East and North Africa (MENA) region.

¹⁰ On the informalization of agreements and its implications for access to fundamental rights, see M. GIUFFRÉ, *The Readmission of Asylum Seekers under International Law*, Oxford, 2020, pp. 160-170. See also, V. MORENO-LAX, *EU External Migration Policy and the Protection of Human Rights*, Brussels, 2020, pp. 25-28. And also S. CARRERA, *Implementation of EU Readmission Agreements: Identity Determination Dilemmas and the Blurring of Rights*, Heidelberg, 2016.



Given the existence of these consolidated networks, the extent to which the “return sponsorship” proposed in the Pact will add value to their current undertakings is objectively questionable. Rather, if the “return sponsorship” mechanism is adopted, these three Member States might be deemed to act as sponsoring Member States when it comes to the expulsion of irregular migrants (located in other EU Member States) to Africa and the MENA region. More concretely, the propensity of, for example, Austria to sponsor Italy in expelling from Italy a foreign national coming from the MENA region or from Africa is predictably low. Austria’s current networks of cooperation on readmission with MENA and African countries would never add value to Italy’s consolidated networks of cooperation on readmission with these third countries. Moreover, it is unlikely that Italy will be proactively “sponsoring” other Member States’ expulsion decisions, without jeopardising its bilateral relations with other strategic third countries located in the MENA region or in Africa, to use the same example. These considerations concretely demonstrate that the European Commission’s call for “solidarity and fair sharing of responsibility”, on which its “return sponsorship” mechanism is premised, is contingent on the existence of a *federative* Union able to act as a unitary supranational body in domestic and foreign affairs. This federation does not exist in political terms.

Beyond these practical aspects, it is important to realise that the cobweb of bilateral agreements linked to readmission has expanded as a result of tremendously complex bilateral dynamics that go well beyond the mere

management of international migration.¹¹ Bilateralism remains and will remain a predominant feature of this expanding cobweb, especially with reference to third countries located in Africa and in the MENA region¹², because of the unequal costs and benefits cooperation on readmission invariably generates, and because the latter is contingent on a much broader cooperative framework involving other strategic issue-areas often unrelated to migration-management matters. These remarks are crucial to understanding that we need to reflect properly on the conditionality pattern that has driven the external action of the EU, especially in a regional context where patterns of interdependence among state actors have gained so much relevance over the last two decades. Moreover, given the clear consensus on the weak correlation between cooperation on readmission and visa policy (the European Commission being no exception to this consensus), linking the two might not be the adequate response to ensure third countries' cooperation on readmission, especially when the latter are in position to capitalize on their strategic position with regard to some EU Member States.¹³

To conclude, the puzzle of the “return sponsorship” mechanism shows that readmission agreements or arrangements are no panacea, for the vested interests of third countries must also be taken into consideration when it comes to cooperation on readmission. In this respect, it is telling that the Commission never consulted third countries on the new return sponsorship mechanism, as if their territories were not concerned by this mechanism, which is far from being the case. Consequently, it is legitimate to imagine

¹¹ J.-P. CASSARINO, ed., *Unbalanced Reciprocities: Cooperation on Readmission in the Euro-Mediterranean Area*, Washington, 2010.

¹² F. ZARDO and Ch. LOSCHI, *EU-Algeria (non)Cooperation on Migration: A Tale of Two Fortresses in Mediterranean Politics*, 2020, pp. 1-22.

¹³ See, among others, C. PHUONG, *Building a community return policy with third countries: An equal partnership?* in A. BALDACCINI, E. GUILD, and H. TONER, eds., *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*, Oxford, 2007, pp. 337–357. See also, E. PAOLETTI, *The migration of power and North-South inequalities: The case of Italy and Libya*. New York, 2011. A. IÇDUYGU and B. A. DAMLA, *Two-to-tango in migration diplomacy: Negotiating readmission agreement between the EU and Turkey* in *European Journal of Migration and Law*, vol. 16, n. 3, 2014, pp. 336–362. S. WOLFF, *The politics of negotiating EU readmission agreements: Insights from Morocco and Turkey* in *European Journal of Migration and Law*, vol. 16, n. 1, 2014, pp. 69–95. N. EL QADIM, *Le gouvernement asymétrique des migrations: Maroc/Union européenne*, Paris, 2015. A. G. YILDIZ, *The European Union's immigration policy: Managing migration in Turkey and Morocco*, London, 2016. J.-P. CASSARINO, *Approaching Borders and Frontiers in North Africa* in *International Affairs*, vol. 93, n. 4, 2017: 883-896.

that the main rationale for the return sponsorship mechanism may be shaped by domestic concerns. In other words, the return sponsorship – which transforms itself into a form of relocation after eight months if the third-country national is not expelled from the EU territory – subtly takes non-frontline European states out of their comfort-zone and engage them in cooperating on expulsions. If they fail to do so, namely if the third-country national is not expelled after eight months, non-frontline European states are as it were ‘forcibly’ engaged in a ‘solidarity practice’ that is conducive to relocation. Given the disappointing past experience of the 2015 relocations¹⁴, the extent to which this mechanism will ever be adopted is quite uncertain.

¹⁴ M. SAVINO, *On Failed Relocation and Would-be Leviathans: Towards the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiMblog, Case Law Commentary*, July 2020.

EFFICACIA DEI RIMPATRI
E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
E DELLA DIGNITÀ DEI MIGRANTI:
QUALE EQUILIBRIO NELLE PROSPETTIVE
DI RIFORMA DELLA DIRETTIVA RIMPATRI?

Rossana Palladino*

SOMMARIO: 1. L'obiettivo di rafforzamento dell'efficacia dei rimpatri nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo: ripartire dalla proposta di rifusione della direttiva rimpatri. – 2. Rischio di fuga, rimpatri volontari e trattenimento. – 3. L'obbligo di cooperazione. – 4. Il raccordo tra asilo e rimpatrio. In particolare, la nuova procedura di frontiera. – 5. Quale equilibrio tra efficacia e tutela dei diritti dei cittadini di paesi terzi soggetti a rimpatrio?

1. *L'obiettivo di rafforzamento dell'efficacia dei rimpatri nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo: ripartire dalla proposta di rifusione della direttiva rimpatri*

Tra la molteplicità di obiettivi e misure individuati dal “Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo” del 23 settembre 2020¹, la Commissione europea rinnova l'obiettivo di una gestione dell'immigrazione irregolare che punti ad una maggiore efficacia. Ciò sulla scorta di dati che collocano la misura dell'esecuzione effettiva dei rimpatri ad un terzo rispetto alle decisioni emesse nei confronti di cittadini di paesi terzi in situazione di irregolarità.

Sulla scia dei precedenti sforzi della Commissione² atti proprio ad assicu-

* Ricamatore di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Salerno.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europea e al Comitato delle Regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, Bruxelles, 23 settembre 2020, COM(2020) 609 final. Tra i primi commenti, M. BORRACETTI, *Il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo e la sua (solo) annunciata discontinuità*, in *diritticomparati.it*, 5 novembre 2020; P. DE PASQUALE, *Il Patto sulla migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post AISDUE II*, 2020, *aisdue.eu*, 5 ottobre 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo Patto per l'immigrazione e asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus.it*, 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: “c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico”*, in *Questione giustizia*, 2 ottobre 2020.

² Vd. Il Piano d'azione rinnovato sui rimpatri (Comunicazione della Commissione al Par-

rare un maggiore grado di efficacia dei rimpatri, viene prospettato lo sviluppo di un “sistema europeo comune per i rimpatri”, fondato sulla combinazione di misure di diversa natura (il rafforzamento delle strutture all’interno dell’Unione europea, la maggiore cooperazione con i paesi terzi in materia di rimpatri e riammissioni, un efficace sostegno operativo attraverso Frontex).

Il principale strumento per lo sviluppo di un sistema europeo comune per i rimpatri è individuato nella rifusione della cd. direttiva rimpatri attualmente in vigore³, sulla base giuridica rappresentata dall’art. 79, par. 2, lett. c), del TFUE.

All’uopo, la Commissione mira a ripartire dalla proposta di rifusione della direttiva rimpatri già formulata nel 2018⁴, con l’obiettivo di fare fronte ad alcune problematiche ritenute strettamente connesse alla scarsa efficacia dei rimpatri. È su di essa che, quindi, va incentrata questa breve riflessione, rappresentando la “base di partenza” delle modifiche che interesseranno la disciplina dei rimpatri, tenendo altresì conto degli sviluppi dell’*iter* decisionale che avevano, in particolare, visto il Consiglio esprimersi tramite un *Partial General Approach* nel maggio 2019⁵.

lamento europeo e al Consiglio, Per una politica dei rimpatri più efficace nell’Unione europea – Un piano d’azione rinnovato, Bruxelles, 23.2017, COM(2017) 200 final); la Raccomandazione (UE) 2017/432 del 7 marzo 2017, per rendere i rimpatri più efficaci nell’attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; un rinnovato Manuale comune sul rimpatrio (Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione del 16 novembre 2017, che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell’espletamento dei compiti connessi al rimpatrio, in GUUE L 339 del 19.12.2017).

³ 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 dicembre 2008.

⁴ Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), Bruxelles, 12.9.2018, COM(2018) 634 final. Si vedano J. KILPATRICK, *The revised Return Directive: a dangerous attempt to step up deportations by restricting rights*, Statewatch Analysis, settembre 2019; I. MAJCHER, *The European Union Returns Directive and its Compatibility with International Human Rights*, Leiden-Boston, 2019; E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2020, pp. 117-139.

⁵ Consiglio dell’Unione europea, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) – Partial general approach, 9620/19, 23.5.2019.

Essa va ad incidere sulla disciplina affidata alla direttiva 2008/115, che, in nome dell'ancoraggio alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti, individua una pluralità di modalità per eseguire l'allontanamento, caratterizzate dalla gradualità crescente nell'uso delle misure coercitive, che vanno dalla partenza volontaria all'accompagnamento coattivo. È tuttavia noto che la direttiva 2008/115, nell'affrontare aspetti particolarmente delicati e centrali delle politiche migratorie degli Stati membri, abbia consegnato un testo "di compromesso", foriero di aspre critiche in ordine alla effettiva capacità di porsi quale giusto punto di equilibrio tra le logiche statuali e la tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti.

È nella stessa ottica della tenuta di siffatto equilibrio che si possono qui svolgere alcune considerazioni in ordine alla rifusione della direttiva rimpatri, limitatamente alle principali novità prospettate.

2. *Rischio di fuga, rimpatri volontari e trattenimento*

Uno degli elementi di novità più significativi è rappresentato dalla definizione del rischio di fuga, che potrebbe avere il pregio di sostituire la nozione "aperta" (ex art. 3, punto 7 della direttiva 2008/115), criticabile per l'ampio margine di discrezionalità lasciato alle legislazioni nazionali nella fissazione di "criteri oggettivi". Tuttavia, essa si sostanzia in una elencazione di criteri – non esaustiva e, dunque, ulteriormente integrabile da parte degli Stati membri – che ricomprende una varietà estesa di ipotesi dall'ampia formulazione, suscettibili di comprimere eccessivamente il rimpatrio volontario e di estendere i presupposti per il trattenimento. In tal senso, spiccano tra le 14 ipotesi previste nell'elencazione di cui all'art. 6 della proposta di refusione: la "mancanza di documenti che comprovino l'identità", la "mancanza di domicilio, di fissa dimora o di un indirizzo affidabile", la "mancanza di risorse finanziarie" nonché l'"ingresso irregolare nel territorio degli Stati membri".

L'elencazione appare, allora, stridere con l'impianto della direttiva, basato sulla gradazione degli strumenti di coercizione, determinando in primo luogo una applicazione meno ampia della partenza volontaria, interessata nel suo complesso da modifiche atte a ridurne la portata. Viene, infatti, eliso il

In seno alla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (Commissione LIBE) del Parlamento europeo, si registrano due progetti di relazione della relatrice Tineke Strik del 21.2.2020 e del 28.9.2020. Il Comitato economico e sociale europeo ha espresso un parere nel gennaio del 2019 (2019/C 159/08, in GUUE C 159 del 10.5.2019).

periodo minimo di 7 giorni per la partenza volontaria, per cui potrebbero essere concessi periodi molto brevi e inadeguati a consentire effettivamente la partenza volontaria. Inoltre, all'attuale facoltà per gli Stati membri dell'UE di concedere la partenza volontaria nelle tre ipotesi previste dal par. 4 dell'art. 9, tra cui il rischio di fuga, si sostituisce una preclusione.

In secondo luogo, la nozione ampia di rischio di fuga incide anche sul trattenimento ai fini dell'allontanamento (ai sensi dell'attuale art. 15). In quanto misura incidente sulla libertà personale degli stranieri (art. 5 CEDU e art. 6 Carta dei diritti fondamentali dell'UE), il trattenimento dovrebbe essere disposto solo come *ultima ratio*, ossia solo laddove misure alternative meno invasive non siano efficaci. La declinazione così ampia del rischio di fuga pare mal conciliarsi con siffatto principio, rischiando di condurre all'utilizzo del trattenimento quale misura generalizzata e diffusa.

Al fine di una corretta applicazione del rischio di fuga quale criterio atto ad applicare il trattenimento, preme sottolineare che tali elementi dovrebbero essere considerati come "indicativi" e di per sé non determinanti, dovendosi ritenere esclusa qualunque forma di automatismo tra la sussistenza degli elementi stessi e il ricorso al trattenimento. A tal proposito, il conforto al dato normativo è offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dalla quale si evince che ogni valutazione inerente alla sussistenza del rischio di fuga deve fondarsi su un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato⁶.

Su tale linea, nel testo di rifusione (art. 6, par. 2) viene precisato che la sussistenza di un rischio di fuga è determinata sulla base di una valutazione complessiva delle circostanze specifiche del caso individuale. Va, però, evidenziato che in alcune ipotesi il rischio di fuga è presunto, fino a prova contraria. Sul punto, si segnala una variazione nel *Partial General Approach* del Consiglio, che, da una parte, non considera queste ipotesi di presunzione come obbligatorie ma facoltative ma, dall'altra parte, propone un ampliamento dell'elenco, ricomprendendo anche l'ingresso irregolare. Il che può considerarsi non perfettamente in linea con il principio secondo cui le decisioni dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, "non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare"⁷.

Il ricorso al trattenimento si amplia, poi, attraverso l'introduzione del

⁶ CGUE, sentenza del 6 dicembre 2012, *Md Sagor*, C-430/11, EU:C:2012:777, punto 41.

⁷ V. considerando 6 della direttiva rimpatri e CGUE, sentenza del 5 giugno 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punto 40.

motivo dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale (art. 18, par. 1, lett. c), della proposta di refusione), ipotesi che non trova definizione univoca all'interno della direttiva. Sono, infatti, gli Stati a determinare le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, in relazione alle variabili esigenze nazionali. L'ampio margine di discrezionalità lasciato alle autorità degli Stati membri ha trovato valorizzazione anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, laddove si sottolinea che non ogni riferimento, da parte del legislatore dell'Unione, alla nozione di "minaccia per l'ordine pubblico" deve necessariamente essere inteso nel senso che esso rinvia esclusivamente a un comportamento individuale che rappresenta una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società dello Stato membro interessato⁸. È tuttavia fondamentale contestualizzare il trattenimento come eccezionale compressione della libertà personale e quindi intendere le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza nazionale in senso restrittivo. All'uopo può richiamarsi nuovamente l'orientamento della Corte di giustizia secondo cui la portata delle esigenze di ordine pubblico e sicurezza nazionale "non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione"⁹.

3. *L'obbligo di cooperazione*

Sempre nell'ottica del rafforzamento dell'efficacia delle procedure di rimpatrio, la proposta di refusione introduce uno specifico obbligo di cooperazione, con lo scopo di stabilire chiare responsabilità in capo ai cittadini di Paesi terzi in situazione di irregolarità.

L'art. 7 individua una pluralità di doveri che incombono in capo ai cittadini di paesi terzi, in specie: il dovere di fornire tutti gli elementi necessari a stabilire o verificare l'identità; il dovere di fornire informazioni sui paesi terzi attraversati; il dovere di rimanere presenti e a disposizione durante l'intero corso delle procedure; nonché il dovere di presentare richiesta alle autorità competenti dei paesi terzi al fine di ottenere un documento di viaggio valido.

⁸ CGUE, sentenza del 12 dicembre 2019, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid c. E.P.*, C-380/18, EU:C:2019:1071. Sull'interpretazione di questa giurisprudenza, v. M. SAVINO, *On failed relocation and would-be Leviathans: Towards the New Pact on Migration and Asylum*, in ADiM Blog, luglio 2020, (adimblog.com).

⁹ CGUE, sentenza dell'11 giugno 2015, *Z.Zh. c. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie e Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie c. I.O.*, C-554/13, EU:C:2015:377.

A ciò si aggiungano gli ulteriori doveri individuati dal *Partial General Approach*, che ancor più inaspriscono l'obbligo di cooperazione: si fa riferimento in particolare al dovere del cittadino di paese terzo di fornire i dati biometrici, oltre che un indirizzo affidabile, nonché tutte le informazioni e le dichiarazioni necessarie per ottenere un documento di viaggio valido.

L'enumerazione di siffatti doveri rileva evidentemente quanto alle conseguenze in caso di loro mancato rispetto. In primo luogo, il cittadino di paese terzo che viene meno agli obblighi di cooperazione non può godere delle misure di assistenza, che comprendono il sostegno alla reintegrazione nel paese terzo di rimpatrio (art. 14 della proposta di rifusione).

In secondo luogo, il mancato rispetto dell'obbligo di cooperazione produce conseguenze in relazione al rimpatrio volontario e al trattenimento: infatti, la sua inosservanza – stando alla posizione del Consiglio espressa nel *Partial General Approach* – va ad integrare una delle ipotesi di presunzione di “rischio di fuga” (art. 6, lett *j*), della proposta di refusione), generando le criticità già evidenziate *supra*.

4. *Il raccordo tra asilo e rimpatrio. In particolare, la nuova procedura di frontiera*

Sul presupposto che la gran parte delle decisioni di rimpatrio sono determinate dalla situazione di irregolarità in cui vengono a trovarsi richiedenti protezione internazionale a seguito del rigetto della relativa domanda di protezione, nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo è messa in più momenti in luce la necessità di un maggiore raccordo tra la disciplina dell'asilo e quella del rimpatrio.

Siffatta impostazione concorda con alcune modifiche proposte dalla Commissione nel testo di rifusione della direttiva rimpatri del 2018. Innanzitutto, l'art. 8, par. 6, della proposta prescrive agli Stati membri di emettere una decisione di rimpatrio nei confronti del cittadino di un paese terzo immediatamente dopo l'adozione della decisione che pone fine al soggiorno regolare, in specie alla decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale ai sensi di quello che sarà il nuovo regolamento qualifiche.

Tale raccordo ha, poi, riflessi sotto il profilo procedurale, conducendo complessivamente ad una compressione delle garanzie dei rimpatriandi. Infatti, qualora la decisione di rimpatrio sia basata su una decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale che sia stata già oggetto di un riesame giudiziario effettivo (in conformità al futuro regolamento procedu-

re), è concesso il diritto di ricorso avverso la decisione di rimpatrio limitatamente ad un solo grado di giudizio¹⁰. Inoltre, è previsto un periodo non superiore a 5 giorni per poter presentare ricorso avverso la decisione di rimpatrio se tale decisione è conseguenza della decisione definitiva di rigetto di una domanda di protezione internazionale. Si tratta di un periodo brevissimo che non appare “materialmente sufficiente per la preparazione di un ricorso giurisdizionale efficace”¹¹.

Improntata alla rapidità è anche un’ apposita procedura che è prefigurata nel Nuovo Patto e di cui vi è già traccia nella proposta di rifusione della direttiva rimpatri del 2018. Quale esito della procedura di accertamento pre-ingresso, nel Nuovo Patto (punto 2.1.) è illustrata una “procedura di frontiera fluida” che comprende gli accertamenti preliminari all’ingresso, una procedura di asilo e, se del caso, una procedura di rimpatrio rapido, combinando in tal modo procedimenti attualmente distinti.

Quanto alle modifiche che dovrebbero interessare la direttiva rimpatri, può prendersi in considerazione la “procedura di frontiera” disciplinata nell’art. 22 della proposta di refusione. Essa, appunto, impone agli Stati membri di stabilire procedure di rimpatrio applicabili ai cittadini di paesi terzi in seguito alla decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale.

Nel caso delle procedure di frontiera, “di regola” il periodo per la partenza volontaria non è concesso, salvo nell’ipotesi in cui i cittadini di paesi terzi siano in possesso di un documento di viaggio valido e rispettino l’obbligo di cooperare con le autorità degli Stati membri. Inoltre, gli Stati possono prolungare il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale la cui domanda sia stata respinta, purché fossero già trattenuti ai sensi della direttiva accoglienza (art. 22, par. 7, della proposta di rifusione).

Sotto il profilo procedurale, gli Stati membri concedono un periodo molto breve – non superiore a 48 ore (nella proposta della Commissione) oppure compreso tra 48 ore ed una settimana (nella versione proposta dal Consiglio nel *Partial General Approach*) – per presentare ricorso avverso le decisioni di rimpatrio basate sulla decisione definitiva di rigetto di una domanda di protezione internazionale alla frontiera o in zone di transito degli Stati membri.

Il ricorso non produce generalmente effetto sospensivo sull’esecuzione

¹⁰ CGUE, sentenza del 26 settembre 2018, X., C-175/17, EU:C:2018:776.

¹¹ CGUE, sentenza del 28 luglio 2011, *Brabim Samba Diouf*, C-69/10, EU:C:2011:524, punto 66. Sull’autonomia procedurale degli Stati e sul rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, v. poi CGUE, sentenza del 9 settembre 2020, *JP*, C-651/19, EU:C:2020:681.

della decisione di rimpatrio, salvo che sussista un rischio di violazione del principio di *non refoulement* e subordinatamente al realizzarsi di alcune condizioni: che, dopo la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale, siano emersi, o siano stati adottati dal cittadino di paese terzo, elementi o risultanze nuove che modifichino sostanzialmente le circostanze specifiche del caso individuale; oppure che la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale non sia stata oggetto di un riesame giudiziario effettivo.

Nel complesso, in nome della speditezza e della rapidità, anche l'introduzione della procedura di frontiera sembra porsi quale elemento di sbilanciamento dell'impianto sotteso alla direttiva, comportando l'elisione della partenza volontaria e l'ampliamento dell'ambito di applicazione di misure privative della libertà personale. Inoltre, le previsioni che si intende introdurre paiono comportare una compressione delle garanzie procedurali, rischiando di compromettere l'accesso a un ricorso effettivo, che trova tutela nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹².

5. *Quale equilibrio tra efficacia e tutela dei diritti dei cittadini di paesi terzi soggetti a rimpatrio?*

Nel Nuovo Patto, l'obiettivo del rafforzamento dell'efficacia dei rimpatri pervade con carattere prioritario e "trasversale" tutti gli ambiti tematici affrontati. *Prima facie*, per il raggiungimento di tale obiettivo, la Commissione intende accordare un rilievo "fondamentale" alla promozione del rimpatrio volontario (v. punto 2.5. della Comunicazione della Commissione). Di questa linea può trovarsi già traccia nella proposta di rifusione della direttiva rimpatri del 2018, che prevede l'istituzione di programmi, demandati agli Stati membri, volti a sostenere (anche a fini di reintegrazione) il rimpatrio volontario dei cittadini di paesi terzi in situazione di irregolarità (art. 14 della proposta della Commissione).

Ma, analizzando più nel dettaglio la proposta di rifusione, può riscontrarsi che numerose modifiche al testo attualmente in vigore determinano la compressione della partenza volontaria, quale "regola base" per il rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari. Se è vero che, in pratica, essa ha trovato difficile applicazione, è pur vero che la "regola" sostitutiva del trattenimento

¹² V. anche FRA Opinion – 1/2019, *The recast Return Directive and its fundamental rights implications*, Vienna, 10 January 2019, p. 32.

e del rimpatrio forzato rischia di incontrare analoghe difficoltà pratiche, in considerazione dell'esiguità dei posti nei centri di detenzione e della scarsa effettività dei rimpatri forzati.

Si evidenzia, poi, un'incrinatura dell'impianto della disciplina dei rimpatri e del principio di proporzionalità che, nell'insegnamento della Corte di giustizia¹³, deve essere garantito nel corso di tutte le fasi della procedura di rimpatrio e a cui è, appunto, ricollegata la concessione di un periodo per la partenza volontaria. Più in generale, la compressione riguarda anche il corredo di "garanzie giuridiche comuni", atte ad assicurare un giusto equilibrio tra l'efficacia della politica di rimpatrio e la tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei cittadini di paesi terzi soggetti a rimpatri. Esemplificative sono le modifiche, qui analizzate, che tendenzialmente conducono ad un'applicazione generalizzata delle misure privative della libertà personale, nonché quelle che limitano le garanzie procedurali anche nell'ambito della nuova procedura di frontiera.

Se la proposta di rifusione del 2018 rappresenta, come si è detto, la "base di partenza" per la riscrittura delle nuove regole sui rimpatri, un riequilibrio delle diverse istanze sottese alla disciplina europea potrebbe trovare spazio in seno al Parlamento europeo. Una linea di maggiore garanzia dei diritti dei cittadini di paesi terzi soggetti alla procedura di rimpatrio è emersa, infatti, in seno alla Commissione LIBE, in particolare nel progetto di Relazione del febbraio 2020. Condivisibile è, ad esempio, l'emendamento volto alla soppressione dell'art. 6 della proposta di rifusione, in considerazione del lungo elenco e dell'ampia formulazione delle ipotesi di "rischio di fuga", talora integranti una presunzione di sussistenza del rischio stesso. Auspicabile è anche una modifica dell'art. 7 della proposta di rifusione (obbligo di cooperazione), che, sposando il principio della reciproca cooperazione tra rimpatriando e autorità preposte al rimpatrio, potrebbe contemplare gli obblighi di informazione degli Stati membri in ordine a tutte le fasi della procedura, ricomprendendo anche il diritto ad essere ascoltato, così come previsto dalla Corte di giustizia¹⁴.

In ultimo, un reale riequilibrio delle istanze di efficacia e quelle di tutela dei diritti dei rimpatriandi discenderebbe dalla più compiuta disciplina, a livello europeo, del trattenimento dei migranti – che all'epoca dell'adozione della direttiva 2008/115/CE le valse l'appellativo di "direttiva della vergogna" – e specialmente delle misure alternative meno coercitive. Una più pre-

¹³ CGUE, sentenza del 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punto 41.

¹⁴ CGUE, sentenza dell'11 dicembre 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431.

cisa definizione di queste ultime, così come l'introduzione di un attento scrutinio in ordine alla loro prioritaria applicazione, varrebbe infatti a circoscrivere il ricorso ad una misura limitativa della libertà personale sancita nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 6) e subordinata al rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità (art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali).

THE 2020 PROPOSALS FOR PRE-ENTRY SCREENING
AND AMENDED BORDER PROCEDURES:
A SYSTEM OF REVOLVING DOORS TO ENTER
(AND LEAVE) EUROPE?

Luisa Marin*

SUMMARY: 1. Externalization policies in 2020: where is the European territory? – 2. The proposal for a pre-entry screening regulation: strengthening the Europe of borders and confinement? – 3. The proposal for new border procedures: a system of revolving doors to enter (and leave) the EU? – 4. Conclusions: a ‘lower density’ European territory?

1. *Externalization policies in 2020: where is the European territory?*

In spite of a Commission’s rhetoric stressing the novel elements¹ of the Pact on Migration and Asylum (hereinafter: the Pact),² there are good reasons to argue that the Pact develops and consolidates, among others, the existing trends on externalization policies of migration control.³ Furthermore, it tries to create new avenues for a ‘smarter’ system of management of immigration, by additionally controlling access to the European territory of third country nationals (TCNs), and by creating different categories of migrants,

* Marie Curie Fellow, European University Institute, Florence. Luisa Marin acknowledges funding from the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme, Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 891762. The views expressed here do not engage the funding institution.

¹ EUROPEAN COMMISSION, Press Release: A fresh start on migration: Building confidence and striking a new balance between responsibility and solidarity, 23.9.2020.

² EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, COM (2020) 609 final, 23.9.2020.

³ Cf D. THYM, ‘European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the ‘New’ Pact on Migration and Asylum’, in EU Immigration and Asylum Law and Policy blog, 28.9.2020. On externalization, see M. CREMONA, J. MONAR, S. POLI, *The External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice*, Bruxelles, 2011; E. GUILD, S. CARRERA, T. BALZACQ, *The Changing Dynamics of Security in an Enlarged European Union*, CEPS Challenge Programme, Research Paper n° 12, 2008.

which are then subject to different legal regimes which find application in the European territory.

The consolidation of existing trends concerns the externalization of migration management practices, resort to technologies in developing migration control systems (further development of Eurodac, completion of the path toward full interoperability between IT systems), and also the strengthening of the role of the European executive level, via increased joint management involving European agencies: these are all policies that find in the Pact a strengthening.

This brief will focus on externalization (practices), a concept which is finding a new declination in the Pact: indeed, the Pact and several of the measures proposed, read together, are aiming at ‘disentangling’ the territory of the EU, from a set of rights which are related with the presence of the migrant or of the asylum seeker on the territory of a state of the EU, and from the relation between territory and access to a jurisdiction, which is necessary to enforce rights which otherwise remain on paper.

Interestingly, this process of separation between territory, on one side, and a system of law which guarantees rights and access to a jurisdiction, functional to enforce those rights, takes place not outside, but within the EU: this is the new declination of externalization which one can find in the measures proposed in the Pact, namely with the proposal for a Screening Regulation and the amended proposal for a Procedure Regulation.⁴ It is no accident that other commentators have interpreted it as a consolidation of ‘fortress Europe’⁵. In other words, this externalization process takes place within the EU and aims at making the external borders more effective also for the TNCs who are already in the territory of the EU.

⁴ Respectively, EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817 (hereinafter: Proposal Screening Regulation), COM (2020) 612 final, 23.9.2020; EUROPEAN COMMISSION, Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive. 2013/32/EU (hereinafter: Amended Proposal Procedure Regulation), COM (2020) 611 final, 23.9.2020.

⁵ F. Spinelli, Fortress Europe raises the drawbridge, Voxeurop, 7.10.2020.

2. *The proposal for a pre-entry screening regulation: strengthening the Europe of borders and confinement?*

A first instrument which is having a pivotal role in the consolidation of the externalization trend is the proposed Regulation for a screening of third country nationals (hereinafter: Proposal Screening Regulation), which will be applicable to migrants crossing the external borders without authorization. The aim of the screening is to ‘accelerate the process of determining the status of a person and what type of procedure should apply’.⁶ More precisely, the screening ‘should help ensure that the third country nationals concerned are referred to the appropriate procedures at the earliest stage possible’ and also to avoid absconding after entrance in the territory in order to reach a different state than the one of arrival.⁷ The screening should contribute as well to curb secondary movements, which is a policy target highly relevant for many northern and central European states.

In the new design, the screening procedure becomes the ‘standard’ for all TNCs who crossed the border in irregular manner, also for persons who are disembarked following a SAR operation, and for those who apply for international protection at the external border crossing points or in transit zones; with the screening Regulation, all these categories of persons shall not be allowed to enter the territory of the state during the screening.⁸

Consequently, different categories of migrants, including asylum seekers which are by definition vulnerable persons, are to be kept in locations situated at or in proximity to the external borders, for a time (up to 5 days, which can become 10 at maximum), defined in the Regulation, but which must be respected by national administrations. There is here an implicit equation between all these categories, and the common denominator of this operation is that all these persons have crossed the border in an unauthorized manner.

It is yet unclear how the situation of migrants during the screening is to be organized in practical terms, transit zones, hotspot or others, and if this can qualify as detention, in legal terms. The Court of Justice has ruled recently on Hungarian transit zones,⁹ by deciding that Rösztke transit zone qualified as ‘detention’, and it can be argued that the parameters clarified in

⁶ EUROPEAN COMMISSION, The New Pact, COM (2020) 609, p. 4.

⁷ Proposal Screening Regulation, COM (2020) 612 final, recital 8, p. 17.

⁸ Proposal Screening Regulation, COM (2020) 612 final, Art. 3 and 4.

⁹ CJEU (Grand Chamber), Judgment of 14 May 2020, F.M.S. et al. c., C-924/19 PPU & C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367.

that decision could find application also to the case of migrants during the screening phase. If the situation of TCNs during the screening can be considered detention, which is then the legal basis? The Reception Conditions Directive or the Return Directive? If the national administrations will struggle to meet the tight deadlines provided for the screening system, these questions will become more urgent, next to the very practical issue of the actual accommodation for this procedure, which in general does not allow for access to the territory.

On the one side, Article 14(7) provides a guarantee, indicating that the screening should end also if the checks are not completed within the deadlines; on the other side, the remaining question is: to which procedure is the applicant sent and how is then the next phase determined? The relevant procedure following the screening here seems to be determined in a very approximate way, and this begs the question on the extent to which rights can be protected in this context. Furthermore, the right to have access to a lawyer is not provided for in the screening phase. Given the relevance of this screening phase, also fundamental rights should be monitored, and the mechanism put in place at Article 7, leaves much to the discretion of the Member States, and the involvement of the Fundamental Rights Agency, with guidance and support upon request of the Member State, can be too little to ensure fundamental rights are not jeopardized by national administrations.

This screening phase, which has the purpose to make sure, among others, that states 'do their job' as to collecting information and consequently feeding the EU information systems, might therefore have important effects on the merits of the individual case, since border procedures are to be seen as fast-track, time is limited, and procedural guarantees are also sacrificed in this context. In the case the screening ends with a refusal of entry, there is a substantive effect of the screening, which is conducted without legal assistance and without access to a legal remedy. And if this is not a decision in itself, but it ends up in a de-briefing form, this form might give substance to the next stage of the procedure, which, in the case of asylum, should be an individualized and accurate assessment of one's individual circumstances.

Overall, it should be stressed that the screening itself does not end up in a formal decision, it nevertheless represents an important phase since it defines what comes after, i.e., the type of procedure following the screening. It must be observed therefore, that the respect of some procedural rights is of paramount importance; the same applies for communication: it is important that communication in a language TCNs can understand is effective, since

the screening might end in a de-briefing form, where one or more nationalities are indicated. Considering that one of the options is the refusal of entry (Art. 14(1) screening proposal; confirmed by the recital 40 of the Proposal Procedure Regulation, as amended in 2020), and the others are either access to asylum or expulsion, one should require that the screening provides for procedural guarantees.

Furthermore, the screening should point to any element which might be relevant to refer the TCNs into the accelerated examination procedure or the border procedure. In other words, the screening must indicate in the de-briefing form the options that protect asylum applicants less than others.¹⁰ It does not operate in the other way: a TCN who has applied for asylum and comes from a country with a high recognition rate is not excluded from the screening.¹¹

The legislation creates therefore avenues for disentangling, splitting the relation between physical presence of an asylum applicant on a territory implies a set of laws and fundamental rights associated to it, namely a protective legal order, access to rights and to a jurisdiction enforcing those rights. It creates a sort of 'lighter' legal order, a lower density system, which facilitates the exit of the applicant from the territory of the EU, creating a shift from a Europe of rights to the Europe of borders, confinement and expulsions.

3. *The proposal for new border procedures: a system of revolving doors to enter (and leave) the EU?*

Another crucial piece in this process of establishing a stronger border fence and streamline procedures at the border, creating a 'seamless link between asylum and return', in the words of the Commission, is constituted by the reform of the border procedures, with an amendment of the 2016 proposal for the Regulation procedure (hereinafter: Amended Proposal Procedure Regulation).¹²

Though border procedures are already present in the current Regulation of 2013, they are now developed into a "border procedure for asylum and

¹⁰ Proposal Screening Regulation, COM (2020) 612 final, Art. 14(3).

¹¹ See L. JAKULEVIČIENĖ, 'Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders', in EU Immigration and Asylum Law and Policy blog, 27.10.2020.

¹² Amended Proposal Procedure Regulation, COM (2020) 611.

return”, and a more developed accelerated procedure, which, next to the normal asylum procedure, comes after the screening phase.

The new border procedure becomes obligatory (according to Art. 41(3) of the Amended Proposal Procedure Regulation) for applicants who arrive irregularly at the external border or after disembarkation and another of these grounds apply:

- they represent a risk to national security or public order;
- the applicant has provided false information or documents or by withholding relevant information or document;
- the applicant comes from a TC for which the share of positive decision in the total number of asylum decisions is below 20 percent.

This last criterion is especially problematic, since it transcends the criterion of the safe third country and it undermines the principle that every asylum application requires a complex and individualized assessment of the particular personal circumstances of the applicant, by introducing presumptive elements in a procedure which gives less guarantees.

During the border procedure, the TCN is not granted access to the EU. The expansion of the new border procedures poses also the problem of the organization of the facilities necessary for the new procedures, which must be a location at or close to the external borders: in other words, where migrants are apprehended or disembarked.

Tellingly enough, the Commission describes as guarantees in the asylum border procedure all the situations in which the border procedure shall not be applied,¹³ for example, because the necessary support cannot be provided or for medical reasons, or where the ‘conditions for detention (...) cannot be met and the border procedure cannot be applied without detention’.¹⁴

Also, here the question remains on how to qualify their stay during the procedure, because the Commission aims at limiting resort to detention. The situation could be considered *de facto* a detention, and its compatibility with the criteria laid down by the Court of Justice in the Hungarian transit zones case is questionable.¹⁵

Another aspect which must be analyzed is the system of guarantees after the decision in a border procedure. If an application is rejected in an asylum border procedure, the “return procedure” applies immediately. Member

¹³ Amended Proposal Procedure Regulation, COM (2020) 611, p. 14-15.

¹⁴ Amended Proposal Procedure Regulation, COM (2020) 611, p. 15.

¹⁵ CJEU (Grand Chamber), Judgment of 14 May 2020, *F.M.S. et al. c., C-924/19 PPU & C-925/19 PPU*, ECLI:EU:C:2020:367.

States must limit to one instance the right to effective remedy against the decision, as posited in Article 53(9). The right to an effective remedy is therefore limited, according to Art. 53 of the Proposed Regulation, and the right to remain, a 'light' right to remain one could say, is also narrowly constructed, in the case of border procedures, to the first remedy against the negative decision (Art. 54(3) read together with Art. 54(4) and 54(5)). Furthermore, EU law allows Member States to limit the right to remain in case of subsequent applications and provides that there is no right to remain in the case of subsequent appeals (Art. 54(6) and (7)). More in general, this proposal extends the circumstances where the applicant does not have an automatic right to remain and this represents an aspect which affects significantly and in a factual manner the capacity to challenge a negative decision in a border procedure.

Overall, it can be argued that the asylum border procedure is a procedure where guarantees are limited, because the *access* to the jurisdiction is taking place in fast-track procedures, and access to legal remedies is also reduced to the very minimum. Access to the territory of the Member State is therefore deprived of its typical meaning, in the sense that it does not imply access to a system which is protecting rights with procedures which offer guarantees and are, therefore, also time-consuming. Here, efficiency should govern a process where the access to a jurisdiction is lighter, is 'less dense' than otherwise. To conclude, this externalization of migration control policies takes place 'inside' the European territory, and it aims at prolonging the effects of containment policies because they make access to the EU territory less meaningful, in legal terms: the presence of the person in the territory of the EU does not entail full access to the rights related to the presence on the territory.

4. *Conclusions: a 'lower density' European territory?*

This brief reflection has highlighted a trend which is taking shape in the Pact and in some of the measures proposed by the Commission in its 2020 package of reforms. It has been shown that the proposals for a pre-entry screening and the 2020 amended proposal for enhanced border procedures are creating something we could label as a 'lower density' European territory, because the new procedures and arrangements have the purpose of restricting and limiting access to rights and to jurisdiction. This would happen on the territory of a Member State, but in a place at or close to the external

borders, with a view to confining migration and third country nationals to an area where the territory of a state, and therefore, the European territory, is less ... 'territorial' than it should be: legally speaking, it is a 'lower density' territory.

The "seamless link between asylum and return" the Commission aims to create with the new border procedures can be described as a system of revolving doors through which the third country national can enter or leave immediately the EU, depending on how the established fast-track system qualifies her situation.

However, as Cassarino has shown in his blogpost of November 2020,¹⁶ readmission agreements or even arrangements might turn out not being the solution, since third countries have also their own self-interests and their domestic politics. The return sponsorship is certainly an effort in taking non-frontline Member States out of their privileged position, according to the Dublin criteria; however, it is not clear that the system will work, nor in the direction of effectively carrying out returns, nor in the direction of enforcing relocations. Considering that the relocation system designed with 2015 Decisions was not successful, one can really warn that the principle of solidarity must be taken seriously within the EU, at least for the implications that an unfair and unbalanced European asylum system can have on Schengen.¹⁷

¹⁶ CASSARINO, J.P., *Readmission, visa policy and the "return sponsorship" puzzle in the new Pact on migration and asylum*, ADIM Blog, November 2020.

¹⁷ L. MARIN, *Waiting (and Paying) for Godot: Analyzing the Systemic Consequences of the Solidarity Crisis in EU Asylum Law*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, pp. 60-81.

IL NUOVO PATTO E LA GESTIONE DEGLI SBARCHI

Emanuela Pistoia *

SOMMARIO: 1. Obiettivo: valutare la proposta nella prospettiva degli Stati degli sbarchi. – 2. La mancata eliminazione dello squilibrio, a sfavore degli Stati degli sbarchi, connaturato ai criteri di Dublino. – 3. Le limitazioni soggettive all'applicabilità delle ricollocazioni nella procedura «normale». – 4. La limitata solidarietà dei rimpatri sponsorizzati. – 5. Le incognite procedurali.

1. *Obiettivo: valutare la proposta nella prospettiva degli Stati degli sbarchi*

Tra i motivi principali per cui si riforma il sistema comune di asilo dell'Unione europea vi è lo squilibrio che esso attualmente determina tra gli Stati membri, malgrado per “costituzione” (art. 80 TFUE) sia governato dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra detti Stati. In effetti il principio di solidarietà è, nominalmente, il grande protagonista della riforma proposta dalla Commissione von der Leyen lo scorso 23 settembre: in questi termini il pacchetto è presentato nella Comunicazione «Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo»¹ che evidenzia gli obiettivi e i principi ispiratori comuni delle proposte legislative. Ci si può dunque aspettare che il relativo principio guiderà la valutazione politica delle istituzioni politiche dell'Unione (Parlamento europeo e Consiglio), che sono protagoniste del processo decisionale. In seno al Consiglio, tale valutazione politica è di particolare rilievo per gli Stati di primo arrivo – quelli che della insufficiente solidarietà più soffrono le conseguenze –, possibilmente con l'esito di costituire un fronte comune. È questo il contributo che si proverà a dare nel-

* Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo.

¹ COM(2020) 609 final. Per una valutazione critica delle misure di solidarietà previste nella proposta, M. BORRACCETTI, *Il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo e la sua (solo) annunciata discontinuità*, in *diritticomparati.it*, 5 novembre 2020; P. DE PASQUALE, *Il Patto sulla migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE II (2020)*, *aisdue.eu*, 5 ottobre 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: “c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico”*, in *Questione giustizia*, 2 ottobre 2020; F. MAIANI, *A “Fresh Start” or One More Clunker? Dublin ad Solidarity in the New Pact*, in *eumigrationlawblog.eu*, 31 October 2020; G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *I Post di AISDUE II (2020)*, *aisdue.eu*, 23 ottobre 2020.

le righe che seguono: una valutazione dei progressi fatti in punto di solidarietà dal sistema comune di asilo a beneficio degli Stati di primo arrivo, in particolar modo quando il primo arrivo consista in sbarchi di persone salvate in mare, per quanto delineato nelle proposte normative dello scorso 23 settembre.

2. *La mancata eliminazione dello squilibrio, a sfavore degli Stati degli sbarchi, connesso ai criteri di Dublino*

Un'importante riserva deriva dal fatto stesso che i nuovi testi non introducono una distinzione tra Stato nei cui porti si concludono le operazioni di ricerca e soccorso in mare (c.d. SAR) dei migranti e Stato di primo arrivo. Questa scelta, dettata dall'indisponibilità di un numero troppo elevato e composito di Stati, ha la grave conseguenza di rendere lo squilibrio endemico al sistema fintantoché il Mare Mediterraneo sarà teatro di flussi di migrazione irregolare. Gli Stati costieri, in particolar modo quelli che si affacciano sui mari utilizzati per le migrazioni (al momento soprattutto il Mediterraneo, appunto), restano cioè penalizzati *in re ipsa*². Lo squilibrio non riguarda solo i numeri dei richiedenti asilo, che in ipotesi potrebbero anche diminuire drasticamente, ancorché la struttura sud-nord delle migrazioni contemporanee e la determinazione generalizzata a limitarne al massimo le vie legali lo renda al momento improbabile³. È anche uno squilibrio di condizioni in cui i migranti presentano domanda di asilo e si sottopongono alla procedura, poiché in esito a un viaggio di fortuna e a un'operazione SAR diventano vulnerabili anche le persone più forti; uno squilibrio nella situazione oggettiva in cui i richiedenti versano durante la procedura stessa, spesso in solitudine di affetti e in compagnia di persone altrettanto disperate, in totale estraneità rispetto al Paese ospite che non rientrava nel loro progetto migratorio; uno squilibrio nelle percezioni dell'opinione pubblica, che dalla ripetizione degli sbarchi trae un senso diffuso di insicurezza, con conseguenze pesanti in termini di

² Sul punto si sofferma A. DI PASCALE, *Il nuovo Patto per l'immigrazione e asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus.it*, 2020, p. 2.

³ Sull'aggravamento della posizione degli Stati di sbarco nella proposta di nuovo Patto, a causa della mancata modifica del criterio dello Stato di primo arrivo e di altri aspetti pertinenti al regolamento "Dublino III", v. T.M. MOSCHETTA, *L'impasse Dublino: l'incompiuta riforma dei criteri di competenza nella proposta di regolamento su asilo e immigrazione*, in *I Post di AISDUE, II (2020)*, *aisdue.eu*, 26 novembre 2020, pp. 80-85.

diffidenza verso le domande di protezione e ostilità verso le persone dei richiedenti. Gli Stati che offrono i porti alle persone salvate in mare si trovano cioè a gestire sia lo *screening* iniziale⁴, sia l'accoglienza, sia le stesse procedure di richiesta di protezione in condizioni particolarmente difficili rispetto agli altri Stati. Si tratta peraltro di difficoltà non di rado foriere di violazioni dei diritti dei migranti: questa circostanza, oltre a rappresentare di per sé un ulteriore elemento di squilibrio, evidenzia come l'iniqua ripartizione delle responsabilità tra Stati membri rischi di trasferire i suoi effetti negativi sui migranti.

Né la persistenza dell'identità tra Stato in cui si concludono le operazioni SAR e Stato di primo arrivo ai fini della competenza circa la protezione internazionale è compensata da sostanziali modifiche dei "criteri di Dublino" e della loro gerarchia.

Posto, allora, che gli Stati dello sbarco continuano a dover essere qualificati come Stati di primo arrivo e che riguardo alle persone sbarcate essi continuano a essere competenti in un numero preponderante di casi sia riguardo alla procedura sia riguardo al riconoscimento dello status di protezione internazionale, la valutazione della posizione di questi Stati dipende dai già famosi meccanismi di solidarietà disciplinati nella proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione (COM(2020) 610 final). A questo riguardo, fin da subito è stata unanime la valutazione per cui la solidarietà espressa dalla normativa riformata si manifesta solo in caso di difficoltà degli Stati di sbarco.

3. *Le limitazioni soggettive all'applicabilità delle ricollocazioni nella procedura «normale»*

Tra i nuovi meccanismi figura la tanto acclamata ricollocazione dei migranti. Questa ha luogo di regola nel quadro di una complessa procedura disciplinata negli articoli 47-49, e in via residuale sulla base dell'art. 56, rubricato «Altri contributi di solidarietà», che costituisce una vera e propria valvola di flessibilità del sistema.

Una prima chiosa riguarda coloro che sono oggetto della procedura «normale». Fermandoci alle persone soccorse in mare (infatti, *ex art. 45*, par. 1, lett. *c*) sono ammessi alla ricollocazione anche coloro cui sia stata concessa

⁴ Sul punto, M. STARITA, *Search and Rescue Operations under the New Pact on Asylum and Migration*, in *SIDIBlog*, 8 novembre 2020.

protezione internazionale già da un certo periodo, in particolare da meno di tre anni), possono essere ricollocati i «richiedenti che non sono sottoposti alla procedura di frontiera per l'esame di una domanda di protezione internazionale». Considerando che lo «sbarco nel territorio di uno Stato membro a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso» è una delle situazioni in cui la procedura di frontiera prende avvio (art. 41, par. 1, lett. c) della proposta modificata di regolamento istitutivo di una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione), la limitazione già di per sé non è di poco conto.

La questione va tuttavia approfondita. Nel quadro del Nuovo Patto, la Commissione propone infatti un nuovo testo del suddetto art. 41. Come noto, il regolamento «procedura comune», inclusa la procedura di frontiera contenuta appunto nell'art. 41, era stato proposto dalla Commissione Juncker nel 2016 e approvato in prima lettura dal Parlamento europeo con importanti emendamenti, alcuni dei quali relativi appunto a questa procedura. Nella proposta modificata, la procedura di frontiera si applica invero a un novero di casi assai ridotto rispetto alla versione ormai approvata con emendamenti dal Parlamento europeo in prima lettura, passando a tre dai sei residui dalla predetta approvazione del Parlamento europeo. I tre casi comprendono la situazione in cui il richiedente verosimilmente rappresenta un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico degli Stati membri e due circostanze in cui la domanda di protezione internazionale appare destinata all'insuccesso per due diversi gruppi di fattori oggettivi: il comportamento omissivo o fraudolento del richiedente e il fatto che egli/ella abbia una cittadinanza o, se apolide, una dimora abituale, corrispondente a un tasso di successo delle richieste di protezione pari o inferiore al 20% (salvo casi particolari). La contrazione delle situazioni in cui si applica la procedura di frontiera è positiva per i richiedenti, vistone il carattere inevitabilmente sommario, ma lo è anche per gli Stati di sbarco, che vedono aumentare le prospettive di ricollocazione.

Dal punto di vista dell'Italia, vale la pena sottolineare come, invece, il meccanismo pure emergenziale e dichiaratamente non obbligatorio, oltre che applicabile a un numero limitatissimo di Stati membri, previsto nella Dichiarazione di intenti di Malta di settembre 2019, si applicava a tutti indistintamente gli individui soccorsi in mare. Nel quadro della nuova procedura proposta, un certo numero delle persone soccorse in mare e sbarcate nei porti di uno Stato costiero sono dunque destinate a rimanervi: può trattarsi in ipotesi di tutte le persone arrivate in esito a uno sbarco, se nessuna chieda la protezione ovvero se a chi la chiede risulti sempre applicabile la procedura di frontiera. Alla Dichiarazione di Malta si accostano invece gli altri contributi

di solidarietà elargibili in qualsiasi momento da ciascuno Stato vuoi di propria sponte, vuoi dietro richiesta di «sostegno di solidarietà» presentata da uno Stato prossimo a trovarsi sotto pressione. Infatti, *ex art.* 45, par. 2 tali contributi estemporanei e volontari possono consistere anche nella ricollocazione di richiedenti sottoposti alla procedura di frontiera e di cittadini di Stati terzi il cui soggiorno è irregolare.

In ogni caso, agli Stati degli sbarchi spettano *in toto* gli accertamenti alle frontiere esterne, la primissima accoglienza, e la procedura di identificazione delle persone che potrebbero essere ricollocate.

La limitazione delle ricollocazioni a coloro cui non si applica la procedura di frontiera lascia poi agli Stati degli sbarchi l'amministrazione di questa procedura, che è assai delicata sotto vari profili⁵. Dati i presupposti, la gestione dei richiedenti promette infatti di essere molto complicata, sia riguardo alla limitazione dei loro diritti in collegamento con questa procedura che rischia di essere sommaria, con le giuste ma pesanti conseguenze in termini di contenzioso e di responsabilità dello Stato nonché, potenzialmente, dei singoli operatori coinvolti, sia riguardo all'ordine e alla sicurezza delle comunità locali. Nell'economia del Nuovo Patto, questo squilibrio va colmato con il contributo di solidarietà costituito dalle «misure di sviluppo delle capacità in materia di asilo, accoglienza e rimpatrio» previste dall'art. 45, par. 1, lett. *d*) della proposta di regolamento «Gestione». Può trattarsi di misure dal contenuto assai vario, purché coerente con gli obiettivi del futuro Fondo Asilo e migrazione: potrebbero spaziare dal sostegno finanziario o in natura (ad es. tramite personale esperto in mediazione culturale e linguistica o assistenza medica e psicologica) alle procedure di asilo, al contributo sull'ampliamento e gestione delle capacità recettive, al sostegno finanziario di Stati terzi interessati dai flussi migratori, all'assistenza finanziaria o di altro tipo per il rimpatrio. Peraltro, questo contributo di solidarietà è conferito squisitamente, anche se non esclusivamente, in alternativa alle ricollocazioni, fino al raggiungimento della quota spettante agli Stati non interessati dagli sbarchi secondo la chiave dell'art. 54. La soluzione appare addirittura risibile, ove si consideri che l'apporto in termini di sviluppo di capacità per definizione proviene da Stati che non hanno mai amministrato la procedura di frontiera.

⁵ Sul punto, L. MARIN, *Una rilettura di alcune misure del Patto sulle migrazioni alla luce della sussidiarietà: il valore aggiunto come utopia?*, in *I Post di AISDUE, III* (2021), aisdue.eu, 18 febbraio 2021, pp. 187-190.

4. *La limitata solidarietà dei rimpatri sponsorizzati*

La limitazione delle ricollocazioni ai richiedenti protezione internazionale, in continuità con le decisioni del Consiglio del 2015, lascia inoltre agli Stati degli sbarchi tutto l'onere dei rimpatri di coloro che sono sbarcati senza chiedere la protezione, che si sommano ai rimpatri di coloro la cui domanda non sarà accolta. Anche questo squilibrio si presta a essere colmato con uno specifico contributo di solidarietà previsto dal Nuovo Patto: si tratta degli originali "rimpatri sponsorizzati" ex art. 45, par. 1, lett. *b*) della proposta di regolamento «Gestione». A mio giudizio, questa novità ha il grande merito formale di estendere la solidarietà anche ai rimpatri: infatti il principio di solidarietà e di equa redistribuzione si applicano a tutte le politiche del Capo 2 del Titolo V TFUE, ma finora erano in effetti rimasti completamente esclusi da questo ambito. Il sistema congegnato sembra tuttavia discutibile. Limitandoci a considerare la situazione degli Stati degli sbarchi, il contributo consistente nei rimpatri sponsorizzati entra in gioco solo qualora i contributi offerti in relazione alle ricollocazioni si siano rivelati gravemente insufficienti rispetto al numero totale di ricollocazioni da eseguire: non solo in prima battuta, al momento di presentare i piani per la risposta di solidarietà in materia di ricerca e soccorso di cui all'art. 47, par. 3, ma anche in esito al Forum sulla solidarietà convocato dalla Commissione perché i contributi così indicati sono stati «significativamente inferiori al totale dei contributi di solidarietà indicati nella relazione sulla gestione della migrazione» (art. 47, par. 5). Per la precisione, l'art. 48, par. 2, comma 2 stabilisce che i rimpatri sponsorizzati entrino a far parte del corredo di solidarietà a favore degli Stati degli sbarchi solo se le indicazioni fornite dagli altri Stati membri in termini di ricollocazioni e di misure di sviluppo delle capacità diano luogo a «un deficit superiore al 30% del numero totale di ricollocazioni individuate nella relazione sulla gestione della migrazione». In effetti, la «riserva di solidarietà» costituita a favore di ciascuno Stato membro che presumibilmente dovrà affrontare a breve termine le conseguenze degli sbarchi consiste solo nelle ricollocazioni, anche di persone vulnerabili per gli Stati che abbiano dato disponibilità in tal senso, e nelle misure di sviluppo delle capacità: è quanto risulta dall'art. 48, par. 1, comma 1, letto in combinato disposto con l'art. 47, paragrafi 4 e 5, cui esso stesso rinvia. Ciò comporta che, ove il meccanismo della solidarietà copra adeguatamente (*rectius*, in modo non troppo inadeguato) le ricollocazioni, circa i rimpatri esso non trova alcuna applicazione. Così, tra le persone soccorse in mare, coloro che non chiedono la protezione internazionale, coloro che siano considerati un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine

pubblico degli Stati membri e coloro la cui domanda di protezione appaia *prima facie* destinata all'insuccesso, restano a carico degli Stati dello sbarco.

5. *Le incognite procedurali*

Passando quindi al cuore delle regole sulle ricollocazioni, vanno sottolineati i probabili effetti negativi, in termini di efficienza, dei tanti passaggi della procedura delineata negli articoli 47-49 della proposta di regolamento «Gestione». Non c'è qui modo di ripercorrerli tutti in modo da essere esaustivi sui possibili punti di inceppo. In linea generale, emerge come il buon funzionamento di una procedura tanto complessa riposi sulla collaborazione degli Stati. Non solo: l'analisi dei vari passaggi rivela come questi ultimi siano per l'appunto congegnati con il fine di sviluppare un senso di responsabilità negli Stati recalcitranti e di evitare strappi che potrebbero aprire la strada a procedure di infrazione ma mai, per l'ostacolo insuperabile della sovranità statale, alle sacrosante ricollocazioni. In sintesi, i tanti passaggi servono per l'appunto a realizzare tali ricollocazioni nella misura maggiore possibile. Resta il fatto che, dal punto di vista degli Stati degli sbarchi, la procedura delineata è estremamente debole in quanto rischia continuamente di bloccarsi così da lasciarli del tutto sprovvisti di solidarietà. Un auspicio è che almeno la Commissione possa adottare gli atti di esecuzione necessari alla fruizione dei contributi di solidarietà (art. 48 proposta di regolamento «Gestione») in modo da stralciare in via provvisoria le posizioni degli Stati che ostinatamente neghino i loro contributi.

Specifici elementi di debolezza vanno rinvenuti nei modi in cui sono congegnati i poteri della Commissione di imporre infine i contributi di solidarietà agli Stati recalcitranti. Tali poteri possono essere esercitati solo in due situazioni estreme: qualora dai contributi offerti dagli Stati nei piani per la risposta di solidarietà in materia di ricerca e soccorso (art. 47, par. 3) ovvero in tali piani riveduti in esito al Forum sulla solidarietà (art. 47, par. 5) emerga «un deficit superiore al 30% del numero totale di ricollocazioni individuate nella relazione sulla gestione della migrazione» (art. 48, par. 2, comma 2); qualora uno o più Stati membri abbiano mancato del tutto di presentare un piano (art. 48, par. 2, comma 3). Dai due presupposti descritti emerge come, nella gestione delle migrazioni nei termini proposti dalla Commissione von der Leyen, lo sbilanciamento del carico a sfavore degli Stati degli sbarchi possa rimanere endemico. Certo, il sistema potrebbe anche funzionare in equilibrio, se tutti gli Stati fossero collaborativi. Allo stato attuale si tratta purtroppo di uno scenario improbabile.

Inoltre, nella prima delle due ipotesi descritte, una rilevante debolezza va rinvenuta anche nei poteri attribuiti alla Commissione: nell'atto di esecuzione, essa è abilitata ad adeguare i contributi di solidarietà degli Stati in modo tale da «coprire il 50% della loro quota calcolata secondo la chiave di distribuzione di cui all'art. 54 mediante la ricollocazione o la sponsorizzazione dei rimpatri (...) o una combinazione di entrambi» (art. 48, par. 2, comma 2). È inteso che il restante 50% resterà in carico agli Stati degli sbarchi e che, in ipotesi, tale quota potrà consistere *in toto* di ricollocazioni.

Un'ultima notazione riguarda il perno della procedura delineata negli articoli 47-49 della proposta di regolamento «Gestione»: la Relazione sulla gestione della migrazione. Essa è redatta annualmente dalla Commissione sulla base dell'art. 6, par. 3 dello stesso regolamento. Riguardo agli sbarchi, la sua funzione è individuare in via prognostica lo Stato o gli Stati in cui gli sbarchi sono attesi e il numero totale delle persone per cui si potrebbe aprire l'opzione della ricollocazione solidale, attuato cioè in deroga ai criteri di Dublino secondo le regole degli articoli citati. È sulla base del fabbisogno espresso nella relazione che gli Stati non in prima linea devono indicare le loro disponibilità sulle ricollocazioni. Se uno Stato non sia indicato tra i possibili interessati, ovvero se l'entità delle ricollocazioni cui esso può aspirare sia fissata in entità inferiori a quelle reali, sembrerebbe doversi concludere per l'inapplicabilità dei meccanismi prefigurati. Si capisce allora il carattere cruciale della Relazione e, prima ancora, delle stime sui possibili arrivi. Nei casi prefigurati l'unica via della solidarietà è rappresentata dal meccanismo estemporaneo e volontario dell'art. 56.

ON THE (NEW) COMMISSION'S APPROACH ON TEMPORARY PROTECTION AND MIGRATION CRISIS

Chiara Scissa*

SUMMARY: 1. Untangling the concept of international and temporary protection in EU law. – 2. Derogating in situations of crisis and *force majeure*. – 2.1. State-centric predominant narrative. – 3. Comparative analysis of activation procedures and rights under situations of crisis. – 4. Concluding remarks.

1. *Untangling the concept of international and temporary protection in EU law*

In the EU context, in order to give the widest effect to the principle of *non-refoulement*, whose scope is broader than Art. 33 of the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugee, Art. 2(a) of Directive 2011/95/EU (Qualification Directive) includes in the definition of international protection both the refugee and the subsidiary protection status. Temporary protection has at its core the principle of *non-refoulement*, but it does not amount to a third status of international protection¹. It rather represents an exceptional, temporarily limited, emergency instrument that can be triggered when a Member State cannot ensure the individual assessment of international protection applications, for instance in the event of a mass influx of third-country nationals that makes its asylum or reception system non-functional but has still to comply with international obligations. This commitment is now transposed in Art. 78.2(c) TFEU.

The categories falling under the scope of application of Art. 2(c) of the 2001/55/EC Directive² (Temporary Protection Directive, TPD) are broader

* PhD student in Law, Sant'Anna School of Advanced Studies.

¹ COM(2000) 303 final, Proposal for a Council Directive on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, Brussels, 24.5.2000, para. 1.4

² Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof.

than the ones under international protection, as the former covers also people displaced owing to, *in particular*, armed conflicts, endemic violence, systemic or generalized violations of human rights. The presence of the term “in particular” makes the list of Art. 2(c) non-exhaustive, and therefore makes it possible to further extend the causes of mass influxes, as also confirmed under Art. 7 TPD.

2. *Derogating in situations of crisis and force majeure*

In the context of the New Pact on Migration and Asylum, the Commission advanced a Proposal for a Migration and Asylum Crisis Regulation³, which includes the repealing of the 2001/55/EC Directive. The need for such an instrument substantiates in major recent events, such as the overcrowded camps in the Greek islands and the unbearable conditions of the Moria reception centre⁴, the mass influx of people merged into the Greek border following the increasing political crisis between Greece and Turkey⁵, and the massive disruption occurred during the still ongoing COVID-19 pandemic. All these events confirmed the already manifest shortcomings of the Common European Asylum System.

In this perspective, the Commission sets out an instrument for exceptional emergencies that would allow Member States: i) to extend the duration of the border procedure by additional eight weeks for examination (proposed Art. 8.1(b) COM(2020)613) and by twelve weeks for registration; ii) to broaden the scope for relocation and return sponsorship as well as to adopt simplified procedures and shortened timeframes for triggering the compulsory solidarity mechanism, as provided for in the proposed Regulation on Asylum and Migration Management⁶; and iii) to derogate from the

³ COM/2020/613 final, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and *force majeure* in the field of migration and asylum.

⁴ EUROPEAN PARLIAMENT, *Press release: Moria refugee camp: MEPs to quiz the European Commission about the EU's response*, 16 September 2020

⁵ D. M. HERSZENHORN, J. BARIGAZZI, R. MOMTAZ, *At summit, EU leaders talk tough on Turkey*, POLITICO.EU, 2 October 2020 <https://www.politico.eu/article/at-summit-eu-leaders-talk-tough-on-turkey/>.

⁶ COM(2020) 610 final, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], Brussels, 23 September 2020.

2016 proposed Asylum Procedures Regulation⁷ and the 2018 proposed recast Return Directive⁸, in order to extend by additional eight weeks the maximum duration of the border procedure for carrying out return in situation of pressure.

According to the proposal, upon the request of one or several Member States, the Commission authorises, by means of an implementing decision, the application of derogatory rules, for a period to be determined by the decision itself. However, the proposal fails to mention the criteria on which a situation of crisis or of *force majeure* can be invoked, as well as of the proportionality and effectiveness of the resulting measures.

2.1. *State-centric predominant narrative*

As mentioned, the Commission envisages two situations of emergency, which might impair the adequate functioning of the asylum and migration system either at national or at EU level: i) a situation of migration crisis, and ii) a situation of *force majeure*.

A first remark concerns the Commission's choice of the term "*force majeure*" in the context of migration and asylum. As pointed out by Lombardi, «the principle [of *force majeure*] in EU law has been subjected to unique political and practical forces»⁹, and it is widely used in trade, agricultural, and contract law to indicate the impossibility for the party invoking the occurrence of a *force majeure* event to comply with an obligation it should have performed. The Commission has, for instance, recently released a definition of the clause of the *force majeure* in relation to Horizon2020¹⁰ grant agreements invocable in light of COVID-19, described as «an extraordinary and unforeseeable event or situation that is beyond the

⁷ COM(2016) 467 final 2016/0224 (COD) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU, Brussels, 13 July 2016

⁸ COM (2018) 634, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) A contribution from the European Commission to the Leaders' meeting in Salzburg on 19-20 September 2018

⁹ R. LOMBARDI, *Force majeure in European Union Law*, in *International Trade & Business Law*, Vol. 3, N. 81, 1997

¹⁰ Available at: <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/portal/screen/support/faq/12945>

beneficiaries' control and that prevents them from fulfilling their obligations under the action».

Conversely, there are no previous communications where the Commission uses that concept in the context of migration and asylum law. With regard to the concept of *force majeure* applied to the case, the Commission only provides two examples that, in its opinion, could have amounted to *force majeure* events, i.e., the COVID-19 pandemic and the political crisis at the Greek-Turkish border in March 2020. Carrera¹¹, in reflecting on this Proposal, rightly wondered what a “political crisis” could actually mean.

Moreover, the proposed Chapter 4 (time-limits in a situation of *force majeure*, Artt. 7-9 COM(2020) 613) establishes that, where a Member State is facing a situation of *force majeure*, a Member State shall simply notify to the Commission of its impossibility to comply with its commitments. Additionally, where a Member State no longer faces a situation of *force majeure*, it shall likewise notify the Commission of such termination. In the absence of both a clear definition and a scrutiny on the proportionality and effectiveness of the resulting measures, these provisions potentially leave total discretion to Member States in derogating from the ordinary rules.

In addition, at least other two main pitfalls can be identified. Firstly, the Commission (proposed Art. 10 COM(2020) 613) seems not to consider the insurgence of a situation of *force majeure* as possible consequence of a mass migration influx. This is confirmed by the fact that the granting of immediate protection to displaced persons, potentially issued in situations of crisis, is not foreseen in situations of *force majeure*. It seems, therefore, that the Commission focuses more on the causes of potential pressure on Member States' migration and asylum system rather than on their common consequences. Secondly, such *prima-facie* protection is to be granted under the exclusive scrutiny of the Commission, leaving no possibility for Member States to activate the procedure to give immediate protection. Whereas Member States are allowed to derogate ordinary measures *to the damage of* asylum seekers and migrants with minimum (if none) supervision by the Commission, they are even unable to request to the Commission the adoption of exceptional protection measures *to the benefit of* people in need.

As far as the other emergency scenario is concerned, namely a situation of crisis, the definition advanced by the Commission covers exceptional situations of mass influx of third-country nationals or stateless persons arriving

¹¹ S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, in CEPS, 25 September 2020, <https://www.ceps.eu/ceps-publications/whose-pact/>.

by land or by sea¹², when its scale and nature may render the asylum and return system of a Member State non-functional. The starting point of the Commission's proposed management of a situation of crisis thus appears to be redundant to Directive 2001/55/EC that the Commission itself aims to repeal.

Nonetheless, while TPD's approach balances the need for assistance and protection of displaced people with States' reception capacity, the proposal largely focuses on Member States' possibility to derogate from other provisions, assuming a State-centric approach. Emblematically, the proposal dedicates only one Article out of fifteen (proposed Art. 10 COM(2020) 613) to the protection of displaced people. Unlike Art. 2(c) TPD, proposed Art. 10 no more considers the systematic or generalized violation of human rights and does not envisage a possible extension of its scope of application. The Commission suggests to considerably uphold the rights and the protection status of such categories of displaced persons by suspending the examination of asylum applications for up to a year, in the meantime issuing immediate protection, which ensures «effective access to all the rights [...] applicable and equivalent to those enjoyed by beneficiaries of subsidiary protection» (preamble paragraph 25 and Art. 10.2 COM(2020) 613) according to the 2016 Commission's Proposal for a Qualification Regulation (QR)¹³.

3. *Comparative analysis of activation procedures and rights under situations of crisis*

The already leading position of the Commission in proposing the activation of temporary protection, as noted in the 2016 Study on TPD¹⁴, is further

¹² M. INELI-CIGER, *What a difference two decades make? The shift from temporary to immediate protection in the new European Pact on Asylum and Migration*, in *Odysseus Network*, 11 November 2020.

¹³ COM/2016/0466 final, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.

¹⁴ H. BEIRENS, S. MAAS, S. PETRONELLA, M. VAN DER VELDEN, *Study on the Temporary Protection Directive Final report*, European Commission, January 2016.

enhanced under the proposal which, as underlined by Meltem Ineli-Cige, provides the Commission with the authority to decide when immediate protection would be granted, who will receive the status and for how long.»¹⁵. What is more, «on duly justified imperative grounds of emergency» (proposed Art.11.2 COM(2020) 613), which are likely to manifest in a situation of crisis, the Commission's implementing act shall apply immediately, without its prior submission to the assisting committee (Art. 8.2 Regulation EU No. 182/2011). In brief, the monopoly of the Commission might maintain the activation process of immediate protection highly politicized, although lightened of the wide discretion of the Council.

As regards the rights granted under temporary and immediate protection, both of them ensure protection from *refoulement*, right to be issued a residence permit, access to employment and accommodation, rights related to unaccompanied minors, social benefits and emergency health care, education for minors, right to family reunification, and assistance in repatriation. Furthermore, proposed QR broadens respectively the right to information on the rights and obligations relating to their status, the right to family unit, and to education. Additionally, it provides for freedom of movement within the Member State, access to procedures for recognition of qualifications and validation of skills, and to integration measures.

As for the duration of the status, under Art. 4, para. 1 and 2 TPD, temporary protection may be issued for one year and extended for a maximum of other two years. Conversely, proposed QR provides for a more stable residence permit of one year, renewable for periods of two years each (proposed Art. 26.1(b) QR). However, the implementing act by which the Commission authorises immediate protection shall remain into force for maximum one year (proposed Art. 11.3 COM(2020) 613). Arguably, under the Commission's proposal, people displaced onto the territory of a Member State would have access to a *wider* set of rights but for a *shorter* timeframe, namely for one year. The proposal fails in providing further information in the unfortunate case where the situation of crisis lasts longer, which is highly probable in case of armed conflicts, and does not link the duration of immediate protection with that of subsidiary protection (proposed Art. 26.1(b) QR).

Although silent on that point, the proposal affirms that after one year, Member States shall resume the assessment of the suspended applications. In this case, immediate protection beneficiaries would revert to asylum seekers.

¹⁵ M. INELI-CIGE, *supranote n.12*

Most importantly, this regression in status risks to exacerbate displaced persons' precariousness and vulnerability, constraining their rights. Among others, whereas immediate protection beneficiaries would have the right to travel documents (proposed Art. 27 QR), asylum seekers may only receive them in case of serious humanitarian reasons (Art. 6.5 Directive 2013/33/EU). Given the condition of uncertainty of their status following the termination of immediate protection, it is also likely to presume that Member States might be reluctant to grant them access to employment, integration, and skills recognition measures from the beginning.

Another key concern regards the use of the rights and services enshrined by the subsidiary protection as temporary and emergency instrument. The ultimate goal of international protection must be that to achieve a satisfactory and durable solution for the beneficiaries, which includes not only the full respect of their human and fundamental rights, but also the promotion of a concrete integration path, where safe return is not possible. Providing rights and services equivalent to thereof subsidiary protection hastily¹⁶ and without a case-by-case assessment may lead to considering it as a precarious status with feeble guarantees of stability.

4. *Concluding remarks*

In COM(2020) 613, the Commission affirms that «the Working Staff Document concluded that Directive 2001/55/EC no longer responds to Member States' current reality and needs to be repealed»¹⁷. Conversely, the 2016 Study on TPD did not come to the same conclusion. It acknowledged the continued relevance of temporary protection and highlighted the main aspects to be revised to make it stronger, more transparent, and effective. It is undeniable that activating TDP involves a lengthy and cumbersome process, that the burden-sharing scheme needs to be upheld, and that key definitions such as “mass influx” suffer from vagueness in terms and purposes.

¹⁶ M. BORRACCETTI, *Il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo e la sua (solo) annunciata discontinuità*, in *Diritti Comparati*, 5 November 2020, <https://www.diritticomparati.it/il-patto-europeo-sullimmigrazione-e-lasilo-e-la-sua-solo-annunciata-discontinuita/>.

¹⁷ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC)2003/109 and the proposed Regulation (EU)XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], SWD/2020/207 final.

The structural character of migration flows, the ongoing conflicts in EU neighbouring countries, and the proposal of the Commission itself, show that EU Member States are, however, in a self-evident need of an instrument dealing with exceptional and sudden events. However, the balanced approach emerging from the 2001/55/EC Directive appears in deep contrast with the State-centric approach of the new proposal.

IL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO SOTTO IL PRISMA DELLA NOZIONE DI VULNERABILITÀ

Maura Marchegiani*

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi: l'impatto del patto sul concetto di vulnerabilità. – 2. L'esenzione generale dei richiedenti vulnerabili dalla procedura rapida di frontiera. – 3. La condizione di vulnerabilità a fronte dell'introduzione del meccanismo di *screening* pre-ingresso. – 4. L'ammissione per motivi umanitari per richiedenti vulnerabili. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Rilievi introduttivi: l'impatto del patto sul concetto di vulnerabilità*

Nonostante il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo rappresenti, nella visione della Commissione, un'opportunità per promuovere, garantire e rafforzare le tutele e la protezione nei confronti dei richiedenti più vulnerabili, in conformità al diritto internazionale sui rifugiati e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,¹ il pacchetto di proposte del 23 settembre si limita alla previsione di alcuni sporadici meccanismi, istituti ed esenzioni a favore delle categorie vulnerabili. All'approfondimento di questi interventi, dai contorni ancora incerti e dal contenuto meramente programmatico, è dedicato questo breve contributo, che si propone di analizzare, attraverso il prisma della vulnerabilità, le caratteristiche, i limiti, le potenzialità e l'efficacia degli strumenti proposti dalla Commissione, nonché, in chiave più in generale, di riflettere sull'incidenza della nozione di vulnerabilità nella definizione delle future strategie dell'Unione nelle politiche relative a migrazione e protezione internazionale.²

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università per Stranieri di Perugia.

¹ *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, 23 settembre 2020, COM (2020) 609, par. 2.4. Tra le prime analisi, D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*, 28 September 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *questionegiustizia.it*, 2 ottobre 2020; P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, I Focus *La proposta di Patto su immigrazione e asilo*, Post di AISDUE, II (2020), *aisdue.eu*, n. 1, 5 ottobre 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *rivista.eurojus.it*, 28 settembre 2020; S. PEERS, *First analysis of the EU's new asylum proposals*, in *eulawanalysis.com*, 25 settembre 2020.

² In una prospettiva generale, G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*,

2. *L'esenzione generale dei richiedenti vulnerabili dalla procedura rapida di frontiera*

Un primo ordine di osservazioni riguarda le modifiche relative alle procedure per la gestione delle richieste di protezione internazionale, che sarebbero riunite e disciplinate in un unico strumento normativo.³ Il pacchetto estende infatti l'ambito di applicazione della cd. procedura rapida alla frontiera, inteso come uno «strumento particolarmente importante per le rotte sulle quali vi è un'elevata percentuale di richiedenti asilo provenienti da Paesi con un basso tasso di riconoscimento» o per contrastare le domande fittizie, consentendo di «mettere il trattamento di una domanda su una corsia rapida». L'obiettivo di tale misura risiederebbe nella volontà di garantire un funzionamento più credibile delle politiche in materia di asilo e di rimpatrio, non solo rendendo più efficiente, rapida e chiara la normale procedura, che continuerebbe ad applicarsi alle domande di protezione che appaiano, *prima facie*, fondate, ma anche assicurando, in caso di diniego, l'adozione di un'immediata procedura uniforme di rimpatrio alla frontiera, con la conseguente eliminazione dei rischi di spostamenti non autorizzati e l'invio di inequivocabili segnali ai trafficanti. Nelle intenzioni della Commissione, alle categorie più vulnerabili di richiedenti si applicherebbe «un'esenzione generale dalle procedure di frontiera» nei casi in cui non possa essere fornita adeguata protezione⁴ e sarebbero comunque adottate «tutte le garanzie necessarie per assicurare che ogni persona sia sottoposta a una valutazione individuale, nel pieno rispetto del principio di *non-refoulement* e dei diritti fondamentali».⁵ Così come tratteggiato nella nuova proposta, l'istituto della procedura rapida alla frontiera pone tuttavia una serie di questioni problematiche.⁶ Non è

Giappichelli, 2020; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il Diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019.

³ Proposta modificata di regolamento che istituisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM (2020) 611, 23 settembre 2020.

⁴ COM (2020) 609, 2.4.

⁵ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU*, 23 settembre 2020, COM/2020/611 final, p. 4.

⁶ Per una ricognizione sulle principali reazioni al nuovo Patto da parte di istituzioni, organizzazioni non governative e dottrina, si confronti la documentazione raccolta a cura di da STATEWATCH, EU: The new “pact” on migration and asylum - documentation, context and reactions, in www.statewatch.org.

chiaro innanzitutto quale sia il criterio applicabile per garantire, alla frontiera, una generale esenzione dei soggetti vulnerabili, soprattutto in considerazione del fatto che la distinzione tra l'applicazione della procedura ordinaria e la procedura accelerata sembrerebbe fondarsi, in modo piuttosto automatico, sul mero presupposto della probabile infondatezza di domande di richiedenti provenienti da Paesi sicuri. Le caratteristiche, le modalità e i tempi della procedura accelerata, condotta in frontiera, appaiono peraltro intrinsecamente inadeguate ad assicurare la dovuta attenzione all'emersione di vulnerabilità individuali, valutazione che richiede tempi e modi tendenzialmente confliggenti con la rapidità della procedura. Questo meccanismo finisce in sostanza per determinare una considerevole riduzione delle garanzie individuali sul piano procedurale e giurisdizionale, con evidente rischio di pregiudicare, tra l'altro, un esame effettivo, accurato ed individualizzato dei singoli richiedenti. L'analisi individuale rappresenta infatti una condizione imprescindibile per consentire l'accertamento dell'esistenza di una reale situazione di vulnerabilità e, di conseguenza, la previsione di adeguate misure di accoglienza, in conformità agli *standard* di tutela dei diritti fondamentali.⁷

La necessità di procedere ad un'analisi individuale risulta inoltre tendenzialmente incompatibile con una logica «di gruppo», fondata sulla sommaria appartenenza del singolo ad una determinata categoria astrattamente identificata come vulnerabile.⁸

In questa prospettiva, un interessante tentativo di definizione del concetto di vulnerabilità è stato intrapreso dal Global Migration Group, che ha qualificato i migranti vulnerabili come coloro che «are unable effectively to enjoy their human rights, are at increased risk of violations and abuse and who, accordingly, are entitled to call on a duty bearer's heightened duty of care». Questa definizione non contiene un elenco di gruppi vulnerabili, ma fa leva sulle conseguenze derivanti da una condizione di vulnerabilità, che si traducono sostanzialmente in un aumento del rischio di subire violazioni potenziali o effettive dei propri diritti fondamentali.⁹ Un simile rischio potreb-

⁷ CGUE, sentenza 27 febbraio 2014, *Saciri*, causa C-79/13, punti 40- 45, sentenza 12 novembre 2019 (GS), *Haqbin*, causa C-233/18, punto 45 ss.; Corte Edu, sentenza 7 luglio 2015, *V.M. c. Belgio*, ric. n. 60125/11, par. 137 ss., sentenze del 4 novembre 2014, *Tarakbel c. Italia e Svizzera* (GC), ric. n. 29217/12, par. 94 ss.; sentenza 21 gennaio 2011 (GC), *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, par. 219.

⁸ In proposito v. art. 21 della direttiva cd. Accoglienza e art. 21 della direttiva cd. Qualifiche, che non risultano peraltro perfettamente congruenti nella qualificazione di vulnerabilità.

⁹ Human Rights Council, *Report on the promotion and protection of the human rights of*

be discendere da caratteristiche intrinseche e personali dell'individuo vulnerabile e variare in base al contesto di riferimento: l'accertamento dell'esistenza di una condizione di vulnerabilità va dunque compiuto attraverso valutazioni specifiche, condotte caso per caso, senza pregiudicare un'evoluzione plastica e dinamica della nozione. Si potrebbe in effetti osservare come la mancanza di una definizione compiuta della nozione di vulnerabilità, così come l'assenza di un elenco esaustivo di categorie di individui vulnerabili, rappresenti non un limite ma un elemento da valutare con favore: la nozione di vulnerabilità non è infatti statica, ma può evolvere e mutare nel tempo e nello spazio. Una definizione rigorosa rischierebbe infatti di circoscrivere e limitare gli effetti derivanti dall'applicazione della nozione di vulnerabilità, da cui derivano specifici obblighi in capo agli Stati, tenuti a garantire forme di tutela più elevata o aggiuntiva, al fine di ripristinare una condizione di uguaglianza sul piano sostanziale.

3. *La condizione di vulnerabilità a fronte dell'introduzione del meccanismo di screening pre-ingresso*

Nella prospettiva di accelerare la valutazione dello *status* effettivo dei migranti, con l'intento di contrastare e ridurre l'accesso al territorio dell'Unione di persone prive di requisiti effettivi, si iscrive anche l'introduzione della procedura di verifica pre-ingresso, che costituisce una tra le novità del nuovo patto.¹⁰ Il meccanismo dello *screening*, che consiste nel trattenimento, nelle

migrants in the context of large movements, 13 settembre 2016, UN Doc. A/HRC/33/67, par. 9, 12 e 15, lett. c). In proposito si veda *Dichiarazione di New York per i rifugiati e migranti* del 2016, il cui par. 29 sancisce che gli Stati membri "recognize and will take steps to address the particular vulnerabilities of women and children during the journey from country of origin to country of arrival. This includes their potential exposure to discrimination and exploitation, as well as to sexual, physical and psychological abuse, violence, human trafficking and contemporary forms of slavery". In argomento, L. PERONI, A. TIMMERS, *Vulnerable Groups: the Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 1056; J. PÉTIN, *Vulnérabilité et droit européen de l'asile: quelques précisions nécessaires*, Groupe de Recherche-Espace Liberté Sécurité Justice (GDR-ELSJ), 2015; E. D'HALLUIN, *Le nouveau paradigme des «populations vulnérables dans les politiques européennes d'asile*, in M. CROCK, L.B. BENSON, *Central Issues in the Protection of Child Migrants*, in M. CROCK, L.B. BENSON (eds.), *Protecting Migrant Children*, p. 1 ss.

¹⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti

zone di frontiera, delle persone in arrivo o intercettate come irregolari nell'Unione, al fine di procedere ad una serie di controlli rapidi, volti all'identificazione e alla registrazione, agli accertamenti sanitari e di sicurezza, prevede un apposito *vulnerability check*, inteso a rilevare per l'appunto l'esistenza di specifiche situazioni di vulnerabilità ed esteso anche ai migranti rintracciati o sbarcati a seguito di operazioni di ricerca e soccorso in mare. Ancorché tale misura si affianchi all'istituzione di un meccanismo di monitoraggio da realizzarsi in stretta collaborazione con l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali,¹¹ la previsione di tempi brevissimi per l'espletamento della verifica mal si concilierebbe con l'esigenza di garantire un'adeguata ed effettiva tutela dei diritti fondamentali degli individui coinvolti che necessitano di un sostegno sul piano legale, psicologico e linguistico costante e complesso, al fine di ottenere un esame analitico ed individualizzato delle relative domande di protezione. Tali strumenti rischierebbero, in definitiva, di produrre un effetto opposto, finendo in sostanza per recare pregiudizio soprattutto ai richiedenti più vulnerabili, la cui dimensione singola corre il pericolo di soccombere di fronte ad una logica tendenzialmente collettiva ed in assenza di un esame effettivamente condotto su base individuale, esame che assume, alla luce delle disposizioni proposte, contorni sempre più sfumati.

Un simile meccanismo di *screening* pre-ingresso rappresenterebbe inoltre un notevole aggravio nei confronti degli Stati di primo arrivo e, contestualmente, conferirebbe a questi stessi Stati un margine di apprezzamento piuttosto rilevante, che invece tenderebbe, secondo una consolidata prassi in tema di vulnerabilità,¹² a ridimensionarsi e a ridursi in modo sensibile nel momento in cui le verifiche condotte ai fini dell'accertamento dello *status* ri-

(CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM/2020/612, 23 settembre 2020, in particolare Considerando 20 e 26. In argomento, C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *QuestioneGiustizia*, Obiettivo 2/2018, *L'ospite straniero*, par. 6.

¹¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, COM(2020) 610 final, del 23 settembre 2020, Art. 49.

¹² Particolarmente significativa in proposito è la copiosa giurisprudenza della Corte europea sulla questione. Si confrontino in particolare Corte europea, *Kozak c. Polonia*, 2 marzo 2010; *Genderdoc-M c. Moldavia*, 12 giugno 2012; *X. c. Turchia*, 9 ottobre 2012; *Kiyutin c. Russia*, 10 marzo 2011; *I.B. c. Grecia*, 3 ottobre 2013; *Alajos Kiss c. Ungheria*, 20 maggio 2010; *Z.H. c. Ungheria*, 8 novembre 2012.

guardino individui vulnerabili e siano destinate ad incidere sull'effettivo esercizio dei loro diritti fondamentali.

4. *L'ammissione per motivi umanitari per richiedenti vulnerabili*

Le proposte relative al reinsediamento e all'ammissione umanitaria si pongono in una prospettiva di continuità con il pacchetto di riforme del 2016.¹³ Nonostante una rinnovata attenzione nei confronti della questione della vulnerabilità, nella nuova raccomandazione relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE, la Commissione si limita tuttavia a formulare un timido e mero invito, rivolto agli Stati a prendere in considerazione l'eventualità di istituire o potenziare forme di percorsi legali per l'ammissione, nei rispettivi territori, di persone vulnerabili che necessitino di protezione internazionale,¹⁴ senza accogliere le sollecitazioni del Parlamento europeo verso la creazione di una disciplina uniforme sul rilascio di visti umanitari europei, in grado di superare le divergenze delle iniziative unilaterali da parte degli Stati e di prevedere criteri e meccanismi condivisi per consentire agli individui vulnerabili il raggiungimento, in condizioni di sicurezza, del territorio di uno Stato membro in cui richiedere protezione internazionale.¹⁵

Il diritto attualmente vigente nell'ordinamento dell'Unione europea si limita peraltro, all'art. 25, par. 1, lett. a) del Codice dei visti, a disporre che uno Stato membro possa rilasciare, in via eccezionale, visti "per motivi umanitari" o "in virtù di obblighi internazionali", con validità territoriale limita-

¹³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, COM/2016/0468 final - 2016/0225 (COD).

¹⁴ Raccomandazione della Commissione relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari, 23 settembre 2020, C(2020) 6467 final.

¹⁵ In particolare, Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 dicembre 2018, che raccomanda alla Commissione la creazione di un visto umanitario, 2018/2271(INL). In argomento, I. JENSEN, Studio per il Parlamento europeo del Comitato LIBE, *Humanitarian visas: Option or obligation?*, 2014, in <http://www.europarl.europa.eu>; con particolare riferimento ai minori in quanto categoria vulnerabile, Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2018, *La protezione dei minori in migrazione*, 2018/2666(RSP), 2018, par. 24. In dottrina, M. DI FILIPPO, *Il Codice visti e la proposta di riforma della Commissione: idee per una migliore salvaguardia dei principi tipici dello Stato di diritto*, in *Osservatorio sul diritto europeo dell'immigrazione*, 2016, in www.immigrazione.jus.unipi.it.

ta, salvo che sia prevista, in base al diritto nazionale, una specifica procedura che garantisca forme di protezione per motivi umanitari. Nonostante fosse stata avanzata l'idea di valorizzare il contenuto dell'art. 25, par. 1 lett. a), che avrebbe potuto, nelle more di una disciplina uniforme su scala europea, contribuire ad onorare "nel senso più nobile del termine" gli obblighi previsti dall'art. 4 della Carta di Nizza e dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, consentendo a soggetti vulnerabili, meritevoli di protezione, un percorso sicuro e sottratto ai rischi connessi a circuiti clandestini,¹⁶ tale disposizione è stata invero interpretata in modo piuttosto restrittivo dalla giurisprudenza europea, che ha riconosciuto il carattere esclusivamente discrezionale e facoltativo della concessione di visti umanitari in base all'art. 25, par. 1 lett. a), da cui non potrebbe in nessun caso discendere per gli Stati membri un vero e proprio obbligo di rilascio di visti umanitari.¹⁷ Alla luce di tali orientamenti, la previsione di un modello uniforme e generale di visto umanitario europeo rappresenterebbe indubbiamente un efficace strumento, necessario non solo al contrasto dell'immigrazione irregolare e del traffico degli esseri umani, ma anche al contenimento delle violazioni dei diritti umani, in particolare dei più vulnerabili tra i richiedenti protezione internazionale.

¹⁶ Conclusioni dell'avv. Gen. Mengozzi al caso X.X. del 7 febbraio 2017, par. 170. In argomento, E. BROUWER, *AG Mengozzi's Conclusion in X and X v. Belgium on the Positive Obligation to Issue Humanitarian Visa. A Legitimate Plea to Ensure Safe Journeys for Refugees*, in *Centre for European Policy Studies Policy Insights*, 2017, reperibile online all'indirizzo <http://www.ceps.eu>.

¹⁷ CGUE, sentenza del 7 marzo 2017 (GS), X.X., C-638/16 PPU, 38-49 e 139-141. In argomento, A. DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European papers*, 2017, p. 271 ss.; J.Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits: une voie moyenne? À propos de l'affaire X. et X.*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 27 febbraio 2017, in <http://www.eumigrationlawblog.eu>; V. MORENO-LAX, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X.X. v. État belge*, 2017, in <http://www.eumigrationlawblog.eu>; G. RAIMONDO, *Visti umanitari: il caso X e X contro Belgio, C-638/16 PPU*, 2017, in www.Sidiblog. F.L. GATTA, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Diritti fondamentali*, 1/2019. In una prospettiva simile, si confronti anche la decisione di inammissibilità del 5 maggio 2020 resa dalla Grande Camera della Corte Edu, nel caso M.N. c. Belgio, ricorso n. 3599/1, par. 96 ss.

5. *Considerazioni conclusive*

In occasione dell'adozione di un nuovo quadro per la solidarietà e la condivisione delle responsabilità (proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione), la Commissione ha affermato la specificità, tra l'altro, dei gruppi particolarmente vulnerabili, impegnandosi all'elaborazione di un insieme di misure di solidarietà di riserva anche per i vulnerabili che necessitano di ricollocazione, nella consapevolezza che l'accertamento dell'esistenza di una condizione di vulnerabilità implichi la necessità di predisporre misure di protezione particolari, al fine di garantire una piena ed effettiva tutela dei diritti fondamentali degli individui che siano qualificabili come vulnerabili. La medesima logica si riscontra anche nei meccanismi di cooperazione con i Paesi terzi, nonché nella previsione del sistema di preparazione alle crisi, che tuttavia contiene solo un rapido accenno alla questione della vulnerabilità.¹⁸ È tuttavia ampiamente evidente come soprattutto le situazioni di crisi rendano ancora più complessa la gestione delle migrazioni e la realizzazione di un adeguato bilanciamento tra sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, che rischiano di non porsi come priorità di governi e istituzioni, con evidente e grave pregiudizio specialmente per i più vulnerabili che, in una situazione di emergenza, meriterebbero invece un'accresciuta attenzione.

Nel nuovo patto peraltro, il concetto di vulnerabilità assume anche una seconda e diversa valenza. Tale nozione viene infatti adottata, in modo piuttosto innovativo, anche con riferimento alla condizione degli Stati. La dimensione della *vulnerabilità statale* assume a sua volta un duplice ordine di significati: la nozione rileverebbe innanzitutto come condizione di uno Stato dell'Unione che, in fase di accoglienza di migranti e richiedenti protezione, si trovi a far fronte a situazioni di particolare pressione. L'accertamento di una situazione di vulnerabilità implicherebbe, in quest'ottica, l'esigenza di predisporre misure improntate alla solidarietà da parte degli altri Stati dell'Unione. La condizione di vulnerabilità potrebbe riguardare, in secondo luogo, anche Stati terzi di origine o di transito dei flussi e determinerebbe, nella prospettiva accolta dalla Commissione, la necessità di adottare, da parte dell'Unione europea, una serie di misure finalizzate a sostenere lo sviluppo degli Stati terzi qualificati come vulnerabili, anche e soprattutto nell'ambito

¹⁸ Proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, COM(2020) 613, che afferma di tenere "pienamente conto dei diritti dei minori e delle particolari necessità delle persone vulnerabili" (Punto 3.3).

delle politiche di cooperazione allo sviluppo predisposte dall'Unione nell'esercizio delle proprie competenze in materia.

È evidente che la qualificazione di uno Stato come vulnerabile, cui fa seguito la conseguente adozione nei suoi confronti di una serie di misure volte a sostenerlo nella gestione delle varie fasi dei flussi migratori, finisce per incidere indirettamente anche sulla sfera individuale dei migranti coinvolti, che potrebbero presumibilmente beneficiare delle forme di sostegno riservate a vario titolo allo Stato vulnerabile. È peraltro altresì vero che il paradigma di fondo muta profondamente: il baricentro dell'attenzione rischia infatti di spostarsi dalla vulnerabilità del singolo alla vulnerabilità dello Stato, specialmente alla luce delle difficoltà di trovare un consenso tra gli Stati membri dell'Unione per addivenire ad una riforma compiuta ed adeguata della materia.

L'espansione del ricorso alla nozione di vulnerabilità in quanto concetto poliedrico, idoneo a spaziare dalla dimensione individuale alla dimensione statale, assume dunque, nella dialettica del nuovo patto proposto dalla Commissione, una valenza significativa, funzionale a produrre implicazioni giuridiche di rilievo. Tale dilatazione polisemantica e multidirezionale del concetto di vulnerabilità è da considerarsi tendenzialmente con favore, a condizione tuttavia che l'adozione di una simile eterogeneità di significati, riconducibili alla nozione di vulnerabilità nella sua dimensione statale o individuale, non finisca per tradursi, in sostanza, in una minore attenzione nei confronti dei bisogni specifici dei singoli individui vulnerabili, con conseguente possibile compressione dei loro diritti fondamentali, a vantaggio di una solidarietà interstatale che risulta, anche alla luce del nuovo pacchetto di misure recentemente proposto, sempre più marcata.

DAI RICOLLOCAMENTI ALLA RIFORMA DEL SISTEMA COMUNE DI ASILO, E RITORNO?

Emanuela Pistoia*

SOMMARIO: 1. Prima tappa. – 2. Seconda tappa. – 3. Ritorno. – 4. In attesa dell'epilogo.

1. *Prima tappa*

Lo scorso settembre, nel silenzio in cui versava la riforma del sistema d'asilo a causa del rinnovo di Parlamento europeo e Commissione, si è materializzato un fantasma che sembra essere rimasto silenziosamente tra noi nei mesi successivi: la Dichiarazione di La Valletta del 23 settembre 2019¹. Si tratta di un fantasma perché la Dichiarazione non ha mai assunto valore giuridico, e il motivo deve essere tutto politico poiché le difficoltà tecniche di realizzare un'integrazione differenziata con strumenti esterni all'ordinamento dell'Unione potevano essere superate con un minimo di accortezza. Senza contare che, a breve, avrebbero forse potuto esserci anche i numeri per un'integrazione differenziata interna, tramite l'avvio di una cooperazione rafforzata (minimo nove Stati membri, come richiesto dall'art. 20, par. 2 TUE). Non è chiaro se occorra parlarne al passato perché la stravagante clausola finale stabilisce (o stabiliva, appunto) una durata *minima* di *almeno* sei mesi, suscettibile di essere prolungata in modo apparentemente non tacito. Ad ogni buon conto, com'è noto, la Dichiarazione è stata firmata da quattro Stati – Germania, Italia, Francia e Malta –, con un quinto – la Finlandia presidente di turno del Consiglio – solennemente presente alla riunione (a dare gli auspici dell'Unione con prospettive rimaste indefinite) ma non firmatario. Essa prevedeva un sistema inedito di ricollocamenti, conseguenti a sbarchi di persone soccorse in mare e prive di qualsivoglia visto di entrata o permesso di soggiorno in uno Stato membro, e legati in modo poco chiaro alle richieste di asilo delle persone soccorse e ai criteri di Dublino. L'importante è comunque che prevedesse ricollocamenti, con l'effetto di dare respiro a uno

* Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo.

¹ La si veda su <http://www.statewatch.org/news/2019/sep/eu-temporary-voluntary-relocation-mechanism-declaration.pdf>.

Stato sotto pressione per gli arrivi irregolari. Della Dichiarazione si sono perse le tracce, ma è trapelato che abbia trovato attuazione in occasione di diversi sbarchi.

2. *Seconda tappa*

La sentenza della Corte di giustizia dello scorso 2 aprile² ha riaperto i riflettori sui ricollocamenti, accertando la responsabilità di tre Stati membri, tutti appartenenti al gruppo di Visegrad e grandi nemici di qualsivoglia riforma del sistema di asilo che comporti maggiore solidarietà degli Stati membri: infatti, questi Stati hanno testardamente ignorato la natura vincolante della decisione del Consiglio del 22 settembre 2015 (n. 2015/1601) sui ricollocamenti decisi a beneficio dell'Italia e della Grecia³. Di interessante la sentenza ha alcune considerazioni sul principio di solidarietà in questa materia. In risposta alla difesa della Repubblica ceca, secondo cui l'inazione era giustificata dall'inefficienza e dall'inadeguatezza del meccanismo previsto dalla decisione del Consiglio, la Corte ha puntualizzato che a inefficienza e inadeguatezza in questi casi non si reagisce tramite valutazioni unilaterali, ma con uno spirito di cooperazione e fiducia reciproca tra le autorità degli Stati membri beneficiari della ricollocazione e quelle degli Stati di ricollocazione.

3. *Ritorno*

Lo scorso 9 aprile, i ministri dell'Interno di Francia, Germania, Italia e Spagna hanno indirizzato una lettera ai commissari Schinas e Johansson sulle prospettive di riforma del sistema comune di asilo⁴. La lettera ha contenuti tutt'altro che dirimpenti rispetto alla narrativa sulla riforma del sistema di asilo in voga da anni, ma forse i pregressi citati in tema di ricollocamenti pos-

² CGUE, sentenza del 2 aprile 2019, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia e Commissione europea c. Ungheria*, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

³ Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, L 239/146 del 15.9.2015.

⁴ La si veda in <http://www.statewatch.org/news/2020/apr/eu-ceas-de-es-fr-it-letter-to-com-4-20.pdf>.

sono attribuirle colori più vividi. Essa chiede di creare “*a new and fair system based on responsibility and solidarity*”. Le parole “*fair system*” e “*solidarity*” suscitano qualche speranza, ma il bagno di realismo non tarda: le righe successive precisano che il “*binding mechanism for fair distribution*” dovrebbe operare “*when a member state is under disproportionate pressure*”. La lettera persiste insomma nella stessa logica delle due decisioni di settembre 2015, adottate a beneficio di Grecia e Italia (la decisione (UE) 2015/1523 e la decisione 2015/1601), e dell’infelice proposta di riforma del “regolamento Dublino” presentata dalla Commissione Juncker a maggio 2018. Attuare una redistribuzione solo quando gli Stati in cui si trova il confine esterno dell’UE siano al collasso (reale o percepito, come era il caso dell’Italia ai tempi della Dichiarazione di La Valletta) sembra invero poco “*fair*” ed esprime una “*solidarity*” ... misurata.

Neppure la Dichiarazione di la Valletta era granché “*fair*”, poiché anche quella garantiva i ricollocamenti solo sull’onda dell’emergenza. Li assicurava inoltre a seguito di decisioni prese caso per caso, senza prevedere criteri astratti. Soprattutto, operava esclusivamente su base volontaria, in modo tale da dipendere sempre dalle valutazioni degli Stati di ricollocazione. Solo sotto questo profilo il meccanismo auspicato dai quattro ministri nel quadro della riforma del Sistema comune di asilo sembra migliore: pur sempre sui ricollocamenti, infatti, verte, con la conseguenza di lasciare immutati i criteri di Dublino, soprattutto il criterio dello Stato di primo arrivo.

4. *In attesa dell’epilogo*

Sempre in questo mese di aprile si è materializzato un altro documento che invece sovverte questa logica: è un *non-paper* firmato dai cinque Stati del Mediterraneo investiti dai flussi irregolari: Cipro, Grecia, Malta, Italia, Spagna⁵. Nel quadro di una riforma complessiva del Sistema comune di asilo, il *non-paper* auspica un meccanismo, vincolante, che superi il criterio dello Stato di primo ingresso e si applichi specificamente ai richiedenti protezione internazionale arrivati in uno Stato membro dell’UE per vie irregolari. I criteri di distribuzione sarebbero determinati *ex ante* sulla base delle esigenze dei migranti, così da prevenire alla fonte i famigerati movimenti secondari. Si abbandonerebbe pertanto la prospettiva dei ricollocamenti, che presuppon-

⁵ Leggibile in <http://www.statewatch.org/news/2020/apr/eu-ceas-cy-el-es-it-mt-non-paper-4-20.pdf>.

gono i criteri di Dublino apportandovi deroghe temporanee e legate all'emergenza.

È certamente singolare che due Stati (Italia e Spagna) abbiano espresso due documenti tanto diversi negli stessi giorni. Con chiarezza questo rivela – ma lo si sapeva già – che sarà molto difficile superare la logica dei ricollocamenti nel segno di una solidarietà effettiva tra Stati membri e di una maggiore equità anche a favore dei richiedenti protezione. Se prevarrà la solidarietà “in tono minore” di cui è espressione la lettera dei quattro ministri, non sostanzialmente dissimile da quella sottostante le decisioni del 2015, resterà comunque la prospettiva della Corte di giustizia. Se almeno quel *modus operandi* di siffatta solidarietà ispirerà, nella riforma del Sistema comune di asilo, il testo della normativa sui ricollocamenti e la sua concreta attuazione, nelle difficoltà incontrate sul campo, la richiesta dei quattro ministri dell'Interno potrà avere esiti promettenti.

IL NUOVO PATTO E L'IDEA DI SOLIDARIETÀ:
PRINCIPIO FONDATIVO DEL SISTEMA EUROPEO DI ASILO
O METODO DI ALLOCAZIONE DELLE RESPONSABILITÀ
TRA STATI MEMBRI?

Simone Penasa*

Come noto, la solidarietà rappresenta uno dei principi fondamentali attorno ai quali i Trattati istitutivi dell'Unione Europea hanno deciso di prevedere la creazione di un sistema europeo comune di gestione delle politiche migratorie e dell'asilo. In modo altrettanto evidente, le modalità attraverso le quali ha trovato attuazione (il criterio del Paese europeo di primo arrivo quale criterio di attribuzione della responsabilità statale in materia di asilo) e l'atteggiamento degli Stati membri in occasione di situazioni di "crisi" provocate dall'ingente e imprevedibile arrivo di cittadini di Paesi Terzi ai confini mediterranei dell'Unione Europea (il meccanismo di *relocation* attivato nel 2015 al fine di ridurre la pressione su Italia e Grecia), dimostrano come la definizione della natura, della *ratio* e dei contenuti concreti dell'idea "europea" di solidarietà rappresenti uno dei fronti più "caldi" del rapporto tra istituzioni europee e Stati membri, all'interno della faticosa costruzione di un sistema realmente comune in materia di asilo.

Una serie di questioni meritano di essere richiamate. I doveri di solidarietà devono essere intesi quali elementi costitutivi di quel nucleo fondativo di valori sui quali si fonda l'intera struttura istituzionale, politica e normativa europea? Di conseguenza, sono in grado di resistere alle spinte sovrane – quando non dichiaratamente sovraniste – degli Stati membri, pur nel rispetto della garanzia degli interessi relativi alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico di questi ultimi¹? Il concetto di solidarietà affermato dall'art. 80 TFUE deve essere interpretato come elemento fungibile di un'endiadi composta anche dal richiamo alla «equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati

* Ricercatore di Diritto pubblico comparato, Università di Trento.

¹ Sul punto, si veda la sentenza CGUE, 2 aprile 2020, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, C-715/17, C-718/17 e C- 719/17, EU:C:2020:257. Per un commento, M. SAVINO, *On failed relocation and would-be Leviathans: Towards the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiM Blog*, luglio 2020.

membri», dovendosi declinare pertanto esclusivamente in una dimensione orizzontale (solidarietà tra Stati)? Oppure essa esprime potenzialmente anche una dimensione verticale, nel senso di una solidarietà verso le personerichiedenti protezione internazionale, come potrebbe suggerire anche una interpretazione sistematica con gli articoli 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)?

Inoltre, l'operatività giuridica di tale principio resta subordinata esclusivamente al verificarsi di situazioni di crisi, relativamente alle concrete caratteristiche del fenomeno migratorio storicamente determinatosi (come avvenuto nel 2015), o deve essere intesa quale fattore connotativo del sistema europeo di asilo anche nelle fasi ordinarie e non emergenziali, ponendosi quindi quale «*compulsory, basilar foundation of the common asylum policy*»²?

I «fraitendimenti» relativi alla reale portata di tale principio sembrano essere stati chiariti, almeno in parte, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle decisioni del 2015 in materia di relocation. Parzialmente, in quanto le chiare e inequivoche affermazioni proposte dagli Avvocati Generali nelle Conclusioni relative ai due casi evocati non hanno trovato una piena «eco» nelle argomentazioni della Corte, contribuendo tale asimmetria argomentativa a rafforzare gli equivoci relativi alla natura e all'ambito di applicazione della solidarietà in materia di immigrazione. Da un lato, infatti, tanto l'A.G. Bot quanto l'A.G. Sharpston hanno riconosciuto la portata «fondativa» – costituzionale – di tale principio, in quanto «uno dei valori principali dell'Unione e [che] si trova anzi alle basi di quest'ultima» (Bot, § 17) e uno dei «principi fondamentali del diritto dell'Unione Europea» (Sharpston, § 201). Pertanto, la solidarietà – tra gli Stati – costituisce «un pilastro e un principio guida delle politiche dell'Unione relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione» (§ 20) e, di conseguenza, può assumere «un contenuto concreto e un carattere vincolante» (§ 23), come accaduto attraverso le decisioni relative alla relocation da Grecia e Italia³. Dall'altro lato, la Corte di giustizia ha fatto un uso moderato e accessorio del parametro dei doveri di solidarietà tra Stati Membri, preferendo utilizzare altre vie – la legittimità

² V. MORENO-LAX, *Solidarity's reach: Meaning, dimensions and implications for EU (external) asylum policy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 24 (5), 2017, p. 752.

³ Sia consentito il rinvio a S. PENASA, *La relocation come «minaccia» alla sicurezza nazionale? Prerogative statali, obblighi di solidarietà e spinte sovraniste nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. Sharpston (casi C-715/18, C-718/18 e C-719/18, 31 ottobre 2019)*, in *ADiM Blog*, 30 novembre 2019.

procedurale delle decisioni, ad esempio – per affermare la piena compatibilità delle decisioni sulla relocation con i Trattati⁴.

Compiendo una forse eccessiva semplificazione, che trova peraltro solide sponde nel dibattito dottrinale italiano e internazionale, ad oggi l'idea di solidarietà prodotta dall'incrocio tra spinte integrazioniste derivanti dal livello europeo e resistenze sovrane che caratterizza l'atteggiamento non solo dei Paesi del gruppo di Visegrád (che sono probabilmente i soli a rivendicare e esplicitare la loro opposizione) è quella di un meccanismo di natura emergenziale e sostanzialmente intergovernativa, che consente un'interferenza con le competenze statali esclusivamente in circostanze eccezionali e che viene interpretato nella sua dimensione verticale – solidarietà verso le persone richiedenti protezione – solo in senso residuale e comunque non soddisfacente⁵. In maniera ancora più diretta, il principio di solidarietà scorre nei canali di produzione normativa e di confronto politico prevalentemente – quando non esclusivamente – nel suo significato “emergenziale”, enucleato da quanto previsto dall'articolo 78, terzo comma, TFUE, piuttosto che nella sua portata “di sistema”, proclamata dall'art. 80 TFUE⁶ e assiologicamente connessa all'art. 2 TUE.

In tal senso, il Nuovo Patto sull'immigrazione e l'asilo⁷ presentato dalla Commissione Europea lo scorso settembre e delle relative proposte di riforma in materia rappresenta indubbiamente una occasione per tentare di chiarire quale sia l'idea di solidarietà che orienterà le scelte normative e politiche delle istituzioni europee nei prossimi anni. È su questo aspetto, tra i tanti che la lettura del Patto inevitabilmente può suscitare⁸, che si concentreranno le brevi riflessioni che seguono, attraverso un'analisi critica dei riferimenti contenuti nel Patto e delle soluzioni normative contenute nelle proposte di atti

⁴ *Ex plurimis*, critico sul punto H. LABAYLE, *Solidarity is not a value. Provisional relocation of asylum-seekers confirmed by the Court of Justice*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 21 settembre 2017.

⁵ V. MITSILEGAS, *Solidarity and Trust in the Common European Asylum System*, in *Comparative Migration Studies*, n. 2, 2014, pp. 186 ss.

⁶ Sul punto, ancora V. MORENO-LAX, *Solidarity's reach: Meaning, dimensions and implications for EU (external) asylum policy*, cit.

⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM/2020/609 final, 23 settembre 2020.

⁸ Per un approfondimento dei singoli aspetti di interesse, si rinvia alla *Special series of posts on the New Migration Pact* organizzata dal *Blog Immigration and Asylum Law and Policy*.

normativi destinati a darvi attuazione. Comprensibilmente, né il Patto né i documenti accessori⁹ elaborano in modo significativo gli aspetti relativi al contenuto teorico del principio in oggetto, concentrandosi piuttosto sulla dimensione operativa del medesimo. Non appare quindi casuale che la solidarietà, oltre a una generale affermazione relativa all'esigenza che l'equità (tra Stati) diventi «parte integrante del sistema di asilo dell'UE», sia qualificata come «meccanismo», che risulta funzionale a garantire una equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri. Attraverso tale scelta, viene confermato l'equivoco – o, più realisticamente, la precisa scelta politica – di considerare inscindibilmente connesse le due “anime” dell'art. 80 TFUE, risultando la solidarietà legata da un rapporto di funzionalità rispetto alla equa ripartizione delle responsabilità tra Stati in materia di asilo. Su tali basi, si afferma la necessità di approntare un «nuovo meccanismo di solidarietà», che non preveda la *relocation* come unica misura attivabile e che esprima una maggiore flessibilità sia rispetto ai motivi che ne giustifichino l'attivazione sia rispetto alle misure concretamente adottabili dagli Stati per adempiervi; e che conservi natura obbligatoria esclusivamente nel caso in cui sia accertata una situazione di «pressione» o «crisi».

Nella logica espressa dal Patto, la solidarietà intesa in senso “fisiologico”, non connessa quindi a situazioni di crisi o emergenza, sembra destinata a esprimersi essenzialmente attraverso due modalità: da un lato, a livello europeo, l'attività di monitoraggio e previsione dei flussi e delle capacità di risposta dei singoli Stati Membri e di coordinamento sulla base dei dati raccolti delle risposte a crisi specifiche che dovessero avvenire, che sarà svolta dalla Commissione e dalle Agenzie competenti¹⁰ in particolare mediante l'approvazione di un «programma di preparazione e di risposta alle crisi nel settore della migrazione»¹¹; dall'altro lato, a livello di Stati membri, la formalizzazione di un meccanismo – solo eventuale in quanto condizionato alla as-

⁹ Ad esempio, il *Commission Staff Working Document*, che accompagna la *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund]*, 23 settembre 2020.

¹⁰ Sul ruolo delle Agenzie, L. TSOURDI, *The New Pact and EU Agencies: an ambivalent approach towards administrative integration*, in *Special series of posts on the New Migration Pact*, 6 novembre 2020.

¹¹ Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund]*, cit.

solita discrezionalità statale – di solidarietà volontaria, che gli Stati possono autonomamente decidere di attivare anche al di fuori di situazioni di pressione o crisi, mediante la predisposizione di misure di supporto che possono essere liberamente individuate dagli stessi all'interno di un insieme plurale di misure che vanno dalla *relocation* alla *return sponsorship*, da iniziative di *capacity building* al supporto operativo¹².

Il futuro meccanismo, le cui caratteristiche specifiche sono state definite nella Proposta di Regolamento appena richiamata, è stato efficacemente definito come «*two-layered interstate solidarity model*»¹³, in quanto destinato a svilupparsi secondo modalità differenziate a seconda che la situazione concreta che ne giustifichi l'attivazione sia qualificata dalla Commissione¹⁴ alternativamente come di «pressione» (definita dall'art. 2, lett. w), della Proposta di Regolamento) o di crisi.

In entrambi i casi scatterà l'obbligo per gli Stati di prendere parte alle iniziative di solidarietà verso gli Stati sottoposti a tali situazioni, per motivi che non saranno più legati esclusivamente a ingenti e imprevedibili flussi migratori ma anche – ad esempio – a «crisi politiche»¹⁵ o a cause di forza maggiore come nel caso di pandemie sanitarie (anche se solo in caso di situazioni di crisi e non di semplice pressione). Tuttavia, il Patto – e la relativa proposta di regolamento – conferisce agli Stati la facoltà di scegliere quali misure adottare concretamente al fine di adempiere al proprio dovere di solidarietà, tra quelle predeterminate a livello di proposta di regolamento (art. 45), specificando che in caso di crisi gli Stati potranno optare esclusivamente tra la *relocation* e il supporto (*sponsorship*) alle procedure di rimpatrio degli stranieri illegalmente presenti (art. 55). Pertanto, se l'*an* dell'attivazione del meccanismo viene attribuito alla previa valutazione svolta dalla Commissione, su propria iniziativa alla luce delle informazioni disponibili o su richiesta di uno Stato membro (art. 50), il *quomodo* della sua realizzazione è riservato alla autonoma e discrezionale valutazione di ciascuno Stato, pur all'interno

¹² Secondo l'elenco di misure attivabili nell'ambito del meccanismo di solidarietà previste dall'art. 45 della *Proposal for a Regulation on asylum and migration management*, cit.

¹³ S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, in *CESP Policy Insights*, n. 2020-22, settembre 2020, 6.

¹⁴ Alla quale è riservata un'ampia discrezionalità: sul punto, F. MAIANI, *A "Fresh Start" or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, in *Special series of posts on the New Migration Pact*, 20 ottobre 2020.

¹⁵ Sulla difficile definizione di tale concetto, ancora S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, cit., 8.

delle misure predeterminate a livello europeo e nella misura anch'essa stabilita *ex ante* dalla Commissione sulla base di una formula basata sui criteri relativi alla popolazione (50%) e al PIL (50%) di ciascuno Stato (art. 54).

In tal senso, si è descritto tale meccanismo come un sistema di solidarietà «asimmetrica»¹⁶, se non nell'*an* certamente nel *quomodo*¹⁷, che cerca attraverso la flessibilità nella individuazione dei doveri di solidarietà e la predisposizione di incentivi di natura economica (art. 61) di favorire una effettiva e “spontanea” – pur nell’ambito di misure di natura obbligatoria – adesione al medesimo. Attraverso, quindi, la flessibilità nella scelta delle misure che ciascuno Stato potrà autonomamente decidere di adottare, si è voluto in qualche modo equilibrare la natura obbligatoria del meccanismo, peraltro limitata alla previadiclarazione dell’esistenza di una situazione di pressione o crisi migratorie: l’obiettivo pare essere quello di risolvere l’asimmetria distributiva tra gli Stati membri¹⁸, che caratterizza in modo ormai strutturale il sistema europeo di asilo, attraverso una concezione asimmetrica dei doveri di solidarietà. Se questa è – e sarà – la “via” europea alla solidarietà, sarà necessario altrettanto realisticamente riconoscere che l’altra “faccia” della gestione dei fenomeni migratori – la protezione effettiva dei diritti delle persone richiedenti protezione internazionale – difficilmente potrà essere garantita attraverso il riconoscimento di una dimensione verticale della solidarietà. Anzi, l’inclusione della misura della *return sponsorship* quale alternativa alla *relocation* è stata interpretata da alcuni tra i primi commentatori del Patto quale segnale della volontà politica di confermare la centralità di una concezione “intergovernativa” del principio della equa ripartizione della responsabilità, lasciando «*at the periphery*» del sistema la protezione dei diritti delle persone direttamente coinvolte¹⁹.

Tentando di proporre alcune considerazioni conclusive, a margine di un’analisi inevitabilmente parziale del “posto” occupato dalla solidarietà all’interno del nuovo Patto sull’immigrazione e l’asilo, non resta che riconoscere che il nuovo meccanismo è destinato a reggersi sulla medesima pietra angolare che caratterizza l’attuale sistema europeo di asilo: il criterio del pae-

¹⁶ *Ivi*, 6.

¹⁷ Diverso è infatti l’impegno di uno Stato e il conseguente alleggerimento della pressione sullo Stato che necessita di supporto nel caso della relocation rispetto alla return sponsorship.

¹⁸ F. MAIANI, *A “Fresh Start” or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, cit.

¹⁹ S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, cit., 8.

se di primo ingresso per la competenza per le richieste di protezione internazionale. La matrice, quindi, non è destinata a mutare. L'obiettivo del Patto pare essere piuttosto quello di assicurare una maggiore efficienza del modello esistente, interpretando i doveri di solidarietà – tra Stati – non tanto come espressione di una comune adesione ad un sistema europeo *comune* di asilo, che faccia della solidarietà rispetto alla distribuzione fisiologica delle richieste il presupposto per una equa ripartizione delle responsabilità, quanto piuttosto come strumento di un successivo riequilibrio dei “costi” prodotti dalla gestione dei flussi migratori nel momento in cui gli effetti di questi ultimi risultino difficilmente (situazione di “pressione”) o non più sopportabili (situazione di “crisi”) per gli Stati membri interessati in prima battuta da tale fenomeno.

Da questo punto di vista, sembrano comprensibili i primi commenti critici all'impianto assiologico espresso dal Patto, dei quali si è dato conto in questo breve contributo. Come efficacemente riconosciuto da Thym, «*the reform package is more about pragmatism than principles*»²⁰ e questa può essere quindi considerata comprensibilmente come un'occasione persa per elaborare una teoria europea della solidarietà²¹. Tuttavia, in assenza di una esplicita presa di posizione “teorica” da parte della Commissione, è forse proprio quello che si è descritto in precedenza il carattere connotativo della teoria “europea” della solidarietà nell'ambito dell'immigrazione e dell'asilo: una concezione pragmatica della medesima, la quale è considerata non tanto un valore in sé, quanto un *metodo* funzionale a una più equa – per gli Stati membri – distribuzione delle responsabilità derivanti dalla pressione prodotta sull'Unione europea dal fenomeno migratorio. Occorre altrettanto realisticamente riconoscere che in tale ottica, non solo l'idea di solidarietà, ma anche quella di responsabilità, esprimono una portata giuridica vincolante di tipo prevalentemente – quando non esclusivamente – interstatale, dal momento che la responsabilità degli Stati in termini di tutela dei diritti delle persone al confine, quantomeno rispetto all'ambito di applicazione dell'art. 80 TFUE, si viene a porre quale mero effetto indiretto derivante da una più equa ripartizione tra gli Stati della responsabilità – dei “costi” – derivanti dall'attuazione delle politiche europee in materia. Alla luce di alcune propo-

²⁰ D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *Special series of posts on the New Migration Pact*, 28 settembre 2020.

²¹ F. MAIANI, *A "Fresh Start" or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, cit.

ste contenute nel Patto, ad esempio l'estensione delle possibilità di utilizzare procedure accelerate al confine e l'inclusione della *return sponsorship* tra le misure di solidarietà autonomamente implementabili dagli Stati, la logica della tutela dei diritti non appare solo un obiettivo indiretto, ma addirittura cedevole rispetto al prevalente obiettivo di assicurare una migliore efficienza delle politiche europee.

In conclusione, occorre in ogni caso tentare una lettura *in bonam partem* dell'approccio improntato alla «*realpolitik*»²² adottato nel Patto, anche per evitare che lo stallo che da tempo caratterizza le riforme in materia di asilo e immigrazione prosegua, finendo inevitabilmente con il rendere ancora più tesi i rapporti con gli Stati membri, o almeno una parte di questi, e Unione Europea e – di conseguenza – ancora più fragile la già debole tutela effettiva dei diritti “al confine”. Alla luce dell'esperienza maturata in relazione agli infruttuosi tentativi di modificare dalle fondamenta il sistema “Dublino”, si potrebbe quindi riconoscere – in maniera senz'altro non soddisfacente e anzi frustrante nella prospettiva di una concezione di solidarietà non solo “tra Stati” ma anche “verso le persone” – che la solidarietà delineata dal Patto non rappresenti il modello migliore, ma il migliore dei modelli possibili, in considerazione delle condizioni politiche, istituzionali e sociali che caratterizzano attualmente le relazioni tra istituzioni europee e statali.

In attesa di verificare che l'adozione degli atti normativi proposti al fine di attuare i contenuti del Patto si realizzi effettivamente, una concezione “procedurale” di solidarietà – intesa non tanto come principio fondativo del sistema europeo di asilo quanto come metodo funzionale a una più equa redistribuzione delle responsabilità tra gli Stati membri – può essere interpretata come un realistico – cinico, in un certo senso – compromesso, finalizzato a favorire una sua effettiva approvazione e successiva attuazione “non conflittuale” da parte degli Stati. In tale prospettiva, la Commissione sembra avere metabolizzato all'interno del Patto il fatto che, anche alla luce degli insoddisfacenti risultati prodotti da alcune recenti iniziative intergovernative come la Dichiarazione congiunta di Malta del 23 settembre 2019²³, una con-

²² D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, cit.

²³ *Joint declaration of intent on a controlled emergency procedure. Voluntary commitments of Member states for a predictable temporary solidarity mechanism*, sulla quale sia consentito il rinvio a S. PENASA, G. ROMEO, *Sovereignty-based Arguments and the European Asylum System: Searching for a European Constitutional Moment?*, in *European Journal on Migration and Law*, n. 22/2020, 23- 26.

cezione operativa e procedurale di solidarietà è quella che gli Stati membri sono plausibilmente più inclini ad accettare. La “via” procedurale alla solidarietà che la Commissione sembra avere deciso di continuare a percorrere potrebbe – ma questa previsione potrà essere confermata o smentita solo alla luce della futura prassi attuativa – in tal senso contribuire a “svelare” la natura preconcepita e ideologica di una eventuale contrarietà manifestata da parte di alcuni Stati membri rispetto alle soluzioni operative proposte, tenuto conto della centralità assunta dalla discrezionalità statale nel definire il concreto funzionamento del futuro meccanismo di solidarietà. Resta, tuttavia, aperta la questione relativa alla possibilità che il complesso sistema di collaborazione tra Stati ideato dalla Commissione possa trovare effettiva attuazione, risultando condizionato da un lato alla volontà degli Stati e dall’altro all’efficacia e alla concreta operatività dei meccanismi sui quali essenzialmente si fonda. Il bilancio sostanzialmente fallimentare della esperienza in materia di *relocation* vissuta nel 2015, unita ad un diffuso livello di diffidenza quando non esplicita contrarietà manifestato da parte degli Stati membri nei confronti di tale strumento, da un lato, e il non certo entusiasmante tasso di procedure di rimpatrio effettivamente eseguite da parte degli Stati membri fino ad ora, dall’altro, potrebbero condurre a una previsione non ottimistica in tal senso.

In conclusione, se non una scommessa²⁴, la previsione delle effettive modalità di attuazione del “nuovo” progetto europeo rappresenta senz’altro un’incognita, esprimendo *in nuce* una serie di variabili – la Commissione potrà valutare le scelte effettuate dagli Stati tra *relocation* e *return sponsorship*? Quali concrete misure di *enforcement* saranno previste in caso di mancato adempimento? Quale sarà la discrezionalità della Commissione nel verificare l’esistenza di un adeguato fondamento empirico (statistico, sociologico, economico) per la dichiarazione dell’esistenza di una situazione di “pressione” o di “crisi”? – e di *caveat* non rinunciabili, primo fra tutti la predisposizione di misure che possano assicurare un recupero in termini di tutela effettiva dei diritti delle persone migranti, quali ad esempio un rafforzamento dei canali legali di accesso all’Unione Europea e un più adeguato monitoraggio del rispetto dei diritti alle frontiere europee.

²⁴ Utilizza questo termine F. MAIANI, *A “Fresh Start” or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, cit.

ON FAILED RELOCATION AND WOULD-BE LEVIATHANS: TOWARDS THE NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM

Mario Savino*

SUMMARY: 1. At the origin of the dispute. – 2. The ruling. – 3. Article 72 TFEU: a “cherry-picking” clause? – 4. The Public Policy Clause: Equal for All? – 5. Towards the New Pact on Migration and Asylum: what future for the relocation?

1. *At the origin of the dispute*

With the decisions 2015/1523¹ and 2015/1601² of September 2015, the EU Council introduced, on the basis of Article 78(3) TFEU, a provisional derogation from the rule of the Dublin III Regulation³, which assigns responsibility for the examination of asylum claims to the Member State of first entry. The two relocation decisions were aimed at redistributing 160,000 asylum seekers from Italy and Greece to other Members States in what was considered the main EU measure of inter-state solidarity in the face of the refugee crisis. However, this first experiment of relocation has proven to be controversial and unsatisfactory.

Its controversial nature emerged soon after the approval of the second Council decision. Whereas the first decision (2015/1523 of 14 September) provided for the relocation of 40,000 asylum seekers without indicating national quotas and was adopted unanimously, the second decision (2015/1601 of 22 September) added 120,000 relocation pledges based on a quota system that was binding on each Member State. This helps to explain why it was

* Full Professor of Administrative Law, Tuscia University.

¹ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Council Decision (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece, 15.09.2015.

² COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece, 24.09.2015.

³ Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanism for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), 29.6.2013.

approved by majority, with the opposition of the Czech Republic, Romania, the Slovak Republic and Hungary. Moreover, the latter two States, with the support of Poland, challenged the legality of the decision with an action for annulment, but the Court of Justice (“CJEU”), in its ruling of 6 September 2017⁴, rejected their complaints and confirmed the validity of the second decision.

Following that ruling, the Commission speeded up the infringement procedure launched in June 2017. In December 2017, when the temporary relocation scheme had already expired, the Commission brought Poland, Hungary and the Czech Republic before the CJEU to ascertain their failure to comply with the two decisions. During the two-year duration of the scheme, the three States of the Visegrád Group had indeed ignored their obligations. But it would be misleading to assume that it was the reluctance of the three Visegrád countries to determine the partial failure of the relocation scheme. At the end of the two-year scheme, in fact, only four Member States had been fully compliant, while many others had made available fewer pledges than their planned quotas. Other reasons, pertaining to the overall limited administrative capacity of the Union, contribute to explain that failure. A too ambitious regulatory scheme, based on binding national quotas and/or an extensive use of individual coercive measures, can hardly be implemented in a satisfactory way on a continental scale. As it is suggested below (§ 5), this is a lesson that the upcoming New Pact on Migration and Asylum should not neglect.

2. *The ruling*

In the case decided by the Court of Justice in April 2020⁵, the three resistant States defended the legitimacy of their behaviour by putting forward the following argument: the decisions on relocation could be disregarded insofar as they did not allow Member States to exercise their prerogatives on «the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security» that Article 72 TFEU protects.

In addressing this argument, the CJEU had to clarify the scope of Article

⁴ CJEU (Grand Chamber), Judgement of 6 September 2017, *Slovakia and Hungary v. Council*, Joined Cases C-643/15 and C-647/15, EU:C:2017:631.

⁵ CJEU, 2 April 2020, *Commission v. Poland, Hungary and Czech Republic*, Join Cases C-715/17, C-718/17 e C-719/17.

72 TFEU, which constitutes one of the most ambiguous provisions of the Treaties on the Area of Freedom, Security and Justice. Can Article 72 TFEU – read together with Article 4(2) TEU, which considers the maintenance of public policy as one of the “essential functions of the State” – be construed as an opting-out clause, allowing Member States to disapply EU law anytime it obstructs the exercise of their “Hobbesian” responsibilities? The negative answer provided by the Court, although convergent with the one suggested by the Advocate General (“AG”) Sharpston, departs from it in a significant respect and deserves further attention (§ 3).

Linked to the former argument is the interpretation offered by the Court of the public policy/public order (hereinafter, only “public policy”) clause that, pursuant to Article 7(5) of both Council decisions, a Member State can invoke to oppose the relocation of a single asylum seeker when s/he is considered dangerous. This interpretation, although incomplete, marks an important step in EU case-law, as it attempts to bridge the gap between the liberal notion of public policy, traditionally applied to the realm of the freedom of movement of European citizens/workers, and a broader, more discretionary, understanding of that notion, which emerged in three recent cases concerning third-country nationals (§ 4).

3. *Article 72 TFEU: a “cherry-picking” clause?*

According to the Visegrád States, pursuant to Article 72 TFEU, their responsibilities for maintaining public policy and safeguarding internal security would prevail over incompatible obligations arising from EU secondary legislation. In their view, the mentioned provision would act as a «conflict of laws rule», which would assert the primacy of Member States’ “Hobbesian” prerogatives by allowing them to disapply any act adopted under Title V TFEU, when the exercise of *those* prerogatives could be compromised. In the case at hand, their refusal to apply the decisions on relocation would be justified precisely by the inadequacy of the security checks provided therein: an interpretation which would threaten both European cooperation on immigration and asylum and the uniform application of EU law in this area.

In her Opinion, however, AG Sharpston opposed the would-be Levia-thans’ view, claiming that Article 72 TFEU «most obviously serves to remind the EU legislature of the need to make appropriate provision, in any secondary legislation enacted under Title V, for Member States to be able to discharge those responsibilities», with the consequence that, «[w]ere the EU

legislature to disregard that obligation when drafting, Article 72 TFEU would provide a clear basis for a Member State to bring an action for annulment» (§ 202). Therefore, Article 72 TFEU would not be «a conflict of laws rule», which establishes the priority of a Member State competence over EU secondary legislation, but, rather, «a rule of co-existence», which requires that also *that* State competence is exercised in compliance with Union law.

According to this reading, Article 72 TFEU would be a rule on European legislation aimed at ensuring that EU law foresees specific clauses to safeguard public policy functions and Member States' competence on internal security. Thus, it would be a parameter of constitutional legitimacy of EU secondary legislation, which would leave no room for derogation or non-application of EU norms by the Member States.

The interpretation of Article 72 TFEU proposed by the CJEU appears, on this point, different. The Luxembourg judges move from the premise that Article 72 TFEU is comparable to the derogations with which the Treaties authorise Member States to adopt appropriate measures to ensure law and order on their territory. It follows – in accordance with the well-established European jurisprudence on freedom of movement – that derogatory State measures do not fall within an absolute reserve of State sovereignty, since «The recognition of the existence of such an exception (...) might impair the binding nature of European Union law and its uniform application» (§ 143). Therefore, a Member State wishing to invoke Article 72 TFEU in order to exercise its responsibilities in derogation of Union law cannot do so «unilaterally» but must act under the control of the European institutions, that is, by showing before the Court the legality and the proportionality of the derogation (§ 146-147).

As a result, both the AG and the CJEU reject the Leviathans' view that Article 72 TFEU is an opting-out clause. Yet, they reach this conclusion on the basis of divergent interpretations of Article 72 TFEU⁶. Following the AG, Article 72 TFEU can be seen as a rule on the exercise of EU legislative powers: that is, as a norm which is exclusively addressed to the EU legislator, has no “conflictual” character and does not legitimise any “Hobbesian” claims of the Member States. According to the CJEU, by contrast, Article 72 TFEU can be understood as norm that is addressed also to the Member States and that may authorise them

⁶ See D. THYM, *Legal Framework for UE Entry and Border Control Policies*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, Beck/Hart/Nomos, 2nd edition, 2016, §§ 26-27.

to derogate from EU secondary legislation, provided that their choice is not unilateral, but is legally consistent with the overarching principles of EU law and is, thus, subject to the scrutiny of the Court itself.

Although based on the brave assumption that Article 72 TFEU is equivalent to the public policy clauses limiting freedoms of movement, the latter hermeneutical option appears more balanced, insofar as it acknowledges the relevance of Member States' security-related concerns under Title V of the TFEU and, therefore, contributes to the definition of a more *inclusive* space of cooperation on immigration and asylum. This supranational space remains open also to the Member States who cherish their "Hobbesian" prerogatives (*i.e.*, to the Visegrád Group), provided that those aspiring Leviathans learn how to translate their concerns into proportionate decisions, fully compliant with the European rule of law.

4. *The Public Policy Clause: Equal for All?*

In its consolidated jurisprudence on the public policy clause, which dates back to the *Bouchereau* case⁷, the CJEU has inferred from the *preventive* nature of the administrative measures (e.g. of expulsion) affecting a *fundamental liberty* (e.g. the freedom of movement of a European worker/citizen) a series of important standards of legality, now condensed in Article 27(2) of the "Free Movement" directive 2004/38/EC⁸: *i*) the proportionality of the measure, resulting from the balancing of the State interest in maintaining public policy with the interest of the concerned individual to stay in the territory of the host State; *ii*) the incompatibility with EU law of any automatic expulsion related to previous criminal convictions and the exclusive reference to the overall conduct of the concerned person; *iii*) the relevance of such conduct only when it represents «a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society», without the possibility to rely on considerations of general prevention.

⁷ CJEC, Judgement of 27 October 1977, *Régina v. Pierre Bouchereau*, Case C-30/77, EU:C:1977:172.

⁸ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/35/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC.

Not less importantly, in a series of ruling adopted in 2015 and 2016⁹, the CJEU started to extend the same standards outside the realm of the freedom of movement, to the benefit of third-country nationals: according to this “territorial” approach, whenever the protection of a fundamental right in the territory of the EU is at stake, the same set of guarantees against the arbitrary use of administrative powers should apply, regardless of the nationality of the person concerned.

Since 2017, though, a different approach surfaced. In the realm of immigration, in fact, the CJEU upheld State measures adopted on grounds of public policy even if the threshold of «a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society», well-established in the area of the Free Movement Directive, was not met. This had occurred in three hypotheses, which concerned a third-country national who: *i*) was denied a visa on the ground of a suspect merely related to his profession and not to his actual conduct¹⁰; *ii*) was suspected of being the author of a serious crime and, hence, expelled after a short period of time spent in a Member State¹¹; *iii*) more problematically, had lived for a long time in a Member State, where he had family ties, and yet was automatically expelled on the ground of a previous conviction¹².

Although the first two cases appear compatible also with the traditional territorial paradigm, which affords the same level of protection (of a fundamental right) to anyone who has settled in the territory of the Union, all the three cases – and the latter in particular – point to the emergence of a double standard of protection from State preventive measures, depending on whether the relevant area is free movement or immigration. According to this citizenship-based approach, the level of protection would depend on whether the concerned person is an EU citizen or not. And it would be precisely the presence of Article 72 TFEU in Title V of the Treaty which «does point to a difference between public policy and security in free movement law and in immigration law»¹³.

⁹ See CJEU, Judgement of 11 June 2015, *Zb. v. O.*, Case C-554/13, EU:C:2015:377; CJEU, Judgement of 15 February 2016, *J.N. v. Staatssecretaris*, Case C-601/15 PPU, EU:C:2016:84.

¹⁰ See CJEU (Grand Chamber), Judgement of 4 April 2017, *Fabimian v. Bundesrepublik Deutschland*, Case C-544/15, EU:C:2017:255.

¹¹ See CJEU, Judgement of 12 December 2019, *Staatssecretaris v. E.P.*, Case C-380/18, EU:C:2019:1071.

¹² See CJEU, Judgement of 12 December 2019, *G.S. and V.G. v. Staatssecretaris*, Joined Cases C-381/18 and C-382/18, EU:C:2019:1072.

¹³ Opinion of Advocate General Szpunar in *Fabimian*, § 61.

Therefore, in dealing with the public policy clause embodied in Article 5(7) of the two relocation decisions, the CJEU had to face the following dilemma: in the words of AG Pitruzzella¹⁴, «[w]e might regard grounds of public policy as concentric circles with the EU citizen at their centre; the further we move from that centre and from the fundamental status accorded to EU citizens, the wider the discretion accorded to Member States in the assessment of grounds of public policy. Alternatively, we might regard the discretion enjoyed by the Member States as being limited when it is exercised in the context of a restriction on a fundamental right».

Even though the ruling on relocation does not dissolve all doubts, it is not a surrender to a “Europeanized” nationalist vision, aimed at protecting more the freedoms of European citizens than the (same) freedoms of third-country nationals. It is true that, with regard to the «reasonable grounds» that Article 5(7) of the Council decisions envisages as a limit to relocation, the CJEU sets aside the stricter standard of Article 27 of the Free Movement Directive and concedes that the concept of public order «must be interpreted more broadly than it is in the case-law in relation to persons enjoying the right of free of movement» and «may cover inter alia *potential* threats» (§ 157).

However, the possibility of considering potential threats (in addition to actual ones) is related, in the specific case, not to the status of a third-country citizen, but to a factual circumstance: since the asylum seeker, who recently arrived in the territory of the Union, is still outside the territory of the State of relocation when the security checks are carried out, it is unlikely that the authorities of that State have sufficient information for a rigorous assessment of the threat that the individual may pose. Such an approach would be, thus, compatible with the “territorial” criterion that has been so far predominant.

Moreover, the Court adds two limits to the discretionary assessment of the States of relocation. First, the reasonable grounds for regarding an asylum seeker as a danger to national security or public order can be invoked «only if there is consistent, objective and specific evidence» and «in the light of an overall examination of all the circumstances of the individual case concerned» (§ 159). Second, the State of relocation can invoke those reasonable grounds «only following a case-by-case investigation of the danger actually or potentially represented by the applicant for international protection concerned for those interests» and, therefore, cannot «peremptorily invoking Article 72 TFEU in that procedure for the sole purposes of general prevention» (§ 160).

¹⁴ See his opinion in *G.S. and V.G.*, §§ 49-50.

As a result, the CJEU managed to keep alive the essential part of the traditional system of protection condensed in Article 27 of Directive 2004/38/EC: the need for an individualized and fact-based approach in the exercise of State “Hobbesian” competences and the exclusion of any general-preventive approach. Therefore, a lower level of protection against public order measures seems to be circumscribed only to hypotheses concerning non-fundamental rights. This is certainly the case with the freedom of first entry, where, in the current state of public international law, the discretion of the States is broader, if not absolute; but it is also the case under examination, where the relevant individual position is not the (fundamental) right to international protection, but the migrant’s mere expectation – not protected as such by EU or international law – of being relocated to a Member State other than that of first entry into the Union.

5. *Towards the New Pact on Migration and Asylum: what future for the relocation?*

The implementation of the two Council decisions on relocation of September 2015 has been unsatisfactory: at the end of the two-year scheme, only 34,700 people have been redistributed from Italy and Greece out of the 47,905 pledges actually made available by the other Member States¹⁵. As the analysis of the Commission’s progress reports on relocation suggests, this failure may be considered as the combination of a number of problems that go beyond the mere political resistance of the Member States of the Visegrád Group. Among the factors impacting on the implementation of the relocation decisions, three, in particular, deserve a mention.

First, Greece and Italy experienced difficulties in developing an adequate system for identifying eligible asylum seekers. Serious problems soon emerged in the internal coordination between the central Dublin unit and the decentralized operation units. Lack of qualified resources, insufficient information and training of the relevant personnel, absence of operational

¹⁵ See EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration, COM(2019) 481 final, 16.10.2019, p. 1, and European Commission, Annex 6 to the Report from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Progress report on the European Agenda on Migration. Relocation, COM(2017) 669 final, 15.11.2017.

guidelines, have further compromised the internal implementation process of the relocation mechanism. These difficulties have been only slowly and partially overcome, despite the insistence of the Commission.

Second, some States of relocation displayed a non-cooperative and distrustful attitude, which emerged in various respects. Some Member States, for example, requested to duplicate the security checks already carried out by the Greek and Italian authorities ahead of the transfer of an eligible person. Such a request was rejected by Italy, and was only partially met later, during the second year of the programme, with the involvement of Europol officials in the checks. Other States, moreover, imposed additional conditions to the relocation, which were not foreseen by the Council decisions: *inter alia*, health checks, or the preference for specific type of applicants, considered as more “acceptable” over others (e.g., families rather than single adult men), as well as restrictions concerning their country of origin. Further difficulties have emerged at the operational level, with problems of communication and delays that have often been experienced in the practical organisation of transfers.

Finally, and perhaps most importantly, the process of implementation has been hindered by the high threshold of admissibility – an average protection recognition of at least 75% based on periodically updated Eurostat data – required for asylum seekers in order to be included in the relocation mechanism. This threshold restricted the circle of the beneficiaries of the mechanism to very few nationalities - initially three (Syrian, Eritrean and Iraqi), then only two (Syrian and Eritrean) - thus reducing the potential pool of eligible applicants. Germany and other Member States had imposed such a condition in order to avoid the difficult repatriation of asylum seekers eventually rejected after their relocation. As a result, Italy was able to relocate almost only Eritrean applicants, accounting for just 4% of the total number of asylum seekers therein registered between 2015 and 2017.

Overall, this first experiment of relocation reveals the existence of a serious executive deficit of the Union, which is both general and specific to the migration realm. The general deficit has a structural character and stems from the very diverse administrative resources and capacity of each Member State. This asymmetry affects their ability to coordinate, both internally and with the administrative counterparts of other Member States, and it is also related to the lack of mutual trust. However, neither the Commission nor the European agencies currently have the resources and competences to adequately support national units, or to settle inter-administrative disagreements and distrust. They equally lack the capacity to directly implement EU law in this realm, which is so intimately linked to State sovereign prerogatives.

A more specific deficit concerns the inefficiency of the EU return policy, which turns out to be a major obstacle to inter-state solidarity and burden-sharing in the area of asylum. According to EU law, asylum seekers should be repatriated following the refusal of their request for protection. However, repatriation is costly and crucially depends on the active cooperation of the States of origin, which are often reluctant to engage in such operations. Therefore, a systematic redistribution of asylum seekers, regardless of the success-rate of their applications for international protection, would imply that the States of relocation share not only the burden of reception and examination of their claims, but also the costs associated with the return of rejected asylum seekers and/or the management of their irregular presences. This explains why Germany and other non-frontline Member States not only wanted the mentioned threshold to be included in the relocation scheme, but now insist on the need to both prevent secondary movements and establish more selective border procedures in the context of the Dublin reform.

If the upcoming New Pact on Migration and Asylum will ignore this executive deficit of the Union and will not ease it through a “lighter” and less ambitious regulatory framework, the EU asylum policy of tomorrow is likely to be equally unsustainable in terms of administrative implementation and, ultimately, ineffective in overcoming the current imbalances.

IL DIRITTO ALLE FRONTIERE INTERNE ED ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA

OLTRE I DECRETI SICUREZZA: LA "TIRANNIA DI SCHENGEN" SULLA POLITICA DELL'ITALIA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE E ASILO

Mario Savino*

La nuova compagine di governo, insediatasi a settembre 2019, modificherà i decreti sicurezza¹, voluti dell'ex ministro dell'interno Matteo Salvini?

Nonostante le riserve espresse dal Presidente della Repubblica in sede di promulgazione e i molteplici dubbi di legittimità costituzionale avanzati, un intervento che cancelli quei decreti appare improbabile, almeno per due ragioni. La prima, più nota, è legata alle contingenze della politica interna. Il Movimento 5 Stelle, azionista di maggioranza dei governi Conte I e Conte II, difficilmente accetterebbe di abolire decreti votati dai suoi parlamentari pochi mesi fa e, così, di cadere in contraddizione con sé stesso su un tema decisivo sul piano elettorale come l'immigrazione. È vero che negli auspici dell'attuale maggioranza le urne dovrebbero essere lontane, ma la tradizionale instabilità dei governi italiani (ben 66 in 70 anni, contro i 24 della Germania nello stesso lasso di tempo) e la capacità dei partiti politici ora all'opposizione di costruire consenso su questo tema impongono un approccio ispirato alla massima cautela.

Vi è però un'altra ragione – questa volta esogena e forse meno nota (o meno diffusamente percepita da chi non abbia responsabilità istituzionali), ma non meno importante – legata alla appartenenza dell'Italia all'area Schengen: una appartenenza che da anni spinge i governi italiani, al di là del loro colore, ad optare per soluzioni restrittive nella gestione dei flussi migratori.

A questa "tirannia di Schengen" sull'agenda politica italiana in materia di immigrazione e asilo è dedicato il primo editoriale del Blog dell'Accademia

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Tuscia.

¹ D.l. n. 113 del 2018, convertito dalla l. n. 132 del 2018, e d.l. n. 53 del 2019, convertito dalla l. n. 77 del 2019.

di diritto e migrazioni (ADiM). La scelta del tema non è casuale: riflette la convinzione, condivisa dai responsabili del nuovo Blog, che l'analisi dei problemi del diritto dell'immigrazione richieda una valutazione equilibrata e realistica delle scelte compiute da legislatori, amministratori e giudici: per essere tale, l'analisi giuridica non può prescindere dalla considerazione dei fattori meta-giuridici che condizionano le decisioni assunte nel "contesto dato".

Quali sono, dunque, i condizionamenti che derivano dall'appartenenza dell'Italia all'area Schengen? Per rispondere, è utile fare un passo indietro e tornare alla fase fondativa. Nel suo libro *Frontiera Sud. L'Italia e la nascita dell'Europa di Schengen* (2018), Simone Paoli ricostruisce accuratamente la posizione dell'Italia e dei soci fondatori del club di Schengen nella lunga fase di gestazione che condusse alla realizzazione dell'area di libera circolazione (1985-1995). Inizialmente, l'Italia, pur interessata all'accordo sulla mobilità, fu tenuta ai margini delle negoziazioni perché priva di una legislazione che garantisse una gestione adeguata dei flussi in arrivo. Solo l'adozione della prima legislazione (per l'epoca, restrittiva) in materia – la legge Martelli del 1990 – consentì all'Italia di essere ammessa al tavolo per sottoscrivere l'accordo. Ma bisognerà attendere l'adozione della legge Turco-Napolitano (la n. 40 del 4 marzo 1998) – cioè l'introduzione di una disciplina organica su rimpatri ed espulsioni e l'istituzione di appositi centri detentivi, allora denominati Centri di permanenza temporanea – per l'effettivo ingresso dell'Italia nell'area Schengen (ingresso avvenuto il 31 marzo 1998, 27 giorni dopo l'adozione della predetta legge). Questa vicenda rivela un dato politico importante: i partners europei dell'area Schengen diffidavano della capacità dell'Italia di gestire in modo rigoroso e ordinato i flussi migratori e temevano che il nostro ingresso nel club avrebbe offerto agli immigrati irregolari provenienti dai Balcani, dal Medio Oriente e dall'Africa un comodo varco di accesso ai loro territori.

Tuttora, i rapporti di forza sui quali si fondano lo Spazio Schengen e il sistema Dublino, suo corollario, sono fortemente asimmetrici. Gli Stati appartenenti al nucleo originario dell'area di libera circolazione sono in grado di imporre agli altri partners periferici una gestione rigorosa dei controlli alle frontiere esterne (e la responsabilità per l'accoglienza dei richiedenti asilo in quanto paesi di primo ingresso) come condizione per la loro partecipazione. Possono imporre queste condizioni agli aspiranti membri, perché la decisione sulla ammissione di nuovi Stati nell'area Schengen è ancora sottoposta al vincolo dell'unanimità, cioè al potere di veto del singolo Stato (la Romania e la Bulgaria, pur avendo aderito all'Unione nel 2004, attendono ancora di essere ammessi nell'area Schengen, ed è prevedibile una lunga attesa anche per

la Croazia, che pure secondo la Commissione avrebbe i requisiti², e il resto dei Balcani, condannati dalla geografia, che ne fa un naturale corridoio naturale di transito verso il cuore dell'Europa, e dalla "inaffidabilità" della Grecia, che alimenta quel corridoio). Non dissimile è la capacità di pressione nei confronti dei paesi- frontiera, come l'Italia, che, pur partecipando da tempo a Schengen, potrebbero di fatto esserne esclusi in quanto le norme europee consentono di ripristinare i controlli alle frontiere interne per isolare i partners che non presidino adeguatamente le frontiere esterne³.

A rafforzare l'originaria diffidenza verso l'Italia avevano già contribuito i flussi collegati alle "primavere arabe", di fronte ai quali nel 2011 l'Italia scelse la strategia del "lasciapassare", suscitando le ire della Francia, il primo saliente episodio di reintroduzione dei controlli alle frontiere interne e una modifica del Codice frontiere Schengen che, con il richiamato art. 29, ampliava le ipotesi di reintroduzione di quei controlli⁴. Successivamente, le carenze sistemiche nei controlli italiani di frontiera (con percentuali di mancata registrazione degli ingressi superiori, nel 2013, al 40%), la generosa operazione *Mare Nostrum* (considerata un "*pull factor*" dai nostri critici) e lo sbarco di oltre mezzo milione di migranti tra il 2014 e il 2016 nella nostra penisola (con inevitabile aumento della clandestinità e dei movimenti secondari) hanno fatto il resto, risvegliando l'antico timore dell'Italia come "baco" del sistema Schengen, in grado di distruggere il principale simbolo dell'integrazione europea.

Quali sono, dunque, i reali margini di autonomia dell'attuale Governo? È immaginabile, in questo quadro, una reimpostazione della politica italiana dell'immigrazione e dell'asilo su basi diverse da quella del precedente esecutivo? Di certo, i nostri partners dell'area Schengen si aspettano dall'Italia politiche di controllo delle frontiere esterne (e dell'asilo) ispirate al massimo rigore. E questa pressione esterna, sempre molto forte, lo è ancor di più oggi, perché l'area Schengen attraversa la sua più grande crisi dalla sua nascita: da ormai 4 anni numerosi Stati membri (Austria, Danimarca, Francia, Germania, Norvegia e Svezia) reiterano i controlli alle frontiere interne, principalmente invocando il rischio di afflusso incontrollato di migranti dalla Grecia e dall'Italia.

² EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the verification of the full application of the Schengen acquis by Croatia, COM(2019) 497 final, 22.10.2019.

³ Artt. 25 e 29 del Codice frontiere Schengen e art. 19, § 10, reg. UE n. 1624/2016.

⁴ S. PEERS, *The future of the Schengen system*, Sieps, 2013, spec. § 3.

Significa, tutto questo, che i nostri partners europei auspicerebbero la prosecuzione della politica dei “porti chiusi” inaugurata dal precedente ministro dell’interno? Certamente no, se si guarda alla retorica anti-europeista e alle forzature diplomatiche che sorreggevano quella politica: in particolare, ai ricatti sulla redistribuzione dei migranti come condizione per lo sbarco e alla propensione a barattare lo spirito cooperativo necessario a livello europeo con le esigenze di consenso interno. Tuttavia, la tesi dei paesi fondatori di Schengen secondo cui i controlli alle frontiere interne potranno cessare solo quando le frontiere esterne saranno adeguatamente difese lascia intendere che l’opzione “porti chiusi” non sia loro davvero sgradita. Si tratta, infatti, di una opzione assimilabile (non sul piano giuridico, ma funzionale) alla politica di esternalizzazione delle frontiere che l’Unione ha promosso in modo sistematico negli ultimi anni: una politica fondata anch’essa su misure di interdizione indifferenziata dei migranti, rifugiati inclusi, e destinata a proseguire nonostante la sostanziale vanificazione del diritto di asilo e le conclamate violazioni dei diritti umani. Per questo, da un lato, i porti italiani continuano ad essere semi-chiusi e, dall’altro, il *Memorandum* di intesa tra Italia e Libia sui migranti continua a produrre i suoi effetti.

In definitiva, in questa materia, il vincolo esterno condiziona l’azione degli esecutivi italiani almeno quanto le ipoteche ideologiche e le debolezze interne alle diverse compagini di governo. E, d’altra parte, neppure a livello europeo sembrano maturi i tempi per una inversione di rotta, in grado di promuovere una gestione meno emotiva e più matura del problema. Al successo di Schengen nella promozione della libera circolazione interna corrisponde un altrettanto evidente fallimento nella gestione delle frontiere esterne e dei flussi migratori. Per rimediare, occorrerebbe un più forte coordinamento europeo nella gestione delle une (frontiere esterne) e degli altri (flussi migratori). Ma non è detto che ci si arrivi e, di certo, non in tempi brevi.

Nel frattempo, l’Italia potrà contribuire alla sopravvivenza di quell’area solo in un modo: coniugando il rigore richiesto dall’Europa nei controlli alle frontiere con una reimpostazione della sua politica di ingressi per motivi di lavoro. Se la diffidenza dei nostri partners verso l’Italia dipende soprattutto dalla gestione dei flussi fuori dalle regole, la prima misura necessaria per ripristinare una ordinata gestione è riaprire i canali regolari di ingresso per i lavoratori extracomunitari così da ridimensionare l’abuso dell’asilo, contenere il fenomeno della clandestinità e disincentivare i movimenti secondari verso il resto dell’Europa. Se la nostra economia e il nostro sistema di welfare reclamano lavoratori stranieri, occorre imparare a gestirli entro le regole, cominciando con la rimozione di norme inutilmente restrittive, come quelle

dei decreti flussi degli ultimi anni, che stabiliscono un bassissimo “tetto” di ingressi annuali per motivi di lavoro (“tetto” che nella maggior parte dei paesi europei è assente e, laddove previsto, sensibilmente più elevato del nostro). Si tratta di norme strabiche, che guardano al consenso elettorale più che alle effettive esigenze di governo del fenomeno, creando irregolarità e compromettendo la nostra immagine di partner affidabili. Solo superando questo approccio e recuperando una accettabile capacità di governo dei flussi, potremo consolidare la nostra posizione nell’area Schengen, contribuire al superamento della sua crisi e cominciare a riconquistare la credibilità perduta.

THE REGULATION (EU) 2019/1896 ON THE EUROPEAN BORDER
AND COAST GUARD AGENCY (FRONTEX):
PRELIMINARY INSIGHTS ON INTER-AGENCY COOPERATION
AND IMPLICATIONS FOR FUNDAMENTAL RIGHTS

Chiara Loschi*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Frontex at work: experimenting EU interagency cooperation and the hotspot approach. – 3. Implications for accountability obligations and fundamental rights protection.

1. *Introduction*

Less than two years after the adoption of Regulation (EU) 2016/1624, the fourth revision of Frontex regulation was launched. In September 2018, during his speech on the state of the Union, the president of the Commission Jean-Claude Juncker announced the intention to “further strengthen the European Border and Coast Guard to better protect our external borders with an additional 10,000 European border guards by 2020” and “to further develop the European Asylum Agency (EUAA) to make sure that the Member States get more European support in processing asylum seekers”. The new Regulation 2019/1896 was published in the Official Journal of the EU on 14 November 2019 and entered into force on 4 December 2019. In the last two decades, the multi-level-system of the European Union witnessed an unprecedented proliferation of agencies, causing some authors to speak of an ‘agency fever’ or ‘agencification’¹. Establishing EU agencies is often justified by the objective of ensuring the correct and uniform implementation of EU policies and legislation. Since its creation in 2004, Frontex has been confronted with both high expectations and severe criticism, a situation that has further intensified in the wake of the current ‘refugee crisis’. While EU policymakers entrusted Frontex with a crucial role in securing the EU’s external borders, other actors, notably human rights groups, the European Parliament (EP) and the European Ombudsman, are concerned about Frontex’s approach

* Postdoctoral Fellow, University of Bologna.

¹ D. LEVI-FAUR, *Regulatory Networks and Regulatory Agencification: Towards a Single European Regulatory Space*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 18, n. 6, 2011, pp. 810-829.

towards fundamental rights. This blog post focuses on the evolution of the Agency's tasks and their implications for fundamental rights. It includes preliminary insights into the on-going project "EU Border Management. Inter-agency relations and their impact on fundamental rights"².

2. *Frontex at work: experimenting EU interagency cooperation and the hotspot approach*

Regulations 2016/1624 and 2019/1896 introduce and reinforce the new EBCG as a guarantor of integrated management of the European borders. In particular, the Regulation 2019/1896 strengthens "interagency cooperation", namely cooperation between the European Border and Coast Guard Agency (EBCG or Frontex) and other EU agencies, both for sea and land operations. As for land operations, namely operations at the external borders, art. 2 of Regulation 2016/1624 gave a legal definition to the "crisis points" or "hotspots", introduced by the 2015 Migration Agenda, to be established where the national authorities face a sudden and disproportionate migratory pressure. Under the hotspot approach, EU agencies such as European Asylum Support Office (EASO), the EU Commission charged Frontex and Europol with on-the-ground operational support to frontline Member States "to swiftly identify, register and fingerprint incoming migrants"³. Before that, Frontex had already concluded formal cooperation agreements with the European Agency for Fundamental Rights (FRA) and EASO⁴, but the presence in hotspots, as foreseen in the Joint Operations Triton (2014- 2018) and Themis (2018 – ongoing) supporting Italian authorities, and JO Poseidon supporting Greek authorities, have sensibly boosted this cooperation. In February 2017, the EASO-Frontex Working Arrangement was complemented by a 2017-2018 Cooperation Plan concerning joint op-

² Project funded by the Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (Austrian Science Fund - project P30703-G29), Principal Investigator: Prof. Peter Slominski, University of Vienna. This post includes preliminary insights based on the paper "The EU Hotspot Approach in Italy: A Case of Cultivated Spillover through Interagency Relations?" presented at ECPR 2019 General Conference, University of Wrocław, Poland, September 2019.

³ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European Agenda on Migration*, Brussels, 13.5.2015, COM(2015) 240 final, p. 6.

⁴ Frontex and EASO, *Working Arrangement*, Warsaw, 26 September 2012; Frontex and FRA, *Cooperation Agreement*, Warsaw, 26 May 2010.

erational activities in the hotspots, updated in 2019 for the two following years⁵. According to the new Regulation 2019/1896, the teams deployed in the hotspots are in charge of multiple tasks touching not only on law enforcement competences but also regarding asylum and humanitarian needs. They are tasked with reinforcing the technical and operational assistance by “screening of third-country nationals arriving at the external borders, including the identification, registration, and debriefing (...) and, where requested by the Member State, the fingerprinting (...)” (art. 40, para. 4, Regulation 2019/1896). The teams are also in charge of “initial information to persons who wish to apply for international protection and the referral of those persons to the competent national authorities of the Member State concerned or to the experts deployed by EASO” (art. 40, para. 4, Regulation 2019/1896). Finally, “Migration management support teams shall include, where necessary, staff with expertise in child protection, trafficking in human beings, protection against gender-based persecution or fundamental rights” (art. 40, para. 5, Regulation 2019/1896). Moreover, in the Regulation 2019/1896 the cooperation finds new space: accordingly, “the Agency and EASO should also cooperate in other common operational activities such as shared risk analysis, the collection of statistical data, training, and support to the Member States in connection with contingency planning” (Recital 50).

As for operations at sea, Regulation 2019/1896 formalizes the cooperations that Frontex established since 2016 with the European Fisheries Control Agency (EFCA) and the European Maritime Safety Agency (EMSA) with a “Tripartite Working Agreement”. Cooperation aimed at supporting the Member States in coastguard operations including “maritime safety, security, search and rescue, border control, fisheries control, customs control, general law enforcement and environmental protection”⁶. The areas covered by this specific interagency cooperation include “information sharing, surveillance and communication services, capacity building, risk analysis, capacity sharing”⁷. This development is in line with the definition of security

⁵ Press release, EASO and Frontex sign updated Cooperation Plan, 18th July 2019, <https://easo.europa.eu/news-events/easo-and-frontex-sign-updated-cooperation-plan>.

⁶ Press Release, “Frontex, EMSA and EFCA strengthen cooperation on coast guard functions”, 2017-03-23 <https://frontex.europa.eu/media-centre/news-release/frontex-emsa-and-efca-strengthen-cooperation-on-coast-guard-functions-jmhNco>.

⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Review of the Common Information Sharing Environment (CISE) for the maritime domain: 2014 – 2019*. Brussels, 5.9.2019. SWD(2019) 322 final, p. 5.

launched with the 2014 European Maritime Security Strategy⁸ which aims to advance an “optimal response to threats” through the cross-cooperation between Member States’ authorities and EU agencies, given that “Each Member State has, over time, developed its own systems, structures, and approach to its maritime security, with no single method for success”⁹. Regulation 2019/1896 states that “the Agency shall, in cooperation with EFCA and EMSA (European Maritime Safety Agency), support national authorities carrying out coast guard functions at national and Union level and, where appropriate, at international level (art. 69, para. 1), provided that “The Agency, EFCA and EMSA (...) use information received in the context of their cooperation only within the limits of their legal framework and in compliance with fundamental rights, including data protection requirements.” (art. 69, para. 2). Indeed, EBCG “may process personal data” only for specific purposes (Art. 87, para. 1, Regulation 2019/1896) such as “facilitating the exchange of information with Member States, the Commission, the EEAS (European External Action Service) and the following Union bodies, offices and agencies and international organizations: EASO, the European Union Satellite Centre, EFCA, EMSA, EASA (European Union Aviation Safety Agency) and the Network Manager of the EATMN (European Air Traffic Management Network)” (Art. 87, para. 1 c, Regulation 2019/1896).

3. *Implications for accountability obligations and fundamental rights protection*

These processes enhanced cooperation between agencies operating in the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ), and dealing with policy issues under intergovernmental control and privilege experimentalist and non-legislative forms of practical cooperation¹⁰. Not surprisingly, a number of concrete implications on data sharing and legal accountability on human rights principles emerge. So far, Member States retain executive powers of

⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Joint communication to the European Parliament and the Council for an open and secure global maritime domain: Elements for a European Union maritime security strategy*, Brussels, 6 March 2014, JOIN(2014) 9 final.

⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Joint communication to the European Parliament and the Council for an open and secure global maritime domain: Elements for a European Union maritime security strategy*, Brussels, 6 March 2014, JOIN(2014) 9 final, p. 4.

¹⁰ J. MONAR, *Experimentalist Governance in Justice and Home Affairs*, in S. ZEITLIN, *Experimentalist Governance in the European Union*, Oxford, 2010, pp. 237-260.

activities within the hotspot, but EU agencies were increasingly involved in processing registration and asylum demands since disembarkation phases, which may blur the definition of who is accountable for what. Regulation 2019/1896 introduces a permanent, fully trained and operational Standing Corps of 5,000 Border Guards by 2021 and 10,000 by 2027 based on the distribution key set out in its Annex I. It awards executive powers to the EBCG's standing corps such as verifying the identity and nationality of persons, authorizing or refusing of entry upon border check, stamping of travel documents, issuing or refusing of visas, patrolling or, registering fingerprints (art. 55, para. 7, Regulation 2019/1896). While this represents a potential breach of Member States' responsibility of their inner security, it also leaves many concerns on how to whom the Agency is accountable to, and how to improve monitoring of the Agency's compliance to fundamental rights during operations. Moreover, in the context of inter-agency cooperation and the boosted cooperation of Frontex with third countries (both in return operations and in the establishment of liaison officers in addition to the already on place), Agency's operational activities and degree of discretion are increasingly difficult to control. Hotspots were mentioned in a legally binding document only in the EBCG Regulation 2016/1624, which, in order to give cooperation between agencies a kind of formalization, introduced the Migration Management Support Teams (art. 2, para. 4). As a report commissioned by the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE) stresses, due to the lack of a broader legal framework regulating hotspots activities¹¹ and the preeminence of individual agencies' regulations for the establishment of the hotspot governance, any amendment to an agency regulation changes the overall architecture and can create an inter-agency competition in the hotspot context¹², as it happened with the new Regulation 2019/1896 EBCG, which enhanced Frontex powers and staff, thereby putting "an undue focus on border control over the obligation to provide international protection"¹³. Moreover, with regard to cooperation at sea, in the context of information sharing between Common Security and Defence Policy (CSDP) missions and Justice and Home Affairs (JHA) agencies, JHA

¹¹ Hotspots' activities are regulated by non-legally binding standard operating procedures set by the Italian and Greek the Interior Ministry respectively.

¹² D. NEVILLE, S. SY, A. RIGON, *On the frontline: The hotspot approach to managing migration*, Study for LIBE Committee, 2016, p. 30.

¹³ J. RIJPMAN, *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?*, in *Study for LIBE Committee*, 2016.

agencies increased their role in defense policies and became part of the EU conflict and crisis management. Cooperation on information sharing also contributes to projecting internal norms and home affairs priorities on EU's external actions and cooperation with third countries. The Commission, through the enhanced role of agencies around the European Border and Coast Guard, used as the main example on how “to protect Europe, respond to external crises, and assist in developing our partners' security and defence capacities”¹⁴, paves its way to influence policies beyond the formal intergovernmental structure of the Common Foreign and Security Policies (CFSP)¹⁵.

This does not come without consequences. Both Regulations 2016/1624 and 2019/1896, while committing the Agency to fundamental rights norms (and indirectly referring to the European Union Agency for Fundamental Rights, FRA), turned Frontex into the focal point and information and “multipurpose hub”¹⁶ in EU external border control. Moreover, during land operations, the situation on the ground during operations is blurred and not as clear-cut as operational plans and official documents outline, with a blurring of “who is doing what” between agencies¹⁷. A relevant implication of such changes is the need to strengthen the accountability of the Agency against the background of possible human rights violations that may arise during its operations. Accountability and monitoring mechanisms on Frontex compliance with human rights principles during operations are narrowed or limited in powers and resources. On paper, some mechanisms are existing. The Regulation 2011/1168 introduced two monitoring and advising instruments to “mainstream fundamental rights” within the Agency: the Frontex Fundamental Rights Officer (FRO) and the Frontex Consultative Forum (art. 26). The FRO is the real monitoring body, while the Consultative Forum is a

¹⁴ EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, *Shared vision, common action: A stronger Europe. A global strategy for the European Union's foreign and security policy*, 2016. http://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf

¹⁵ M. RIDDERVOLD, *The Maritime Turn in EU Foreign and Security Policies Aims, Actors and Mechanisms of Integration*. Cham: Palgrave, 2018.

¹⁶ D. VITIELLO, *Agencification as a Key Component of the EU Externalisation Toolkit. Observations on a Silent Escape from the Rule of Law*, in S. CARRERA, A. P. LEONHARD DEN HERTOG, M. PANIZZON and D. KOSTAKOPOULOU (editors), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Brill, Nijhoff, 2018, pp.125-152.

¹⁷ Interviews included in Chiara Loschi, Peter Slominski, 2019, “The EU Hotspot Approach in Italy: A Case of Cultivated Spillover through Interagency Relations?” presented at ECPR 2019 General Conference, University of Wrocław, Poland, September 2019.

network of EU agencies and international organizations having mostly a consultancy role. The FRO is in charge of complaints mechanisms and is responsible for handling complaints filed by third-country nationals when violations of fundamental rights alleged to have occurred in the course of the Agency's operations. The FRO is also the advising body overseeing Joint Operations operational plans, fundamental rights strategy, and is advising on training, being also the core element of Pool of forced-return monitors (art. 29, Regulation 2016/1624). Nevertheless, as the Frontex Consultative Forum on fundamental rights stresses in its annual reports, Regulation 2019/1896 comprises scaling up of the Agency's staff without adequate increase in the Fundamental Rights Officer staffing. In addition to that, Art. 110 Regulation 2019/1624 introduces the "Fundamental rights monitors", as "statutory staff", who "shall constantly assess the fundamental rights compliance of operational activities, provide advice and assistance in that regard and contribute to the promotion of fundamental rights as part of European integrated border management" (Art. 110, para 1, 1896/2019 Regulation). However, to date, these monitors haven't been appointed. On 1st December 2020, the EP LIBE Committee organised a hearing session with the Frontex Executive Director Fabrice Leggeri¹⁸ to discuss this issue among others. Frontex, facing allegations of harassment, misconduct and migrant pushbacks, is currently also under inquiry by the European Anti-Fraud Office, OLAF, and has faced pressures from the European Commission to stop operations in Hungary, which the Agency eventually did¹⁹. As a result, the implementation of the Regulation 2019/1624 has not been as swift as planned, not only due to the impact of the pandemic. The agency has produced a revised timetable for adopting its new roles, and first new Fundamental Rights Monitors are planned to be appointed in March/April 2021²⁰.

Against this background, the European Agency for Fundamental Rights (FRA) represents a support for Frontex in dealing with appointments of such monitors and trainings on fundamental rights. However, FRA, the FRO

¹⁸ COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, *Hearing session* 01 December 2020, 13:45 - 15:45. https://multimedia.europarl.europa.eu/en/committee-on-civil-liberties-justice-and-home-affairs_20201201-1345-COMMITTEE-LIBE_vd.

¹⁹ N. NIELSEN, Frontex suspends operations in Hungary. *EU Observer*, 27. January 2021. [https://euobserver.com/migration/150744#:~:text=The%20EU's%20border%20agency%2C%20Frontex,on%20Wednesday%20\(27%20January\)](https://euobserver.com/migration/150744#:~:text=The%20EU's%20border%20agency%2C%20Frontex,on%20Wednesday%20(27%20January)).

²⁰ FRONTEx AND DG HOME, *Roadmap for the implementation of the European Border and Coast Guard 2.0.*, 1 July 2019 . Updated in January 2021.

and the Consultative Forum do not have monitoring roles over inter-agency cooperation, with FRA and EASO even being mandatory members of the Consultative Forum (art. 108, para. 2, Regulation 2019/1624). Indeed, evaluation of inter-agency cooperation is left to the European Commission (art. 121, para. 1 Regulation 2019/1624).

To sum up, given the under-specified framework, EU agencies' broad mandate provides them with unprecedented monitoring powers over member states' compliance towards EU hard law with reference to external border management (fingerprinting mostly) and European asylum system which makes it more difficult for frontline countries to evade their EU obligations. Besides the enhanced supranational dynamic that follows from operational mandates set by EBCG Regulations, the strong role of executive agencies may also create challenges in terms of human rights and accountability.

LA RELOCATION COME “MINACCIA”
ALLA SICUREZZA NAZIONALE?
PREROGATIVE STATALI, OBBLIGHI DI SOLIDARIETÀ
E SPINTE SOVRANISTE

Simone Penasa*

Le recenti Conclusioni¹ dell'Avvocato Generale Sharpston in merito alla procedura di infrazione attivata dalla Commissione europea nei confronti di Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca per il mancato adempimento delle Decisioni² in materia di *relocation* da Italia e Grecia di una quota di stranieri richiedenti protezione internazionale confermano quella che può essere definita l'“onda lunga” prodotta nell'ordinamento europeo nel suo complesso da tale meccanismo. La “saga” giurisprudenziale derivata dalla *relocation*³ esprime paradigmaticamente la torsione che sta subendo il rapporto tra interessi statali e obiettivi europei nell'ambito della gestione delle politiche migratorie: uno strumento vincolante, a carattere temporaneo e straordinario, che ha avuto un'attuazione ampiamente insoddisfacente ma che continua a generare occasioni di definizione del perimetro del confronto – scontro – tra istanze statali ed europee (oltre che interstatali). Come noto, questo contesto è stato caratterizzato da un diffuso atteggiamento ostruzionistico degli Stati Membri, che si è concretizzato in senso fisiologico attraverso l'attivazione delle clausole di sospensione dell'obbligo previste dalla stessa disciplina della *relocation*

* Ricercatore di Diritto pubblico comparato, Università di Trento.

¹ AG Sharpston, Conclusioni, 31 ottobre 2019 (casi C-715/18, C-718/18 e C-719/18).

² Decisioni 2015/1523 e 2015/160.

³ Cfr. la nota sentenza della Corte di Giustizia nel caso Repubblica di Slovacchia e Ungheria c. Consiglio europeo (CGUE, sentenza del 6 settembre 2017, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio europeo*, C-643/15 e C-647/15, EU:C:2017:631), ma anche a livello nazionale la sentenza con la quale il *Tribunal Supremo* spagnolo ha condannato il governo per la mancata attuazione degli obblighi derivanti dalla Decisione (sentenza n. 1168/2018, 9 luglio 2018; per un commento, D. MOYA, A. ROMANO, *La sentenza del Tribunal Supremo spagnolo sulla mancata attuazione della ricollocazione: lezioni dalla Spagna?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2019, pp. 1-19).

(art. 5 delle Decisioni (EU) 2015/1523 e 2015/1601) e in senso patologico mediante una sostanziale inattuazione (Spagna) o una formale opposizione rispetto agli obblighi previsti (Ungheria e Slovacchia c. Consiglio).

Nel caso analizzato, tale tensione trova espressione nel confronto tra diritto dello Stato ad agire al fine di garantire la propria sicurezza nazionale e obblighi derivanti dal rispetto del principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri al livello europeo (come noto, art. 80 TFUE). Più precisamente, come vedremo, la questione si concentra sulla qualificazione di tale rapporto, il quale può essere ricostruito alternativamente in termini di insanabile contrapposizione/dicotomia o di necessaria – per quanto complessa – compatibilità: sarà proprio lungo questo crinale che si svolgeranno le argomentazioni dell'Avv. Gen. Sharpston. Pertanto, il piano del confronto politico-istituzionale e di quello propriamente giuridico sembra in tale fase essersi definitivamente trasferito dal piano della efficacia e della effettività della misura a quello della sua legittimità (caso Repubblica di Slovacchia e Ungheria c. Consiglio) e subordinazione all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati Membri, venendo a rappresentare un ulteriore "fronte" di contrapposizione tra istanze sovrane(iste) degli Stati e istanze integrazioniste delle istituzioni europee.

Prima di analizzare brevemente le argomentazioni utilizzate dall'Avv. Gen. Sharpston, appare utile evidenziare un elemento "di sistema" ricavabile dalle dinamiche interne al sistema di giustizia europeo, che trova nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *relocation* un punto di caduta particolarmente significativo: la tendenza da parte degli Avvocati Generali coinvolti in tali casi ad aderire ad una concezione forte – si potrebbe dire *costituzionale* – della natura e della funzione del principio di solidarietà tra gli Stati Membri in materia di politiche migratorie. Un atteggiamento che viene mantenuto anche quando il riconoscimento della piena validità giuridica e capacità operativa di questo principio possa entrare in potenziale collisione con interessi statali tradizionalmente espressivi della sovranità nazionale. In tal senso, è rinvenibile una decisa linea di continuità tra le Conclusioni (alle quali Sharpston fa significativamente riferimento) dell'Avvocato Generale Bot nel caso *Repubblica di Slovacchia e Ungheria c. Consiglio* e quelle che qui si commentano: l'Avv. Gen. Bot ha infatti interpretato l'opposizione di Slovacchia e Ungheria – sulla base di valutazioni non di opportunità ma di vera e propria legittimità – come l'espressione di «un'altra crisi, ossia quella del progetto di integrazione europea, il quale poggia in ampia misura su un'esigenza di

solidarietà fra gli Stati che hanno deciso di partecipare a tale progetto» (§ 24); analogamente, l'Avv. Gen. Sharpston definisce la solidarietà come «the lifeblood of the European project», richiamando la centralità di tale principio all'interno del «demos» europeo» (§ 253).

Gli Stati sottoposti a procedura di infrazione hanno giustificato la mancata adesione al meccanismo sulla base della preminente esigenza di assicurare la protezione della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico e – evocando un argomento retorico tipicamente populista – della coesione sociale e culturale dei rispettivi popoli, messi potenzialmente a repentaglio dall'ingresso sul proprio territorio nazionale di “quote” di persone richiedenti protezione internazionale. In estrema sintesi, la questione si gioca tutta sulla ricostruzione della natura del rapporto tra art. 72 TFUE (clausola di salvaguardia dell'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna) e art. 78.3 TFUE, che – come noto – legittima l'adozione di misure temporanee a beneficio dello Stato membro che si trovi ad affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi. Sullo sfondo, non appare forzato individuare la più ampia questione relativa allo spazio da riconoscere in ambiti politicamente e socialmente sensibili (cfr. anche in altro contesto il caso *Coman c. Romania*⁴) al rispetto delle identità nazionali garantito dall'art. 4 TUE. Il primo snodo argomentativo è rinvenibile nella scelta, operata dall'Avv. Gen., di ritenere la questione comunque rilevante, anche se il meccanismo non risulta più in vigore e l'inadempimento possa ormai essere solo accertato senza la possibilità di prevedere un rimedio (§ 105). Attraverso tale scelta, si afferma la necessità di entrare nel merito della causa, riconoscendo come le questioni sollevate esprimano un rilievo “di sistema”, che va oltre i concreti casi di inadempimento e che interessa direttamente il rispetto della *rule of law*, del principio di solidarietà, del sistema comune di asilo e del ruolo della Commissione come “guardiano” dei Trattati (§ 105). Non si tratta, secondo l'Avv. Gen., di un mero “dibattito accademico”, ma della definizione del perimetro normativo entro il quale la futura gestione delle mi-

⁴ CGUE, sentenza del 5 giugno 2018, *Coman c. Romania*, C-673/16, EU:C:2018:385. Per un commento, sia consentito il rinvio a S. PENASA, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni a “cerchi concentrici” sul caso Coman c. Romania della Corte di giustizia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2018, pp. 1-18.

grazioni di massa dovrà svolgersi: un perimetro che, nella prospettiva delle Conclusioni qui commentate, risulta indisponibile e invalicabile dalle singole sovranità statali, le quali possono legittimamente trovare espressione solo al suo interno. Si avverte quindi l'esigenza di fissare le "regole del gioco" nel rispetto delle quali dovrà svolgersi il futuro confronto tra spinte europeiste e reazioni stataliste nel contesto delle politiche migratorie, nel tentativo di assicurare un bilanciamento sostenibile – tanto dal punto di vista giuridico quanto politico – tra livello statale ed europeo. Entro tale schema, la rivendicazione da parte degli Stati oggetto della procedura di un diritto inalienabile di fare leva sull'art. 72 TFUE al fine di superare ogni altro obbligo previsto dal diritto derivato europeo (§172) non può inserirsi in modo fisiologico entro lo schema appena delineato. In altri termini, tale diritto non può essere qualificato in termini assoluti, dovendosi al contrario – sempre in un'ottica di necessario bilanciamento tra sicurezza *dello* Stato e solidarietà *tra* Stati – verificare che la misura prevista contenga misure normative funzionali a consentire la tutela degli interessi statali *dentro* e non *contro* gli obiettivi che vuole raggiungere.

Le decisioni sulla *relocation* riconoscono e garantiscono in modo adeguato le istanze securitarie degli Stati Membri, in modo da consentire la sospensione degli obblighi da esse derivanti in tutti quei casi in cui il trasferimento di richiedenti protezione internazionale possa comportare un pericolo per la sicurezza nazionale e financo per la stessa coesione sociale e culturale dei rispettivi popoli? Secondo la ricostruzione proposta dall'Avv. Gen. Sharpston, tale bilanciamento – non in astratto ma in concreto – è assicurato dal quadro normativo di riferimento, il quale riconosce il diritto degli Stati Membri di rifiutare il trasferimento di un richiedente, ma esclusivamente quando vi siano ragionevoli motivi per considerarlo un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico o sussistano serie ragioni di ritenere che quella persona possa essere legittimamente esclusa dalla protezione internazionale in base agli artt. 12 e 17 della Direttiva Qualifiche (art. 5.4; §§203-205). Le prerogative statali sono quindi metabolizzate all'interno della normativa, ma il loro effettivo esercizio è condizionato ad una valutazione concreta relativa alle singole e specifiche situazioni personali dei soggetti coinvolti dalla *relocation*, non potendo risultare sufficiente il mero disaccordo politico rispetto alla misura nel suo complesso (§ 208).

Si tratta, ancora una volta, di rispetto dei confini. In questo caso, non entra in rilievo il rispetto dei confini statali da parte di chi giunga

dall'esterno, quanto piuttosto il rispetto da parte degli Stati Membri del perimetro legittimamente tracciato dalla normativa europea. Richiamando uno schema argomentativo tipico del controllo di costituzionalità fondato sul parametro della ragionevolezza, l'Avv. Gen. qualifica in termini di «coesistenza» e non di «conflitto» il rapporto tra artt. 72 e 78.3 TFUE, dei quali fornisce un'interpretazione sistematica in conformità all'art. 2 TUE, individuando in tal modo una continuità assiologica tra esigenza di garantire la *rule of law*, attuazione del principio di solidarietà tra Stati e rispetto delle prerogative statali. All'interno del bilanciamento per come ricostruito nelle Conclusioni, è peraltro possibile individuare un ordine di precedenza, in quanto si afferma da un lato la titolarità della competenza in capo agli Stati ma si chiarisce dall'altro lato che questi la devono esercitare nel rispetto degli «*overarching principles that the Member States signed up to when it became a Member State and any relevant rules contained in the Treaties or in EU secondary legislation*» (§212).

Concepire l'art. 72 TFUE quale "*carte blanche*" per disapplicare una legittima misura di diritto derivato europeo con la quale lo Stato non si trovi in perfetto accordo rappresenterebbe una indebita violazione del perimetro assiologico appena richiamato (§221). Tale pretesa non può trovare fondamento nemmeno nell'art. 4.2 TUE, evocato dagli Stati al fine di salvaguardare la coesione sociale e culturale della comunità di riferimento. Anche in questo caso, non si nega il rilievo dell'interesse statale (per quanto espressione di una evidente retorica populista fondata sulla contrapposizione tra "Noi" gli "Altri"), ma si afferma l'esigenza di un suo soddisfacimento che risulti compatibile con altri principi fondamentali a livello europeo, in primis quello della *rule of law*, della solidarietà e del dovere di leale cooperazione tra Stati Membri. In termini generali, il mancato rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione dovuto al fatto che questi siano ritenuti impopolari o sgraditi a livello statale costituisce un pericoloso primo passo verso il collasso di una società ordinata e governata dal rispetto della *rule of law* (§241).

A fronte di tali ampie e ben argomentate motivazioni, l'Avv. Gen. conclude proponendo alla Corte di Giustizia di accogliere le richieste della Commissione, riconoscendo che i tre Stati sottoposti a procedura di infrazione – Repubblica Ceca, Polonia e Ungheria – non abbiano adempiuto agli obblighi derivanti dalle Decisioni sulla *relocation*.

È possibile in conclusione proporre alcune osservazioni generali⁵.

⁵ Per ulteriori spunti, N. KIRST, *The Three Villains and the Lifeblood of the European Un-*

L'attivazione da parte della Commissione della procedura di infrazione in tale ambito può essere vista come espressione di una volontà non meramente assertiva ma reattiva delle istituzioni europee di fronte a sistematiche e – spesso rivendicate prassi di non applicazione degli obblighi europei da parte di alcuni Stati Membri nell'ambito delle politiche migratorie in particolare dell'asilo. In una prospettiva più ampia, tale atteggiamento potrebbe esprimere anche la volontà – di più difficile realizzazione – di promuovere un utilizzo più efficace dei meccanismi previsti dal diritto dell'Unione, quali la procedura di infrazione o il meccanismo di tutela della *rule of law*, capaci di affiancare il metodo intergovernativo quale strumento privilegiato quando non esclusivo di gestione delle “crisi” in tale ambito.

In termini di sistema, il riferimento sistematico a principi quali la solidarietà tra Stati e al rispetto della *rule of law* europea può essere interpretato anche in chiave “simbolica” di una volontà di rafforzare il progetto europeista e i valori su cui si fonda (art. 2 TUE), recentemente “stressati” dai casi Brexit (non casualmente evocato nelle Conclusioni) e Polonia.

Si giunge a definire il paradigma sul quale deve fondarsi il confronto tra sovranità statali e istanze europee, che non può essere declinato in termini di conflitto ma deve essere qualificato in termini di coesistenza, anche quando siano coinvolti beni giuridici che esprimono il nucleo essenziale della sovranità statale quale la sicurezza nazionale: la tutela di questi ultimi deve trovare riconoscimento nelle misure europee, non potendo rappresentare un aprioristico motivo di mancata attuazione delle medesime. In attesa della decisione della Corte di giustizia, le Conclusioni analizzate possono già essere considerate una tappa ulteriore, certamente non conclusiva, verso l'effettiva costruzione di un sistema europeo comune di gestione dei fenomeni migratori.

MANAGING MIGRATION FLOWS AT THE BALKAN BORDERS.
WHAT ARE THE CHALLENGES FOR THE RULE OF LAW?

Giorgia Lo Tauro & Giuliana Quattrocchi*

SUMMARY: 1. Push back practices at the Western Balkan frontiers. – 2. Background: the refugee crisis in the Western Balkans. – 3. The link between ‘safe country’ and ‘candidate country’. – 4. Focusing on Bosnia and Herzegovina as a case-study. – 5. Concluding remarks **.

1. *Push back practices at the Western Balkans frontiers*

In recent years Member States of the European Union have been implementing several measures aimed at externalizing the management of the refugee crisis to the maximum extent¹. Legal avenues to access international protection in the European Union have been drastically reduced as the creation of a safe and reliable Common European Asylum System is still lagging behind.

From a practical point of view, restrictions that asylum seekers may encounter in some EU Member States range from not having their application registered or properly examined to the risk of being returned without any assessment of their claim or to prolonged periods of detention, thus impinging on their aspiration to ask for international protection².

The combination of coercive and restrictive measures, based on the closure of external frontiers and the misuse of the ‘safe third country notion’, makes the right to seek asylum more difficult than ever and exposes applicants to the risk of gross human rights violations³.

* Giorgia Lo Tauro is PhD Candidate in European Union Law at University of Catania. Giuliana Quattrocchi is PhD in International Law at University of Palermo and Asylum Case Officer, Italian Ministry of Interior.

** Giuliana Quattrocchi is the author of paragraphs 1 and 2; Giorgia Lo Tauro is the author of paragraphs 3 and 4; paragraph 5 is written by both authors.

¹ A. LIGUORI, *Migration Law and the Externalization of Border Controls – European State Responsibility*, London, 2019.

² M. FULLERTON, *Borders, Bans, and Courts in the European Union*, 23 *Roger Williams U. L. Rev.* 393, 2018, pp. 393-418.

³ J. IVÁN, *Where Do State Responsibilities Begin and End? Border Exclusions and State Re-*

This appears especially relevant today as regards migrants trying to reach Europe crossing the Balkans, who are increasingly subjected to chain *re-foulement* practices and illegally returned to countries where they could suffer persecution.

One may argue that what is happening in the Western Balkans mirrors the failure of EU externalization policies in the field of migration. While EU Member States show some convergence on a common policy as regards external borders, a coherent framework of migration management through burden sharing and solidarity mechanisms is still missing⁴. Notably, this is due to the functioning of the Dublin Regulation, which puts great pressure on the EU's Frontline Member States, ultimately obliged to deal with the greatest number of asylum applications.

2. *Background: the refugee crisis in the Western Balkans*

As is well known, since 2013 the flows of arrivals in Europe progressively led to a collapse of the EU Asylum System. A massive number of migrants reached the EU through the so-called Western Balkan Route due to the Syrian War and the following humanitarian crisis in the Middle East region. Migrants arrivals reached more than 1 million both in 2015 and 2016, leading to the partial suspension of Schengen, triggering the reinstatement of border controls⁵. Even though the EU-Turkey agreement obtained the significant result of curbing the number of refugees arriving in Europe, it has not succeeded in closing the Balkan Route, shifting migration waves to the borders of countries such as Bosnia and Serbia, leaving them alone to carry the burden of preventing illegal movements of people.

Efforts to halt migrants on the move have ultimately failed to bar irregular entry into the EU territory, creating limbo zones in countries whose asylum systems are far from adequately developed⁶. In this respect, various hu-

sponsibility, in M. O'SULLIVAN, D. STEVENS (eds.), *States, the Law and Access to Refugee Protection – Fortresses and Fairness*, Oxford, 2017, pp. 47-68.

⁴ G. CAGGIANO, *Are you Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 2, pp. 7-25.

⁵ B. WEBER, *The EU-Turkey Refugee Deal and the Not Quite Closed Balkan Route*, in *Friedrich-Ebert-Stiftung Dialogue Southeast Europe*, 2017, pp. 1-26.

⁶ M. DEN HEJER, J.J. RIJPMAN, T. SPIJKERBOER, *Coercion, Prohibition, and Great Expecta-*

man rights organizations have started to draw attention to the increasing use by Member States of direct and indirect *refoulement* practices. Such transfers have taken place on the assumption that Western Balkans, as candidate or potential candidate countries to the EU, could be considered 'safe' in order to examine international protection applications according to EU Asylum law.

The CJEU and the ECtHR have both dealt with the refugee crisis in the Balkans, emphasizing States' obligations to ensure adequate access to asylum procedure for people seeking international protection. For instance, following the migration waves that affected the area from 2015 onwards, the Court of Justice ruled for the restoration of the European legal order in the *AS* and *Jafari* cases⁷ when some Member States proposed to derogate from the criterion of the country of first entry for the examination of international protection requests in particular and exceptional circumstances (such as a massive inflow of refugees on the EU territory).

Contrary to the Opinion of AG Sharpston⁸, the Court held that the functioning of the Dublin System must be safeguarded even to the detriment of humanitarian emergencies or in cases of massive influxes of people at the EU external borders, thus putting an unbearable pressure on some Member States, who remain responsible for examining international protection applications of the vast majority of people irregularly crossing their borders⁹. Such an approach inevitably implies the risk of burdening EU frontline States in managing migration issues.

As mentioned, the strategy for the containment of migration flows at the EU external borders, particularly in the Balkans, has been based on the broad exploitation of the notion of 'safe third country' within the meaning of article 38 of the EU Procedures Directive¹⁰. However, in a landmark judg-

tions: The Continuing Failure of the Common European Asylum System, in *Common Market Law Review*, 2016, vol. 53, pp. 607-642.

⁷ Court of Justice (GC), 26 July 2017, *AS v Republika Slovenija*, C-490/16, ECLI:EU:C:2017:585. Court of Justice (GC), 26 July 2017, *Proceedings brought by Khadija Jafari and Zainab Jafari*, C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586.

⁸ Opinion of AG Sharpston, 8 June 2017, cases C-490/16 and C-646/16, *As and Jafari*, ECLI:EU:C:2017:443.

⁹ J.Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, 2018, p. 95.

¹⁰ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection [2013] OJ L 180.

ment of 2017, *Ilias and Ahmed v. Hungary*¹¹, the ECtHR rebutted the presumption of Western Balkans to be considered safe countries as regards respecting asylum procedural guarantees according to the Geneva Convention and EU law.

The case concerned two Bangladeshi nationals who crossed Greece, Macedonia, and Serbia, before getting to the Hungarian border, and who spent more than three weeks in a transit zone prior to being pushed back to Serbia, considered as a 'safe country' according to a government decree of 2015. The Court stated that the applicants' expulsion exposed them to a real risk of being returned to Greece *via* Serbia and to a treatment contrary to Article 3 of the ECHR following a potential *chain refoulement*. The Court found a violation of the ECHR insofar as Hungary did not evaluate such a risk, automatically referring to Serbia as included in the Government's list of 'safe third countries', thus ultimately imposing an unfair and excessive burden of proof on the applicants.

In November 2019 the Grand Chamber of the ECtHR confirmed that by failing to conduct a comprehensive and adequate assessment on the applicants' risk to be subjected to inhuman and degrading treatment in Serbia and/or to potential *chain refoulement* through the Balkans, Hungarian authorities violated Article 3 of the ECHR. According to the Court, when applying the 'safe third country' clause, national authorities are under a procedural obligation to «carry out of their own motion an up-to-date assessment, notably, of the accessibility and functioning of the receiving country's asylum system and the safeguards it affords in practice»¹².

The case prompts some more general considerations as regards the role of the Western Balkans, and particularly potential EU candidate countries to deal with the management of the refugee crisis at the EU external borders.

3. *The link between 'safe country' and 'candidate country'*

The case of *Ilias and Ahmed v. Hungary* arguably calls into question the Western Balkans ability to set up fair and adequate asylum procedures amidst the refugee crisis. This suggests some reflections on the equation 'safe country' - 'candidate country' (or potential ones), which is ultimately related

¹¹ ECtHR, judgment of 14 March 2017, *Ilias v Hungary*, App no. 47287/15.

¹² ECtHR (GC), judgment of 21 November 2019, *Ilias v Hungary*, App. no 47287/15, paras 141 ss.

with the enlargement process and the path towards accession to the European Union. Arguably, the ‘potential candidate’ status of a country in dealing with the refugee crisis at the EU external borders shows how migration issues are connected to the respect of the rule of law as a core value of the EU system.

One may note that the notion of ‘safe third country’ (with regard to both asylum seekers’ countries of origin and transit countries) fits uneasily with the nature of refugee protection, rather being the outcome of a political process¹³ prompted by some European States. As said, this notion can be found in the EU legislation and was subsequently upheld by the European Commission when it proposed the adoption of the EU safe country list, declaring that ‘candidates for EU membership are thus usually safe’¹⁴. From this assumption a sort of presumption of candidate countries’ ability to deal with the managing of migration issues would seem to arise; but, as recalled by the Grand Chamber in the *Ilias* case, applying the ‘safe third country clause’ requires Member States to conduct a comprehensive legal assessment of the relevant conditions in the country and the adequacy of its asylum system.

As scholars have noted, migration and asylum development goals are strictly connected with meeting the EU accession requirements¹⁵ and the way in which Western Balkans manage migration waves also means a great deal to the evaluation of their progress towards membership by the EU institutions¹⁶. As is well known, to join the EU a country must meet the ‘Copenhagen criteria’, among which the political one requires stability of institutions, the rule of law and respect for human rights and protection of minorities. EU conditionality is therefore intended to promote reforms, bearing in mind the difficulties in generating local population consensus as well as the dis-

¹³ C. COSTELLO, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, vol. 7, n. 1, pp. 40 and 47.

¹⁴ European Commission, An EU ‘Safe countries of origin’ list, available here: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_en.pdf.

¹⁵ S. POROBIC, D. ŽUPARIC-ILJIC, *Access to Asylum and Reception Conditions in Western Balkans: Focus on Bosnia and Herzegovina and Croatia*, in M. O’SULLIVAN, D. STEVENS (eds), *States, the Law and Access to Refugee Protection*, above at n. 3, pp. 191-222.

¹⁶ E.L. MÉSZÁROS, *What prospects of EU membership for the Western Balkan Countries in the midst of the current refugee/migration crisis?*, in *13 Research and Science Today*, 2017, vol. 61, p. 62.

crepancies between EU priorities and those of the Balkan countries¹⁷. However, conditionality and its implementation should be understood as an interactive process between the EU and applicant countries¹⁸.

With this in mind, considering the rising migration flows within the ‘new Balkan Route’, particularly through Bosnia and Herzegovina, one may wonder how the EU can expect the full compliance of the accession requirements by a potential candidate country facing an unexpected migration wave.

4. *Focusing on Bosnia and Herzegovina as a case-study*

In coherence with its enlargement policies, the EU is granting support to Bosnia in managing the migration emergency. As a potential candidate country, Bosnia submitted the application for EU membership in 2016, following previous steps towards accession¹⁹. A few months later, the Council invited the Commission to adopt an Opinion on Bosnia’s application²⁰, which was delivered in May 2019, accompanied by an Analytical Report²¹. The latter documents put great emphasis on the steps to be made towards EU membership in connection with the country’s ability and efforts to set up an effective and adequate asylum system.

According to the Analytical Report: *‘In 2019, so far 6201 arrivals were detected, which is the double compared to the same period of 2018 (...). There are reports of violent collective expulsion of migrants and asylum seekers back into Bosnia and Herzegovina. The response to the increased migratory flow shows*

¹⁷ O. MOISE, *The Impact of EU Conditionality in the Western Balkans. A comparative approach: Bosnia and Herzegovina-Bulgaria*, in *EUROPOLITY*, 2005, vol. 9, n. 2, p. 134.

¹⁸ V. DŽIHIĆ, A. WIESER, *Incentives for Democratisation? Effects of EU Conditionality on Democracy in Bosnia & Herzegovina*, in *Europe-Asia Studies*, 2011, vol. 63, pp. 1803-1825.

¹⁹ See, among others, the *Stabilisation and Association Agreement* of 30 June 2015, and the *Instrument for Pre-accession Assistance for Bosnia 2014-2020*.

²⁰ European Commission (2019), ‘Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina’s application for membership of the European Union’, COM (2019) 261 final.

²¹ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT – Analytical Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council ‘Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina’s application for membership of the European Union’ COM(2019) 261 final.

*significant institutional and coordination weaknesses. Political inaction and negative rhetoric undermine the timely provision of assistance, primarily in the areas of access to asylum procedure, provision of accommodation and basic services in line with international standards, and access to healthcare*²². The Report also underlines the need for Bosnia to improve third-country nationals return mechanisms also encouraging the conclusion of bilateral readmission agreements with the main countries of origin of irregular migrants.

The European Commission identifies additional challenges to the effective access to asylum procedure calling on Bosnia to ensure faster processing of claims for those in need of international protection²³. Asylum mechanisms should be therefore strengthened particularly taking into account the lack of coordination among government's institutions²⁴.

Following the indications contained in the *Report*, the Commission thus concluded that negotiations for accession to the EU should be opened with Bosnia, emphasizing the priorities related to the rule of law requirement and the utmost importance of '*Ensuring effective coordination, at all levels, of border management and migration management capacity, as well as ensuring the functioning of the asylum system*'²⁵.

All the above considerations²⁶ show that applying the safe country clause cannot be made without a comprehensive legal assessment of the effectiveness of the asylum system, rebutting the presumption of Bosnia being considered *per se* a 'safe country'. As seen in *Ilias*, the Court ruled out this automatism (referring to Serbia), requiring instead the need for a concrete assessment on the country's safety in terms of access to international protection procedures. This holds particularly true for Bosnia, *mutatis mutandis*,

²² *Ibid.*, p. 64.

²³ *Ibid.*, 64-65. In this regard the Report suggested that '*the implementation of the asylum legislation needs to be improved, in particular to ensure the systematic respect of procedural guarantees for asylum-seekers. The enjoyment of rights of asylum seekers is uneven across the country, as the access to services varies depending on the centres' location*', p. 66.

²⁴ *Ibid.*, p. 66. On the weight of the political elites in this regard, see S. KEIL, Z. ARKAN (eds.), *The EU and Member State Building European Foreign Policy in the Western Balkans*, London, 2014, pp. 8 and 91.

²⁵ Commission Opinion, above at n. 20, p. 15.

²⁶ Further evidence in this regard can only be mentioned here, such as several reports of international organisations (UNHCR and IOM). For further information see also the recent ECtHR, judgment of 25 June 2019, *Al Husin v Bosnia and Herzegovina* (n. 2), App no 10112/16.

especially taking into account the Council Conclusions of December 2019 on the Commission's Opinion, declaring that Bosnia 'currently does not sufficiently fulfil the Copenhagen political criteria, and needs to dedicate considerable efforts to strengthening its institutions in order to guarantee democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities'²⁷.

5. Concluding remarks

Some reflections *vis-à-vis* the rule of law as a core value of the EU²⁸ with specific attention to the enlargement policies are deemed useful. As regards the Western Balkans, 'the EU is attempting not only to prepare these states for EU membership, but also to shape them through practices such as conditionality, incentives and direct intervention', being involved in a complex Member State building process²⁹. This holds particularly true if we look at the way in which Bosnia is facing the migration challenge. Sharing the assumption that the rule of law is an interactive process that depends overall on national efforts³⁰, nonetheless the current refugee crisis at the EU borders also calls for verifying the consistency of the EU action. If it is true that the EU is supporting Bosnia in managing migration flows through humanitarian and economic aid³¹, evidence shows the rise of pushback practices by EU Member States during the course of 2019³². Hence, one may wonder to what extent the EU

²⁷ Council conclusions on Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina's application for membership of the European Union, 10 December 2019, 14954/19, p. 2.

²⁸ For instance, T. KONSTADINIDES, *The Rule of Law in the European Union – The Internal Dimension*, Oxford, 2017, p. 77, notes that if the rule of law 'has inspired the creation of the EU as a democratic system of governance, then it can be legitimately exported to third parties'.

²⁹ S. KEIL, Z. ARKAN (eds.), above at n. 24.

³⁰ E. PAASIVIRTA, *Can external programs influence internal development of the rule of law? Some observations from the European union perspective*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 2010, vol. 72, n. 2, pp. 217-227.

³¹ See, among others, *EU supports Bosnia and Herzegovina in managing migration flows with additional EUR 13 million* of 30 April 2019 and *additional €2 million in humanitarian aid for refugees and migrants* of 24 October 2019.

³² See ECRE, *Croatia: New Report on Torture of Asylum Seekers by Authorities*, 31 January 2020, available here: [Croatia: New Report on Torture of Asylum Seekers by Authorities | European Council on Refugees and Exiles \(ECRE\)](#).

can expect candidate countries (or potential ones) to adhere to the rule of law values when it is far from guaranteeing the respect of the same values within its member States. Indeed, if the EU inevitably needs the assistance of the Western Balkans to manage rising migration flows at the EU borders, it goes without saying that ‘it could not entice them with the possibility of an accelerated integration process, due to their obvious lack of preparedness’³³.

What is at stake is ultimately if the EU action in the Balkans can be really considered coherent with its own rule of law, in light of both its internal and external dimension. The migration crisis in the Western Balkans might represent the test to show whether and how the EU will be able to uphold itself as a credible actor in the global scenario.

³³ E.L. MÉSZÁROS, above at n. 16, p. 74.

INTERNATIONAL (BINDING) LAW STRIKES BACK:
LO STATEMENT UE-TURCHIA ALLA PROVA
DELLA RECENTE CRISI MIGRATORIA

Federico Casolari*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le reazioni alla “violazione” dello *Statement* UE-Turchia. – 3. Il richiamo del diritto internazionale.

1. *Introduzione*

Benché l’attenzione generale sia da giorni focalizzata sull’emergenza determinata dalla pandemia da Coronavirus¹, è difficile dimenticare le immagini dei confini greci e bulgari, letteralmente presi d’assalto tra la fine di febbraio e l’inizio di marzo da profughi², per lo più siriani, in cerca di aiuto. E quelle delle forze di polizia impegnate a contrastare, anche con l’uso della forza, lo sfondamento dei rispettivi confini.

Come noto, questa ulteriore crisi migratoria deriva dalla decisione assunta dal governo di Ankara di riaprire i propri confini con i due Paesi UE a seguito dell’uccisione, il 27 febbraio, di 36 soldati turchi vicino a Idlib, nel nord della Siria, dove la Turchia sta cercando di arrestare l’avanzata dell’esercito siriano supportato dalla Russia. A ciò si aggiunge il mancato supporto dell’Unione europea alla richiesta di sostegno militare avanzata dalla Turchia nei confronti della NATO.

La reazione determinatasi sul piano diplomatico rispetto alla decisione

* Professore associato di Diritto dell’Unione europea, Università di Bologna.

¹ Un’emergenza, si badi bene, che è tutt’altro che irrilevante per la gestione della politica migratoria dell’Unione. Basti pensare, al riguardo, all’impatto che su essa determina la decisione, assunta da diversi Paesi UE, di ripristinare temporaneamente i controlli alle frontiere interne. E alla corrispondente decisione assunta dal Consiglio europeo, su raccomandazione della Commissione, di introdurre una restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l’Unione. Sul tema, v. C. Hruschka, *The pandemic kills also the European solidarity*, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 20 March 2020, <http://eumigrationlawblog.eu/the-pandemic-kills-also-the-european-solidarity/>.

² IOM, *More than 13,000 Migrants Reported Along the Turkish-Greek Border*, 3 January 2020, <https://www.iom.int/news/more-13000-migrants-reported-along-turkish-greek-border>.

presa da Ankara è particolarmente significativa perché permette di tornare, quattro anni dopo la sua adozione, sulla controversa natura dello *Statement* UE-Turchia. Vale dunque la pena richiamare brevemente le principali posizioni manifestate in questa occasione.

2. Le reazioni alla “violazione” dello *Statement* UE-Turchia

Il 29 febbraio, il Presidente del Consiglio europeo, Charles Michel, ha adottato una propria dichiarazione³, nella quale, in seguito ad un colloquio telefonico avuto col Presidente Erdoğan, egli evidenziava che “[t]he EU is actively engaged to uphold the EU-Turkey Statement”. Ancora, il 4 marzo, nel dare conto di un incontro col Presidente turco, Charles Michel ricordava⁴ come “[t]he EU-Turkey Statement remains the basis of our migration partnership. It was agreed in good faith and needs continued efforts from both sides”. In altra occasione⁵, il Presidente del Consiglio europeo si è riferito allo *Statement* come ad un “accord entre l’Union européenne et la Turquie en terme de migration”. Di tenore analogo sono le considerazioni⁶ svolte dalla Presidente della Commissione europea, che, a margine di un ulteriore incontro con Recep Tayyip Erdoğan, avvenuto a Bruxelles il 9 marzo, ha rammentato come lo *Statement* “remains valid”, essendo ora necessario “to find a common understanding of what is missing and what is already in place and then to implement the missing elements”. Mentre il 6 marzo, al termine di un *meeting* straordinario, il Consiglio “Relazioni esterne” dell’Unione europea aveva adottato una dichiarazione⁷ nella quale esortava la “Turchia [a]

³ Consiglio europeo, *Statement by the President of the European Council*, 29 febbraio 2020, <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/02/29/statement-by-the-president-of-the-european-council/>.

⁴ Consiglio europeo, *Press release on meeting between President Charles Michel and President Recep Tayyip Erdoğan*, 4 marzo 2020, disponibile all’indirizzo <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/04/press-release-on-meeting-between-president-charles-michel-and-president-recep-tayyip-erdogan/>.

⁵ Fonte: <https://twitter.com/eucopresident/status/1237115434903756802>.

⁶ Commissione europea, *Statement by President von der Leyen at the joint press conference with President Michel, following their meeting with the President of Turkey, Recep Tayyip Erdoğan*, 9 marzo 2020, disponibile all’indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/statement_20_429.

⁷ Consiglio dell’UE, *Dichiarazione del Consiglio “Affari esteri”*, 6 marzo 2020, disponibile all’indirizzo <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/06/statement-of-the-foreign-affairs-council-on-syria-and-turkey/>.

mett[ere] in atto in modo integrale le disposizioni della Dichiarazione congiunta del 2016 nei confronti di tutti gli Stati membri”. Il 3 marzo, il Primo ministro greco segnalava che la Turchia “blatantly violates the EU-Turkey Statement”⁸. Di segno opposto la posizione del governo di Ankara, consegnata in una dichiarazione del 6 marzo: “[i]nstead of calling on Turkey, it is primarily the EU that should be implementing the 18th March Statement in its entirety”⁹.

3. *Il richiamo del diritto internazionale*

Come si vede chiaramente, tutte queste dichiarazioni muovono da una premessa comune: lo *Statement* sarebbe effettivamente un accordo internazionale; anzi, esso rappresenterebbe l'accordo di riferimento per la gestione dei flussi migratori tra Unione europea e Turchia. Ma vi è di più. Tutti gli attori intervenuti danno per scontato che si tratti di un accordo al cui rispetto sono tenute la Repubblica turca, da un lato, e l'Unione europea, dall'altro¹⁰.

“Il re è nudo!” – verrebbe da esclamare.

Non vi è dubbio, infatti, che gli argomenti espressi dai rappresentanti delle istituzioni UE e da quelli di Grecia e Turchia rappresentino un'ulteriore conferma, certo rilevante e autorevole, dell'inadeguatezza delle ragioni utilizzate dai giudici di Lussemburgo per sostenere la non riconducibilità dello *Statement* all'Unione europea¹¹. Sarebbe dunque auspicabile che

⁸ Cfr. *Statements by Prime Minister Kyriakos Mitsotakis in Kastanies, Evros, following his visit with the heads of the EU institutions at the Greek-Turkish border*, 3 March 2020, disponibile all'indirizzo <https://primeminister.gr/en/2020/03/03/23458>. Appena due giorni prima, il Paese UE aveva comunicato l'intenzione di richiedere l'attivazione dell'art. 78, par. 3, TFUE, che consente al Consiglio di adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri che si trovi(n) ad affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi.

⁹ Republic of Turkey, Ministry of Foreign Affairs, No: 68, 6 March 2020, *Press Release Regarding the EU Foreign Affairs Council's Statement of 6 March*, disponibile all'indirizzo http://www.mfa.gov.tr/no_68_-ab-dis-iliskiler-konseyi-nin-bildirisi-hk.en.mfa.

¹⁰ V. anche A. SPAGNOLO, *Un gioco delle parti sulla pelle delle persone. L'insostenibilità delle ragioni greche, turche ed europee nella crisi migratoria in corso*, in *SIDIBlog*, 14 marzo 2020, disponibile all'indirizzo <http://www.sidiblog.org/2020/03/14/un-gioco-delle-parti-sulla-pelle-delle-persone-linsostenibilita-delle-ragioni-greche-turche-ed-europee-nella-crisi-migratoria-in-corso/>.

¹¹ V., per tutte, Tribunale, ordinanza del 28 febbraio 2017, *NF c. Consiglio europeo*, T-192/16, EU:T:2017:128.

la Corte di giustizia venisse nuovamente richiesta di pronunciarsi sulla sua natura e legittimità, magari su sollecitazione di una giurisdizione nazionale di un Paese membro. E che tenesse conto seriamente di questi elementi di prassi.

Ma le reazioni all'iniziativa assunta dalla Turchia ci dicono anche un'altra cosa. L'approccio informale adottato dall'Unione europea negli ultimi anni per la gestione della (e il contrasto alla) migrazione irregolare¹² ha un respiro assai corto. Esso è costretto ad arrestarsi non appena sorgono contrasti nell'applicazione dei meccanismi convenuti, non consentendo il ricorso alle forme di *enforcement* previste per il diritto internazionale pattizio. Il linguaggio utilizzato dalle istituzioni UE e dai rappresentanti di Grecia e Turchia in occasione della recente crisi migratoria – linguaggio che contiene più di un rinvio alle regole codificate nella Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati (a partire dal richiamo al principio di buona fede menzionato nell'art. 26) – può interpretarsi, in questa prospettiva, come una manifestazione della necessità di un ritorno a forme meno creative, ma certamente più “solide”, della *governance* internazionale dei fenomeni migratori. Cosa che implica anche, per l'Unione europea, il ritorno al pieno rispetto della *rule of law* e degli altri valori su cui essa si fonda.

¹² Sia consentito rinviare a F. CASOLARI, *Il ricorso dell'Unione europea a strumenti informali per il contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, p. 539 ss.

IL NUOVO MOU TRA TURCHIA E LIBIA:
UNA SFIDA ALLE POLITICHE EUROPEE
DI CONTENIMENTO DELLE MIGRAZIONI IRREGOLARI

Antonio M. Morone *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo della Turchia nella crisi libica. – 3. Le ripercussioni dell'accordo sulle politiche migratorie.

1. *Introduzione*

Dall'aprile scorso la guerra internazionale per la Libia ha subito una nuova escalation militare in ragione dell'avanzata dell'Esercito nazionale libico nell'Ovest del paese. Le truppe del generale Khalifa Haftar sono arrivate a controllare alcuni quartieri meridionali di Tripoli grazie all'appoggio militare dell'Egitto, degli addetti militari francesi, dei droni forniti dagli Emirati Arabi Uniti e degli ulteriori aiuti militari sauditi e russi, ai quali si sono aggiunti più di recente soldati irregolari sudanesi già impegnati nella guerra in Darfur. Sul fronte opposto, il governo di Accordo Nazionale riconosciuto dalle Nazioni Unite e guidato da Fayeze al-Sarraj è sempre più sulla difensiva, accerchiato dalle forze avverse e limitato di fatto al territorio compreso tra le città di Sirte, Misurata e Tripoli. Gli sponsor militari di Misurata che di fatto controlla il governo di Tripoli sono soprattutto l'Italia, il Qatar e sempre più la Turchia.

La posta in gioco è dal 2011 sempre la stessa: lo Stato e le sue istituzioni, sempre più fragili e disarticolate, per poter controllare la grande ricchezza del paese che riposa nel suo sottosuolo (terrestre e marino) sotto forma di petrolio e gas. La politica dell'Italia si è sempre mossa sulla difesa degli interessi energetici accoppiandoli con il controllo del flusso dei migranti irregolari e la conseguente realizzazione di efficaci quanto illegali politiche di contenimento dei migranti.

2. *Il ruolo della Turchia nella crisi libica*

Lo scorso 27 novembre 2019, il ministro turco della difesa e quello libico

* Professore associato in Storia contemporanea dell'Africa, Università degli Studi di Pavia.

dell'interno hanno siglato un Memorandum of Understanding (MoU) nel campo della sicurezza e della cooperazione militare che ha formalizzato una situazione già in atto nella pratica. Munizioni, veicoli blindati e tecnologia militare sono fornite dai turchi ormai da tempo a Misurata direttamente o attraverso il porto di Homs.

Il MoU non prevede solo un salto di qualità nella cooperazione militare, ma anche la definizione di precisi confini marittimi rispetto alle zone di esclusivo sfruttamento economico nel Mediterraneo centro-orientale che promette di mettersi in linea diretta di collisione con gli interessi dell'East Mediterranean Gas Forum (EMGF) e dei suoi paesi promotori (Grecia, Cipro, Egitto, Israele, Giordania e Italia). L'appoggio militare è dunque funzionale a espandere ulteriormente il peso economico della Turchia in Libia e questo non potrà che andare a diretto discapito dell'Italia che si colloca nello stesso schieramento della Turchia e rischia sempre di più di essere ridotta a partner minore e residuale dell'alleanza internazionale a sostegno di Misurata e del governo di al Sarraj.

Una rincorsa, probabilmente tardiva, all'attivismo turco sembra proprio essere l'iniziativa di un inviato speciale italiano per la Libia, lanciata dal Ministro degli Affari Esteri Luigi Di Maio, il 17 dicembre scorso durante una visita nel paese. I turchi non hanno fatto mistero, dopo la firma del MoU, di essere pronti a impegnare uomini e navi direttamente in Libia, scavalcando le posizioni dell'Italia che, nonostante qualche tentennamento, si è sempre e giustamente opposta a inviare un contingente militare nel paese.

3. Le ripercussioni dell'accordo sulle politiche migratorie

Sul versante delle politiche di contenimento dei flussi migratori, il MoU turco-libico prevede specificamente che un capitolo della cooperazione sia dedicata proprio alla lotta contro il «terrorismo, la migrazione irregolare e la sicurezza dei confini» (art. 4). Se la strategia italiana negli ultimi 7 anni si è fondata in modo spregiudicato sull'esternalizzazione dell'internamento e della deportazione dei migranti in Libia grazie a un rapporto di intermediazione con i dirigenti libici a Tripoli, l'alternativa della cooperazione con la Turchia aumenterà senza dubbio il prezzo che l'Italia dovrà pagare per mantenere in piedi il sistema dei suoi campi di prigionia. Per i migranti e, a maggior ragione, per i libici, non vi è dubbio che l'escalation militare lanciata in nome della sicurezza del paese stia invece portando sempre più insicurezza e violenza.

FALSA PARTENZA PER I VISTI UMANITARI DI FRONTE ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

Alice Riccardi*

SOMMARIO: 1. Alla ricerca (impossibile) di una via legale di fuga. – 2. La decisione di inammissibilità. – 3. Una decisione inaspettata? – 4. Uno sguardo più ampio.

1. *Alla ricerca (impossibile) di una via legale di fuga*

Il 22 agosto 2016 una coppia siriana, accompagnata da uno dei due figli, partiva da Aleppo (Siria) per giungere presso l'ambasciata belga a Beirut (Libano), dove depositava richiesta di visto con validità territoriale limitata ex art. 25(1)(a) del Codice comunitario dei visti (Regolamento (CE) 810/2009) per l'intera famiglia¹. La norma citata prevede il rilascio di un tale visto in via eccezionale quando «per motivi umanitari ... lo Stato membro [lo] ritiene necessario»². La famiglia, senza far mistero di voler presentare domanda di protezione internazionale una volta in Belgio, sostanzialmente la propria richiesta con appropriata documentazione, descrivendo la situazione di assoluta emergenza individuale causata dalle conseguenze della campagna di intensi bombardamenti che colpiva Aleppo sin dalla metà di aprile 2016. La famiglia sottolineava inoltre: come la quasi totalità dei profughi siriani giunti in Belgio dall'inizio del conflitto armato avesse ottenuto protezione internazionale in tale Stato; come una famiglia belga fosse disposta a ospitarli; come il Libano avesse interrotto la registrazione dei profughi siriani; e come la Turchia avesse chiuso i propri confini. Il 13 settembre 2016 l'*Office des étrangers* belga rifiutava il visto. Iniziava così un'intricata *navette* tra autorità amministrative e giudiziarie competenti, costellata di accoglimenti e dinieghi³. Il 10 gennaio 2018 la famiglia riteneva di aver esaurito le vie effet-

* Ricercatrice di diritto internazionale, Università degli studi Roma Tre.

¹ Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti).

² In generale v. F.L. GATTA, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e la prassi degli Stati membri*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2019.

³ Corte Edu, *Objet de l'affaire* del 26 aprile 2018, *M.N. et al. c. Belgio*, ric. n. 3599/18.

tive di ricorso interno e si rivolgeva alla Corte europea dei diritti umani. Il 26 aprile dello stesso anno la seconda sezione della Corte, a cui il ricorso era stato inizialmente assegnato, declinava la propria competenza a favore della Grande camera, così investita dei due motivi di doglianza avanzati dai ricorrenti: primo, il rifiuto del visto da parte del Belgio esponeva i membri della famiglia a una situazione incompatibile con l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani (divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti), in assenza di rimedio effettivo (art. 13 CEDU); secondo, l'impossibilità di ottenere l'esecuzione di un provvedimento della Corte d'Appello di Bruxelles che ordinava alle autorità competenti di rilasciare il visto violava gli articoli 6 (diritto a un giusto processo) e 13 CEDU.

2. *La decisione di inammissibilità*

Con una decisione adottata a maggioranza, il 5 maggio 2020 la Corte EDU ha dichiarato il ricorso della famiglia siriana inammissibile. Quanto al primo motivo, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie il Belgio non avesse giurisdizione *ex art. 1 CEDU*, attraverso un ragionamento articolato su tre passaggi. Primo, la natura principalmente territoriale della giurisdizione comporta che l'esercizio di pubblici poteri da parte delle autorità di uno Stato contraente all'interno di tale Stato non è condizione di per sé sufficiente ad attrarre individui residenti all'estero nella sfera della giurisdizione territoriale, nonostante l'esercizio di pubblici poteri abbia un impatto su detti individui⁴. Secondo, in una tale situazione, perché possa ritenersi sussistente in via eccezionale la giurisdizione extraterritoriale dello Stato contraente, deve esistere un elemento capace di connettere l'individuo con lo Stato, quale la nazionalità o l'esercizio di un controllo di fatto sull'individuo da parte di agenti statali⁵. Terzo, non è sufficiente che tale elemento di connessione sia di tipo giurisdizionale, quando il procedimento è autonomamente introdotto dall'individuo e non sussiste un obbligo di diritto internazionale in capo allo Stato di attivarsi in sede giurisdizionale⁶. Se si ritenesse altrimenti, afferma la Corte, ciò determinerebbe una «near-universal application of the Conven-

⁴ Corte EDU (Grande Camera), decisione del 5 marzo 2020, *M.N. et al. c. Belgio*, ric. n. 3599/18, par. 112 (d'ora in avanti *M.N. et al. c. Belgio*).

⁵ *ivi*, par. 118.

⁶ *ivi*, par. 122. V. di recente Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 16 febbraio 2021, *Hanan c. Germania*, ric. n. 4871/16.

tion on the basis of the unilateral choices of any individual ... hav[ing] the effect of negating the well-established principle of public international law ... according to which the States Parties ... have the right to control the entry, residence and expulsions of aliens»⁷. Quanto al secondo motivo di ricorso, la Corte ha ritenuto l'art. 6 CEDU inapplicabile, posto che il procedimento teso a ottenere l'esecuzione del provvedimento giudiziario che ordinava alle autorità competenti di rilasciare il visto non riguardava un diritto soggettivo⁸.

3. *Una decisione inaspettata?*

Nel 2005, un autore descriveva la nozione di giurisdizione *ex art. 1 CEDU* come ancorata a confini amministrativi piuttosto che geografici, i cui limiti sarebbero tracciati dal diritto internazionale, ivi inclusa la Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari. Pertanto, la funzione delle rappresentanze consolari di accordare o negare un visto di ingresso, prevista all'art. 5(d) della citata Convenzione, rientrerebbe «al di là di ogni ragionevole dubbio» nell'esercizio della giurisdizione statale⁹. Dieci anni dopo, una voce autorevole in dottrina riteneva «inevitabile» che tale funzione radicasse la giurisdizione, in quanto manifestazione della sovranità statale¹⁰. La decisione odierna della Corte EDU è allora inaspettata? Per la verità, probabilmente no.

Una prima considerazione, di tipo meta-giuridico, deriva da una valutazione d'insieme della recente prassi della Corte di Strasburgo che, essendo indirizzata alla «sostanziale difesa delle più rigide politiche di controllo alle frontiere», «evita di prodursi in [un] attivismo giudiziario» invisibile a diversi Stati membri del Consiglio d'Europa¹¹. La pressione esercitata da tali Stati

⁷ Ivi, par. 123-124.

⁸ Ivi, par. 137; cfr. *inter alia* Corte EDU, decisione del 13 ottobre 2009, *Panjebeighalebei v. Danimarca*, ric. n. 11230/07.

⁹ G. NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 3/2005, p. 567. Sulla nozione di giurisdizione in ambito CEDU v. su tutti P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

¹⁰ V. MORENO-LAX, *(LTV) Asylum Visas as an Obligation under EU Law*, in *Odyseus Blog*, 16 febbraio 2016, p. 10.

¹¹ Cfr. A. BUFALINI, *L'insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive*, in *ADiM BLOG*, aprile 2020.

sulla Corte non è di certo passata inosservata: basti pensare che in ben 11 hanno partecipato come terzi intervenienti nel procedimento *de quo* (Repubblica Ceca, Croazia, Danimarca, Francia, Germania, Ungheria, Lettonia, Paesi Bassi, Norvegia, Slovacchia e Gran Bretagna), tutti schierati in difesa del Belgio e a favore dell'argomento, già sollevato di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel simile caso *X. e X. c. Belgio*¹², secondo cui una pronuncia positiva per i ricorrenti avrebbe determinato «un ingorgo ... di fronte a un flusso incontrollabile di visti umanitari»¹³. Non a caso, un numero di Stati (12) erano intervenuti nel citato caso *X. e X. c. Belgio*, sempre in favore del governo convenuto, a sostenere che il Codice comunitario dei visti non impone agli Stati membri dell'Unione di accordare l'ingresso per motivi umanitari di persone in bisogno di protezione¹⁴.

Per non contrariare tali Stati, alla Corte è in realtà bastato leggere rigidamente la propria stessa giurisprudenza in tema di esercizio extraterritoriale della giurisdizione. In particolare, nonostante una certa confusione logico-argomentativa che la caratterizza, la decisione in commento affronta due questioni. Primo, se possa affermarsi la giurisdizione del Belgio in forza degli atti degli agenti consolari presso l'ambasciata belga a Beirut¹⁵. Secondo, se invece la giurisdizione non possa discendere dall'esercizio di pubblici poteri da parte delle competenti autorità amministrative e giudiziarie *in Belgio*¹⁶.

Quanto alla prima questione, la Corte ha gioco facile nel dichiarare l'inammissibilità del ricorso utilizzando i precedenti in tema di modello c.d. «personale» di esercizio extraterritoriale della giurisdizione. Come noto, la Corte ammette che nella situazione eccezionale in cui agenti statali esercitano all'estero un potere o un controllo sul ricorrente, la giurisdizione statale si estende oltre i confini dello Stato. Tale modello è declinato in una serie di ipotesi. Secondo quella più nota, la giurisdizione si estende agli atti che producono effetti extraterritoriali, quando posti in essere da agenti statali che esercitano un controllo effettivo su un individuo, ad esempio detenendolo (c.d. controllo *de facto*). Tra le altre ipotesi ulteriori, figurano quei casi in cui

¹² CGUE (Grande Sezione), sentenza del 7 marzo 2017, *X. e X. c. Belgio*, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

¹³ Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, 7 febbraio 2017, *X. e X. c. Belgio*, C-638/16 PPU, EU:C:2017:93, par. 172, critiche rispetto a tale impostazione.

¹⁴ In generale C. FAVILLI, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2017.

¹⁵ *M.N. et al. c. Belgio*, par. 117-121.

¹⁶ *ivi*, par. 122 ss.

lo Stato eserciti extra-territorialmente la giurisdizione in forza del diritto internazionale pattizio o consuetudinario (c.d. controllo *de iure*). In *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, ad esempio, la Corte ha stabilito che in alto mare uno Stato esercita la giurisdizione *ex art. 1 CEDU* sugli individui a bordo di una nave battente bandiera di quello Stato, poiché questi sono sotto il suo controllo *de iure*, ossia discendente dalle norme del diritto internazionale del mare che dispongono che in alto mare una nave è soggetta alla giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera¹⁷. Secondo alcuni, come sopra menzionato, lo stesso ragionamento dovrebbe estendersi agli atti degli agenti diplomatici e consolari all'estero. In particolare, la funzione consolare dell'emissione di un visto sarebbe esercizio di giurisdizione derivante *de iure* dal diritto internazionale e la giurisdizione *ex art. 1 CEDU* vi seguirebbe automaticamente, per via del controllo «amministrativo» sul richiedente¹⁸. Una certa giurisprudenza della Corte sembrava aver avallato tale ricostruzione¹⁹. Da altri precedenti però, afferma la Corte nel caso odierno, emergeva sì come l'esempio della funzione consolare fosse generalmente calzante ai fini del modello «personale», ma da solo insufficiente a radicare la giurisdizione in ambito CEDU in assenza di un qualche elemento ulteriore. Ad esempio, in *X. c. Regno unito* la giurisdizione era stata fondata sull'autorità esercitata dagli agenti consolari sulla ricorrente in forza della sua nazionalità britannica²⁰. Se questa giurisprudenza, a tratti confusa, poteva aver lasciato qualche dubbio sul fatto che la funzione consolare potesse comportare di per sé un controllo *de iure* – ossia, si ribadisce, derivante dal diritto internazionale – la decisione odierna è cristallina sul punto. La Grande camera chiarisce che ciò non è sufficiente ad attivare gli obblighi discendenti dalla Convenzione, dovendosi dimostrare un «collegamento» ulteriore tra lo Stato e il ricorrente²¹. Nel caso di specie, secondo la Corte, nessun elemento di connessione tra la famiglia siriana e il Belgio è presente. In particolare, i ricorrenti sono cittadini siriani, che né erano mai

¹⁷ Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, ric. n. 27765/09, par. 77.

¹⁸ Cfr. l'opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque in *ivi*, pp. 69-71; v. anche T. SPIJKERBOER, E. BROUWER and Y. AL TAMIMI, *Advice in Case C-638/16 PPU on prejudicial questions concerning humanitarian visa*, 5 gennaio 2017, par. 3.3 ss.; Corte EDU, *Article 1. A State's "jurisdiction" for the acts of its diplomatic and consular agents*, 2019.

¹⁹ Corte EDU, decisione del 12 dicembre 2001, *Banković et al. c. Belgio et al.*, ric. n. 52207/99, par. 59, 73.

²⁰ Corte EDU, decisione del 15 dicembre 1977, *X. c. Regno unito*, ric. n. 7547/76, p. 74.

²¹ *M.N. et al. c. Belgio*, par. 113.

stati in Belgio né avevano legami familiari in tale paese. Pertanto, la Corte esclude che il Belgio esercitasse su questi un'autorità. Rifacendosi al precedente *M. c. Danimarca*, in cui la giurisdizione era stata affermata in forza del controllo fisico esercitato dagli agenti consolari sul ricorrente²², la Corte si chiede se nel caso di specie gli agenti consolari belga non avessero esercitato un controllo *de facto* sulla famiglia siriana. Esclusa anche quest'ipotesi, dato che la famiglia poteva liberamente entrare e uscire dal consolato²³, la Corte esclude la sussistenza del criterio del controllo effettivo²⁴. Una tale posizione, che ha sorpreso pochi in dottrina²⁵, determina dunque l'accantonamento della tesi per cui la giurisdizione *ex art. 1 CEDU* sarebbe presente in ogni caso di esercizio «amministrativo» di una funzione consolare²⁶.

Quanto alla seconda questione, la decisione sembra scartare la sussistenza della giurisdizione alla luce del principio dell'esercizio di «pubblici poteri»²⁷. Secondo tale prospettiva, che trova conforto *inter alia* in un noto passaggio di *Al-Skeini et al. c. Regno unito*²⁸, quando uno Stato ha titolo a esercitare pubblici poteri all'estero e la condotta in violazione della CEDU è ad esso attribuibile, allora tale Stato esercita la propria giurisdizione, anche in assenza di un controllo effettivo sul territorio o sull'individuo. In particolare, la teoria dei «pubblici poteri» è stata invocata in relazione alle procedure di controllo alle migrazioni, in cui la materia dei visti rientra a pieno diritto²⁹.

²² Corte EDU, decisione del 14 ottobre 1992, *M. c. Danimarca*, ric. n. 17392/90, par. 1; v. anche Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 7 luglio 2011, *Al-Skeini et al. c. Regno unito*, ric. no. 55721/07, par. 134.

²³ Cfr. Corte EDU, decisione del 28 gennaio 2014, *Abdul Wahab Khan c. Regno unito*, ric. n. 11987/11, par. 27.

²⁴ *M.N. et al. c. Belgio*, par. 118.

²⁵ V. STOYANOVA, *M.N. and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas*, in *EJIL:Talk!*, 12 maggio 2020; M. BAUMGÄRTEL, *Reaching the dead-end: M.N. and others and the question of humanitarian visas*, in *Strasbourg Observers*, 7 maggio 2020. V. anche M. DESPAUX, *The ECtHR confronted to a question on "humanitarian visas". An analysis of the pending case M.N. and Others v. Belgium (n° 3599/18)*, in *International Law Blog*, 31 luglio 2019; D. SCHMALZ, *Will the ECtHR Shake up the European Asylum System?*, in *Verfassungsblog*, 30 novembre 2018.

²⁶ *M.N. et al. c. Belgio*, par. 119. Più ampiamente A. RICCARDI, *Alla ricerca di una via legale di fuga. Note a margine di M.N. e al. c. Belgio di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. XV/2020, pp. 696-701.

²⁷ Come rilevato anche da STOYANOVA, cit.

²⁸ Corte EDU (Grande Camera), *Al-Skeini et al. c. Regno unito*, cit., par. 135.

²⁹ Su tutti v. J. HATHAWAY, T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 2/2015, pp. 267-272.

Senza per la verità particolare elaborazione, la Grande camera, pur riconoscendo l'esercizio di pubblici poteri da parte delle autorità consolari, amministrative e giudiziarie belga, afferma che: (i) tale esercizio non è sufficiente ad attrarre i ricorrenti nella sfera di giurisdizione «territoriale» dello Stato convenuto (virgolettato in originale); e (ii) neppure il fatto che tale esercizio abbia avuto un impatto sui ricorrenti può dirsi sufficiente a radicare la giurisdizione³⁰. Va sottolineato, però, che i giudici aprono all'ipotesi che l'esercizio di pubblici poteri si renda necessario in forza di obblighi procedurali discendenti dalla Convenzione: in tal caso l'esercizio di giurisdizione non potrebbe negarsi³¹. Per un altro verso, la decisione sembrerebbe rifiutare l'idea che il rilascio di visti umanitari possa essere, a certe condizioni, un obbligo positivo insito nell'art. 3 CEDU³²: ciò, a maggior ragione alla luce della considerazione appena fatta, ossia che la Corte esclude indirettamente che il Belgio abbia avuto l'obbligo procedurale di attivarsi nel caso di specie³³. In conclusione, con un'argomentazione circolare, la Grande camera afferma che l'esercizio di pubblici poteri, per poter radicare la giurisdizione, deve essere accompagnato da un ulteriore elemento di connessione con lo Stato, ad esempio un controllo *de facto* sull'individuo, che però manca nel caso di specie.

4. *Uno sguardo più ampio*

Prendendo la decisione in commento come spunto per qualche riflessione più ampia, preme soffermarsi su due questioni.

Primo, al paragrafo 126, la Grande camera chiosa il proprio ragionamento sulla mancanza di giurisdizione affermando che ciò non pregiudica «the endeavours made by States Parties to facilitate the access to asylum procedures through their embassies and/or consular representations». La ragione per

³⁰ *M.N. et al. c. Belgio*, par. 112.

³¹ *ivi*, par. 122. In effetti, di recente, la Corte ha confermato tale ipotesi in *Hanan c. Germania*, cit.

³² V. C. DANISI, A "Formalistic" Approach to Jurisdiction in the European Court of Human Rights' Decision on Humanitarian Visas: Was Another Interpretation Possible?, in *SIDIBlog*, 27 maggio 2020; v. anche l'intervento di terzo nel procedimento in commento Corte EDU, Written Submissions on Behalf of the AIRE Centre, DCR, ECRE and ICJ del 27 settembre 2018, *Nabbas and Hadri c. Belgio*, ric. no. 3599/18, par. 16.

³³ *M.N. et al. c. Belgio*, par. 122.

cui il paragrafo 126 esiste è presto detta: solo qualche mese prima, in *N.D. e N.T. c. Spagna*, la Grande camera aveva stabilito che lo Stato convenuto non fosse responsabile per l'espulsione collettiva dei ricorrenti che erano riusciti a superare la barriera di Melilla, perché aveva reso disponibili dei mezzi genuini ed effettivi di accesso legale al territorio statale, così rispettando l'obbligo di non rendere inoperanti gli articoli 3 CEDU e 4 del Protocollo No. 4 (divieto di espulsioni collettive)³⁴. In particolare, i ricorrenti avrebbero avuto accesso alle rappresentanze consolari spagnole, dove «anyone could submit a claim for international protection»³⁵. Oggi però la Corte sembra smentire se stessa quanto alla portata degli obblighi in capo agli Stati: se in *N.D. e N.T.* essa affermava che dalla CEDU discende un dovere di offrire vie di ingresso legali di cui i visti sono un'articolazione – pena essere «liable to render ineffective all the Convention provisions designed to protect individuals who face a genuine risk of persecution»³⁶ – in *M.N. et al.* i giudici escludono – seppur implicitamente – che il Belgio avesse obblighi procedurali nei confronti dei ricorrenti in tal senso³⁷. Insomma, l'obbligo positivo – sia esso desunto dal divieto di espulsioni collettive o dal divieto di tortura, trattamenti inumani e degradanti³⁸ – esiste o no? La questione si intreccia con il tema della giurisdizione. Si noti in proposito che in *N.D. e N.T.* la Corte aveva specificato come non fosse necessario prendere posizione «on whether or to what extent such embassies and consulates would have brought the applicants within the jurisdiction of Spain»³⁹. Ciò è un controsenso, posto che gli obblighi positivi esistono solo laddove sussiste la giurisdizione⁴⁰. E allora, come può la Corte aver stabilito da una parte in *M.N. et al.* che il Belgio non aveva giurisdizione sull'emissione dei visti presso il proprio consolato a Beirut e dall'altra in *N.D. e N.T.* decidere di non esprimersi sulla giurisdizione, ma affermare comunque che la Spagna aveva garantito i diritti individuali previsti nella Convenzione, incluso l'art. 3, *inter alia* adempiendo all'obbligo procedurale di offrire l'accesso all'emissione di un visto presso i

³⁴ Corte EDU, sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. no. 8675/15 and 8697/15, par. 171, 212, 221 (d'ora in avanti *N.D. e N.T. c. Spagna*).

³⁵ *ivi*, par. 222.

³⁶ *ivi*, par. 209.

³⁷ *M.N. et al. c. Belgio*, par. 122.

³⁸ cfr. il collegamento tra le due norme operato in *N.D. e N.T. c. Spagna*, par. 171-188.

³⁹ *N.D. e N.T. c. Spagna*, par. 222.

⁴⁰ *ex multis* Corte EDU (Grande Camera), sentenza dell'8 luglio 2004, *Ilaşcu et al. c. Moldavia e Russia*, ric. no. 48787/99, par. 320-321

propri consolati? L'accesso offerto non può essere un mezzo genuino ed effettivo da tenere in considerazione nel valutare l'adempimento, se su di esso lo Stato non esercita giurisdizione. Si ritiene pertanto che le due statuizioni in commento siano incongruenti e, oltre a destare dubbi circa la buona fede nell'interpretazione della Convenzione, svelino un atteggiamento Stato-centrico della Corte, che pone i migranti di fronte a un bivio senza via d'uscita (*rectius*: di ingresso): essere «colpevoli» di non aver perseguito tutte le vie legali di accesso al territorio dello Stato⁴¹, con ciò giustificandosi il respingimento operato al confine, o utilizzare tali vie legali, senza però poter invocare la responsabilità dello Stato in caso di violazione della Convenzione. Se il procedimento argomentativo della Corte non convince su un piano giuridico, esso acquista un senso se riletto alla luce della più ampia prassi degli Stati europei in tema di esternalizzazione delle frontiere, locuzione utilizzata per descrivere quei processi attraverso cui gli Stati di destinazione dei migranti ne realizzano extra-territorialmente la gestione, con l'obiettivo di allontanare fisicamente e perciò dall'alveo della propria giurisdizione la gestione dei flussi – una prassi con cui oggi la Corte è connivente.

Secondo, ci si può chiedere quale impatto possa avere la decisione odierna sui procedimenti attualmente pendenti di fronte alla Corte EDU, in particolare il caso *S.S. et al. c. Italia*⁴², in cui si pretende radicata la giurisdizione extraterritoriale dell'Italia in relazione a un'operazione di intercettazione in alto mare ad opera della c.d. guardia costiera libica di un'imbarcazione di migranti partita dalla Libia. Secondo i ricorrenti, infatti, l'Italia avrebbe esercitato un controllo «funzionale», derivante dall'esercizio di pubblici poteri «such as those ordinarily assumed by a territorial sovereign, taking the form of policy delivery and/or operational action translating into “situational control”»⁴³. La tesi principale dei ricorrenti, dopo che in *M.N. et al.* la Corte ha rifiutato di affermare l'extraterritorialità sulla base dell'esercizio di pubblici poteri, è evidentemente in pericolo. Chi scrive concorda però con l'opinione già espressa in dottrina per cui in *S.S. et al.*, oltre all'esercizio di pubblici poteri – che, ci dice oggi la Corte, non è di per sé sufficiente a radicare la giurisdizione – esistono una serie di ulteriori elementi di connessione tra l'Italia e

⁴¹ *N.D. e N.T. c. Spagna*, par. 134, 208.

⁴² Corte EDU, *exposé des faits* del 26 giugno 2019, *S.S. et al. c. Italia*, ric. no. 21660/18.

⁴³ V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control-On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model”*, in *German Law Journal*, n. 3/2020, p. 387.

i ricorrenti che militano in favore del controllo⁴⁴. In subordine, si segnala che i giudici potrebbero decidere di intraprendere in *S.S. et al.* una strada diversa e ritenere l'Italia responsabile come assistente nelle condotte della c.d. guardia costiera libica. In conclusione, dunque, forse il caso odierno non ha messo l'ultima parola – quantomeno, in questa fase di vita della Corte – sulla possibilità di una «terza via», per quanto diversamente declinata, all'esercizio extraterritoriale di giurisdizione.

⁴⁴ Per un approfondimento BAUMGÄRTEL, cit.; MORENO-LAX, *The Architecture*, cit.

PRIVATE SPONSORSHIP PROGRAMMES IN EUROPE
AND THE RULE OF LAW: TOWARDS A GREATER INVOLVEMENT
OF PRIVATE ACTORS IN INTERNATIONAL PROTECTION

Eleonora Frasca*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Safe and legal pathways for refugee protection: a global and regional narrative. – 3. Private sponsorship in Europe: national programmes. – 4. Humanitarian Corridors: piloting private sponsorship. – 5. Community Sponsorship Programmes and the role of the GRSI: a strand of resettlement programmes. – 6. Conclusion.

1. *Introduction*

Refugee private sponsorship is emblematic of asylum governance's evolution towards a greater involvement of private actors. Domestic factors explain the emergence of private sponsorship schemes in Europe; the peculiarity of the Common European Asylum System, migrant death toll in the Mediterranean, the rise of resettlement and the institutional crisis which followed the increase in refugee and other migrants' arrivals in the years 2014-2016. Private sponsorship is currently one of the few examples of opening of safe and legal pathways for refugee protection and it offers remarkable insights into the European "asylum crisis" of the past years.

2. *Safe and legal pathways for refugee protection: a global and regional narrative*

At the global level, both the New York Declaration for Refugee and Migrants (para 77, 78 and 79)¹ and the recently adopted Global Compact on Refugees (para 95)² reflect the need to expand the number and range of legal pathways available for refugees, including private sponsorship. At the Euro-

* PhD Candidate, Université Catholique de Louvain.

¹ UNGA, *New York Declaration for Refugees and Migrants*, Res. 71/1 (19 September 2016) UN doc A/RES/71/1.

² UN General Assembly (UNGA), '*Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*' (19 December 2018) UN Doc A/RES/73/195.

pean level, institutions evince growing interest in private sponsorship initiatives, not yet accompanied by effective actions. While the European Commission has embedded its discourse on private sponsorship into the effort of promoting resettlement and enhancing safe and legal pathways, the European Parliament has focussed on advancing European humanitarian visas.

With the resolution of 11 December 2018 the European Parliament requested the European Commission to table a legislative proposal establishing a European Humanitarian Visa³. Hints of the European Commission's interest in private sponsorship can be found in various communications on the delivery of the European Agenda on Migration⁴, in the pilot project coordinated by the European Asylum Support Office (EASO)⁵ as well as in the recent Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to channels for admission of persons in need of protection in Europe⁶.

3. *Private sponsorship in Europe: national programmes*

A number of European Union Member States have implemented or are implementing ad hoc national programmes. Those small-scale initiatives represent a breakthrough from the lack of solutions available to international protection seekers. Altogether, these schemes have brought more than 3,000 refugees to Europe during the past three years (2016-2019), not counting extended family reunification schemes. These numbers might seem of little relevance when compared with asylum applications lodged by asylum seekers after entering the European territory irregularly, just as resettlement figures are not significant when looking at the European Union's contribution to UNHCR projected resettlement needs for 2019⁷.

Participation of non-state actors to refugee resettlement is not a novelty.

³ *European Parliament resolution of 11 December 2018 with recommendations to the Commission on Humanitarian Visas* (2018/2271(INL)).

⁴ European Commission, 'A European Agenda on Migration', Brussels 13 May 2015, COM(2015) 240 final.

⁵ EASO-GRSI, *Workshop on Private Sponsorship Programmes*, 19-20 April 2018, Malta.

⁶ European Commission, DG Home, *Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement*, October 2018.

⁷ UNHCR, *Projected global resettlement need 2019*, 25-26 June 2018.

Civil society actors have been working with and for refugees for a long time. Instead, what is emerging from these new practices is that roles traditionally performed by state governments or international organisations are now taken on by private actors. It is emblematic of this trend the fact that the European Commission describes private sponsorship as “a transfer of responsibility from government agencies to private actors for some elements of the identification, pre- departure, reception or integration process of beneficiaries”⁸.

Civil society and faith-based organisations as well as private citizens are mobilising resources, making use of their knowledge and expertise in order to provide policymakers with effective responses to migration challenges. They are giving a new impulse to the principle of international responsibility sharing by providing access to asylum in Europe from first countries of asylum hosting large numbers of refugees. One has to ask, yet, can this be interpreted as a trend or a symptom of state disengagement from asylum responsibility?

4. *Humanitarian Corridors: piloting private sponsorship*

The Humanitarian Corridors started in Italy as a pilot project emanating from the advocacy of faith-based organisations. The frequency of deadly shipwrecks near the island of Lampedusa had the effect of triggering a response from those organisations and their constituencies, namely: to mobilise and prevent deaths in the Mediterranean Sea.

The project consists of a partnership between the organisations and the national government, represented by the Ministry of Foreign Affairs together with the Ministry of Interior. The basis for such scheme is a “Memorandum of Understanding” (MoU) which stipulates the organisations’ full management of a fixed quota of visas issued on humanitarian grounds according to Article 25 of the European Community Code on Visa.⁹ The MoU enables the organisations to select programme’s beneficiaries in the country of departure (Lebanon, Turkey, and Ethiopia), to organise for their visa application with the Italian consulate, arrange for the exit permits with the country of depar-

⁸ European Commission, DG Home, *Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement*, October 2018.

⁹ Regulation (EC) n.o 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code), OJ L 243, 15.9.2009, p. 1–58.

ture's authorities, travel to Italy as well as supporting the beneficiaries' asylum application and integration once in Europe. The project is entirely funded and run by the faith-based organisations.¹⁰ Moreover, the Humanitarian Corridors have an outspoken transnational mission. Even if, in practice, they are implemented very differently according to the domestic context, they were inaugurated also in France (2016) and Belgium (2017) and are becoming a point of reference for piloting private sponsorship across Europe.

Within the European Union, admission policies remain under the responsibility of state governments. A transfer of responsibility for phases of resettlement per se is not against the rule of law. It depends on how and for which objectives the transfer of responsibility happens. Issues of publicity, transparency and predictability around the programmes arise, challenging aspects of the domestic rule of law understood as good governance.

Humanitarian Corridors schemes rely on private sponsors for the identification and selection of beneficiaries, based on a larger set of vulnerability criteria, and allow for referrals from local networks and consultation with UNHCR. Beneficiaries of the programmes apply for asylum once in the territory of the Member States concerned and benefit from an expedited asylum procedure. The Belgian scheme also foresees that the beneficiaries selected in Turkey belong to a Syrian-Orthodox group, posing issue of selectivity based on religious affiliation and, thus, discrimination. Fairness of procedures and issues of effective remedies can also be considered.

The legal bases for such schemes and their ad hoc nature seem over-dependent on both the discretion of the Member State concerned and the good will (and resources) of the organisations implementing the scheme. The amount of resources and commitment required by this programme is unbalanced on the sponsors. It is unclear what happens in case of sponsorship breakdown or in case of beneficiaries' "secondary" movement to another European country. Despite the large responsibilities the organisations bear, the process through which this limited number of faith-based organisations were selected remain ambiguous. There is no explicit selection procedure in place. The success of the organisations in reaching the agreement with the government seems to be the mere effect of their bargaining power and good will (in Italy) as well as the network effect of the first Humanitarian Corridors (in France and Belgium). The reasons in support of the choice of these specific organisations are over-simplified in the text of the agreement.

¹⁰ S. TROTTA, *Safe and Legal Passages to Europe: A Case Study of Faith-Based Humanitarian Corridors to Italy*, in *UCL Migration Research Unit, Working Papers*, 2017, n. 5.

5. *Community Sponsorship Programmes and the role of the GRSI: a strand of resettlement programmes*

In parallel, the British Home Office launched in July 2016 the “Full Community Sponsorship scheme” closely linked to the Syrian Vulnerable Persons Resettlement Scheme. Civil society organisations played a significant role in its set-up, although the emergence of the sponsorship scheme might seem “top-down” and government-led as compared to the Humanitarian Corridors policy process. In 2019, Germany, Ireland and Spain launched schemes similar to the British one. The Global Refugee Partnership Sponsorship Initiative has proven to be an important player in the set-up of this stream of programmes; it aims at sharing the Canadian sponsorship experience and support the development of appropriate models in other countries.

Community Sponsorship is therefore a strand of resettlement programmes. It works as a partnership between the government and civil society groups that enables citizens to engage with refugee resettlement. Sponsoring groups are accredited by the government through a solid application process whereby sponsors are required to demonstrate their financial commitments, secure accommodation and submit a detailed and comprehensive settlement plan. If the application is successful, the government matches the refugees to the sponsors. The process can take up to one year. Sponsoring groups rely on a registered charity which act as a “safety net” in case of sponsorship breakdown. In this case, it might seem that governments are shifting the costs of asylum reception and integration on private actors transforming “public resettlement” into “private resettlement”.

These initiatives do not provide for “additionality”, intended as a feature of complementary pathways for refugee protection whereby additional places are offered to protection seekers beside resettlement places. Protection seekers who are not registered with the UNHCR or who have not been recognised as refugees are not eligible for sponsorship under such programmes.

6. *Conclusion*

These multiple initiatives have taken the shape of “pilot” projects or “experimental” strand of resettlement schemes. No private sponsorship programme in Europe is currently embedded into a legal framework. Programmes are exclusively run at the national level and characterised by a variable structure and shifting sharing of responsibilities between national gov-

ernments and private actors. Thus, these initiatives contribute to the emergence of a new layer of governance, both subnational (with the state delegating responsibility to non-state actors) and transnational (with civil society actors advocating for the same scheme across country).

Calling for the opening of legal pathways to prevent migrant deaths at sea, private actors are effectively bypassing the status quo of asylum procedures. Particularly in the case of the Humanitarian Corridors, the organisations implementing the programme acquire a “special permission” from their respective governments to manage humanitarian visas, identify and select beneficiaries of such programmes and offer settlement and integration support for a at least one year, largely covering the costs of the programme.

Refugee private sponsorship, along with resettlement, is likely to evolve in the coming years and has the potential to become a well-trodden path for refugee protection in Europe. Certainly, private sponsorship allows one to observe the work of civil society, to reflect on the need for humanitarian visas, to give a clear meaning to the objective of saving lives in the Mediterranean Sea and is a reminder of the significance of the principle of international responsibility sharing for refugee across countries. Ultimately, it calls for a rethinking of the legal pathways to access asylum in Europe.

L'INTERNAL MARKET BILL E LA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE NELLE FUTURE RELAZIONI UE/UK**

Simone Marinai*

SOMMARIO: 1. L'ultima provocazione da Londra: l'*Internal Market Bill*. – 2. La disciplina della circolazione delle persone nell'Accordo di recesso. – 3. Le questioni rimaste aperte. – 4. I negoziati in materia di circolazione delle persone portati avanti dopo il recesso. – 5. Le prospettive future.

1. *L'ultima provocazione da Londra: l'Internal Market Bill*

Quando il 31 gennaio 2020 è giunto a compimento il travagliato processo che ha condotto alla Brexit, era già chiaro che non sarebbe stato semplice trovare un accordo per definire le future relazioni tra Regno Unito e Unione europea¹. Fin da subito, le posizioni delle Parti sono apparse divergenti su alcuni punti essenziali. Basti pensare che l'Unione europea è orientata a concludere un unico accordo internazionale² che disciplini i rapporti con il Regno Unito, mentre quest'ultimo ha proposto la stipula di molteplici accordi in relazione ai diversi settori interessati dal negoziato³. Il tempo a disposizio-

** Il presente contributo tiene conto degli sviluppi intercorsi alla data del 2 ottobre 2020. Per un aggiornamento in merito alle ripercussioni prodotte sulla circolazione delle persone a seguito della conclusione dell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito (in GUUE L 444 del 31.12.2020), entrato in vigore provvisoriamente il 1° gennaio 2021, v. S. MARINAI, *La disciplina della circolazione delle persone e il coordinamento dei meccanismi di sicurezza sociale*, in Eurojus.it, 9 febbraio 2021.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa.

¹ Sulle incognite che fin dall'inizio hanno accompagnato le prospettive successive alla Brexit, v. B. NASCIBENE, *Il dopo Brexit. Molte incognite, poche certezze*, in Eurojus.it, 1 luglio 2016.

² V. EUROPEAN COMMISSION, TASK FORCE FOR RELATIONS WITH THE UNITED KINGDOM, *Draft text of the Agreement on the New Partnership with the United Kingdom*, UKTF (2020) 14, 18 marzo 2020.

³ V. UK GOVERNMENT, *The Future Relationship with the EU. The UK's Approach to Negotiations, Presented to Parliament by the Prime Minister*, febbraio 2020, <https://www.gov.uk/government/publications/our-approach-to-the-future-relationship-with-the-eu>.

ne non è molto, anche considerato che il Regno Unito si è rifiutato di chiedere una proroga rispetto al periodo di transizione previsto nell'Accordo di recesso (AR)⁴, periodo che quindi terminerà il 31 dicembre 2020.

Nonostante le difficoltà ed i rallentamenti causati dalla pandemia di COVID-19, da marzo scorso ad oggi si sono svolti nove *round* negoziali, l'ultimo dei quali si è tenuto a Bruxelles tra il 29 settembre ed il 2 ottobre.

Nelle settimane che hanno preceduto tale vertice, il Governo guidato da Boris Johnson ha presentato in Parlamento una proposta di legge (il c.d. *United Kingdom Internal Market Bill*⁵) che subito ha destato non poche preoccupazioni in ragione della sua dichiarata volontà di consentire deroghe rispetto all'AR (ed al suo allegato Protocollo sull'Irlanda del Nord) e, di conseguenza, per le ripercussioni negative che potrà produrre in vista del raggiungimento di un accordo sulle future relazioni tra le due Parti negoziali.

La proposta di legge in questione, secondo il Primo ministro britannico, costituisce una rete di salvataggio per impedire l'interruzione degli scambi commerciali all'interno del Regno Unito (e, in particolare, tra l'Irlanda del Nord e la Gran Bretagna) da attivare nel caso in cui non venga raggiunto un accordo con l'UE entro fine anno⁶. La proposta prevede la possibilità di derogare alle procedure pattuite per l'esportazione delle merci scambiate tra l'Irlanda del Nord e la Gran Bretagna, nonché alle norme stabilite in materia di aiuti di Stato al fine di evitare che la libera circolazione dei beni tra Irlanda del Nord e UE sia distorta da sussidi statali. Quello che è poi particolarmente sconcertante è che nella proposta si stabilisce espressamente che le sopra citate previsioni si applicheranno nel Regno Unito indipendentemente da obblighi derivanti dal diritto internazionale, dall'AR e dal Protocollo sull'Irlanda del Nord. Si tratta, quindi, di una dichiarata affermazione della volontà di violare gli obblighi assunti a livello internazionale dal Regno Unito.

Immediata è stata la reazione da Bruxelles. La Commissione europea, at-

⁴ V. <https://www.gov.uk/government/news/eu-uk-statement-following-the-high-level-meeting-on-15-june>.

⁵ Il testo della proposta e l'*iter* del suo esame in Parlamento sono consultabili al seguente indirizzo: <https://services.parliament.uk/bills/2019-21/unitedkingdominternalmarket.html>. Per un commento a caldo, v. S. PEERS, *How does the Internal Market Bill breach the EU Withdrawal Agreement? And what might happen next?*, in *Prospect Magazine*, 10 settembre 2020, <https://www.prospectmagazine.co.uk/politics/internal-market-bill-break-international-law-brexite>.

⁶ V. BBC NEWS, *Brexit: PM defends planned changes to Withdrawal Agreement*, 9 settembre 2020, <https://www.bbc.com/news/uk-politics-54003483>.

traverso il suo vicepresidente Maroš Šefčovič, ha richiamato in modo deciso il Regno Unito al rispetto degli obblighi giuridici derivanti dall'AR e dal Protocollo sull'Irlanda del Nord ed ha dichiarato che l'approvazione dell'*Internal Market Bill*, oltre a rappresentare una violazione del diritto internazionale, comprometterebbe la fiducia e porrebbe a rischio i negoziati sulle future relazioni tra le due Parti. Sulla base di tali considerazioni, il Regno Unito è stato invitato a ritirare quanto prima la proposta in questione come passo concreto per ristabilire la fiducia tra le Parti⁷.

Ciò nonostante, l'*iter* di approvazione della proposta è proseguito, tanto che il 29 settembre scorso è stata conclusa la sua terza lettura in seno alla *House of Commons* e, attualmente, è in corso l'esame della stessa da parte della *House of Lords*. A fronte della dichiarata volontà, da parte del Governo britannico, di insistere nell'approvazione dell'atto in questione, la Commissione europea ha annunciato il 1° ottobre di aver inviato al Regno Unito una lettera di contestazione per violazione degli obblighi derivanti dall'AR⁸. Nell'avviare, in questo modo, la fase precontenziosa di una procedura di infrazione, la Commissione ha concesso al Regno Unito il termine di un mese per presentare proprie osservazioni. Per quanto è dato al momento sapere, viene contestata la violazione dell'art. 5 AR, ai sensi del quale le Parti si sono impegnate ad adempiere in buona fede agli obblighi derivanti dall'Accordo medesimo e ad astenersi da qualsiasi misura possa mettere in pericolo la realizzazione dei suoi obiettivi. Inoltre, la proposta, se adottata, viene considerata in violazione del Protocollo sull'Irlanda del Nord.

Alla luce del quadro appena delineato, in questa sede verranno evidenziate le conseguenze che si produrranno, in caso di approvazione dell'*Internal Market Bill*, sul piano della specifica materia della circolazione delle persone tra UE e Regno Unito.

2. La disciplina della circolazione delle persone nell'Accordo di recesso

Una delle principali preoccupazioni di cui si è tenuto conto nel corso dei

⁷ V. *Statement by the European Commission following the extraordinary meeting of the EU-UK Joint Committee*, 10 settembre 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1607.

⁸ V. *Withdrawal Agreement: European Commission sends letter of formal notice to the United Kingdom for breach of its obligations*, 1 ottobre 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1798.

negoziati che sono sfociati nella conclusione dell'AR₂ entrato in vigore il 1° febbraio 2020, era senz'altro rappresentata dall'esigenza di assicurare che venissero salvaguardati i diritti di soggiorno dei cittadini dell'Unione europea (e, tra questi, anche dei cittadini del Regno Unito) che abbiano già esercitato la libera circolazione⁹.

Al fine di rendere più gradualmente gli effetti del recesso, è stato innanzitutto previsto un periodo di transizione, la cui durata è stata fissata al 31 dicembre 2020, durante il quale il Regno Unito, pur essendo divenuto Stato terzo, continua ad essere vincolato (salve circoscritte eccezioni) al diritto dell'Unione. Durante il periodo di transizione la circolazione delle persone continua ad essere regolata dal diritto dell'UE. Con la conseguenza che i cittadini del Regno Unito continuano a beneficiare della libera circolazione sul territorio dell'Unione e, allo stesso modo, i cittadini dell'Unione continuano ad usufruire del diritto di ingresso e soggiorno sul territorio del Regno Unito. È opportuno precisare che tali diritti di libera circolazione vengono assicurati non soltanto a quanti già si trovassero sul territorio dell'altra Parte alla data del recesso, ma anche a coloro che vi abbiano fatto ingresso entro il 31 dicembre 2020.

L'AR prevede poi che, dopo la fine del periodo di transizione, solo i cittadini dell'Unione ed i cittadini del Regno Unito (ed i rispettivi loro familiari) che abbiano a tale data già esercitato il diritto di ingresso sul territorio dell'altra Parte, conservino il diritto di soggiorno alle stesse condizioni previste dal diritto dell'UE. Lo Stato ospitante può comunque prescrivere ai cittadini dell'Unione o ai cittadini del Regno Unito (così come ai loro familiari ed alle altre persone che secondo l'AR soggiornano sul suo territorio) di presentare – entro un termine non inferiore a sei mesi dalla fine del periodo di transizione – una domanda per ottenere la certificazione dello *status* di soggiornante derivante dal medesimo AR. Tale certificazione, a scelta dello Stato ospitante, può avere carattere dichiarativo o costitutivo. In quest'ultimo caso, qualora l'interessato non presenti la richiesta di certificazione entro il termine stabilito dallo Stato ospitante, il diritto di soggiorno garantito dall'AR viene meno, tanto che la posizione dell'interessato all'interno dello

⁹ Sul tema, v. ad es. A. LANG, *La salvaguardia dei diritti di soggiorno dei cittadini dell'Unione nei negoziati per la Brexit*, in *Eurojus.it*, 20 ottobre 2017; O. PORCHIA, *Citizens' rights in the post Brexit scenario*, in *ERA Forum*, 2019, p. 585; A. LANG, *La conservazione dei diritti di soggiorno in tempo di Brexit*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2020, p. 80; E. SPAVENTA, *The rights of citizens under the Withdrawal Agreement: a critical analysis*, in *E.L. Review*, 2020, p. 193.

Stato ospitante diventa irregolare, con conseguente rischio di essere allontanato dal territorio di quest'ultimo.

Al fine di rendere effettivo il diritto di soggiorno anche dopo la fine del periodo di transizione, l'AR assicura poi, sempre a quanti abbiano fatto ingresso sul territorio dello Stato ospitante prima del 31 dicembre 2020, il diritto di accesso alle attività economiche in qualità di lavoratori dipendenti o autonomi senza discriminazione in base alla cittadinanza e la parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospite. Particolari diritti vengono poi riconosciuti a lavoratori subordinati ed autonomi.

Norme specifiche vengono inoltre dedicate dall'AR al riconoscimento delle qualifiche professionali. Si prevede, da una parte, che i riconoscimenti già avvenuti prima della fine del periodo di transizione continuino a produrre effetti anche successivamente e, dall'altra, che venga assicurato il completamento delle procedure di riconoscimento che saranno ancora pendenti al termine del periodo di transizione. Da sottolineare, peraltro, che le qualifiche così riconosciute continueranno a produrre effetti solo nello Stato ospitante e non anche in altri Stati membri dell'Unione.

L'AR contiene infine norme volte a garantire il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. L'obiettivo è evidentemente quello di consentire a quanti abbiano esercitato la libera circolazione tra uno Stato membro dell'UE e il Regno Unito prima della fine del periodo di transizione, di continuare ad usufruire dei diritti maturati in più Stati in relazione a prestazioni di vario tipo quali, ad es., quelle per malattia, maternità, infortuni sul lavoro, malattie professionali, disoccupazione, ecc.

3. Le questioni rimaste aperte

Dal quadro appena delineato emerge che l'AR ha permesso di garantire il mantenimento di molti dei diritti collegati all'esercizio della libera circolazione tra Regno Unito e Stati membri dell'Unione. La previsione di un periodo di transizione ha certamente agevolato il perseguimento dell'obiettivo prefissato. Durante tale periodo, infatti, da una parte, il quadro giuridico è rimasto sostanzialmente inalterato e, dall'altra, è stato consentito agli interessati di consolidare situazioni che potranno essere fatte valere anche dopo il 31 dicembre 2020.

Molte però sono le questioni, attinenti alla circolazione delle persone, non regolate dall'AR. Si pensi, ad es., al fatto che i cittadini del Regno Unito, anche se hanno esercitato, prima della fine del periodo di transizione, il drit-

to di ingresso sul territorio di uno Stato membro dell'Unione, potranno sì continuare a soggiornare in quest'ultimo a tempo indefinito, ma non potranno – dopo il 31 dicembre 2020 – esercitare il diritto di circolare, soggiornare e lavorare in Stati membri dell'Unione diversi da quello di residenza. L'esercizio di tale libertà di circolazione è infatti subordinato alla conclusione di un apposito accordo nell'ambito delle future relazioni tra UE e UK. Allo stesso modo, i cittadini del Regno Unito non potranno invocare il diritto di esercitare la libera prestazione dei servizi in Stati membri dell'Unione diversi da quello ospitante dopo la fine del periodo di transizione. Il ricongiungimento familiare, poi, viene normalmente garantito solo qualora il vincolo di parentela diretto sia costituito prima della fine del periodo transitorio. Con la conseguenza che, ad es., coloro che dovessero divenire – solo successivamente – coniugi dell'avente diritto, non hanno assicurata la possibilità di ricongiungimento, possibilità che rimane subordinata alle legislazioni nazionali in materia di immigrazione previste dai singoli Stati membri (o dal Regno Unito) per i cittadini di Stati terzi¹⁰.

Non è poi coperto dall'AR il riconoscimento delle qualifiche professionali qualora la relativa procedura venga attivata dopo la fine del periodo di transizione. In tal caso, quindi, le qualifiche potranno essere riconosciute alle condizioni dettate dalla legislazione nazionale che sarà vigente nello Stato ospitante.

Neppure è disciplinato dall'AR il coordinamento dei meccanismi di sicurezza sociale per le persone che esercitano la circolazione tra il Regno Unito ed uno Stato membro dell'Unione dopo la fine del periodo transitorio.

Oltre a dover tener conto delle questioni che non sono state contemplate dall'AR, bisogna poi considerare che, nel corso dei primi mesi di applicazione di quest'ultimo, sono emerse alcune problematiche che hanno portato l'UE ed il Regno Unito ad accuse reciproche.

In particolare, la Commissione europea ha avviato il 14 maggio 2020 un procedimento di infrazione nei confronti del Regno Unito per il mancato rispetto della normativa relativa alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari contenuta nella direttiva 2004/38 e nelle pertinenti disposizioni del TFUE¹¹. La normativa nazionale di attuazione, infatti, secondo la Commissione, sarebbe eccessivamente restrittiva nel determinare i beneficiari della libera circolazione e nel disciplinare la facoltà di impugna-

¹⁰ Sulla più articolata disciplina prevista dall'AR per i figli nati o adottati dopo la fine del periodo di transizione, v. A. LANG, *La conservazione*, cit., p. 99.

¹¹ Procedura di infrazione n. (2020)2202 avviata il 14 maggio 2020.

re le decisioni limitative del diritto di libera circolazione. Con ripercussioni negative non soltanto per coloro che intendono esercitare la libera circolazione durante il periodo di transizione, ma anche per quanti – di conseguenza – perderanno il diritto di beneficiarne dopo il 31 dicembre 2020.

Lo stesso giorno dell'avvio di tale procedura di infrazione, Micheal Gove, Ministro dell'Ufficio di Gabinetto del Regno Unito, ha replicato evidenziando le criticità che sussistono in molti Stati membri in relazione alle formalità richieste per ottenere lo *status* di residente conformemente all'AR¹². Effettivamente, se 14 Stati membri dell'Unione hanno optato per un meccanismo a carattere dichiarativo, gli altri Stati membri – al pari del Regno Unito, che ha istituito il tanto discusso meccanismo dell'*EU Settlement Scheme*¹³ – hanno optato per un sistema a carattere costitutivo¹⁴. Tale risposta eterogenea da parte degli Stati membri dell'UE, pur se in linea con quanto consentito dall'AR, non favorisce certo la certezza giuridica, soprattutto se a ciò si aggiungono i vari ulteriori problemi contestati dalla controparte britannica quali, ad es., la scarsa pubblicizzazione e la lentezza delle procedure da seguire, oppure il periodo limitato durante il quale alcuni Stati membri hanno consentito di presentare le relative domande, la scarsa attenzione per le persone più vulnerabili che possono avere maggiori difficoltà nell'accedere alla procedura in questione.

Alcune di tali problematiche sono state affrontate nell'ambito del Comitato congiunto UE/UK istituito sulla base dell'AR e, in particolare, nel Comitato specializzato per i diritti dei cittadini che, nel corso delle sue due riunioni (tenutesi a maggio¹⁵ e ad agosto¹⁶ scorso), ha verificato il grado di ap-

¹² V. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/885252/200514_Letter_from_Rt_Hon_Michael_Gove_MP_to_VP_Sefcovic.pdf.

¹³ Sui profili critici sollevati dall'*EU Settlement Scheme*, v. ad es. G. MORE, *From Union Citizen to Third-Country National: Brexit, the UK Withdrawal Agreement, No-Deal Preparations and Britons Living in the European Union*, in N. CAMBIEN, D. KOCHENOV, E. MUIR (eds.), *European Citizenship under Stress. Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Leiden, 2020, p. 457 e spec. p. 466 ss.

¹⁴ V. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit_files/info_site/overview_ms_residence_rights.pdf.

¹⁵ V. https://ec.europa.eu/info/publications/joint-statement-following-meeting-specialised-committee-citizens-rights-between-european-commission-and-uk-government-videoconference_en.

¹⁶ V. https://ec.europa.eu/info/publications/joint-statement-following-second-meeting-specialised-committee-citizens-rights-between-european-commission-and-uk-government_en.

plicazione delle procedure stabilite per il riconoscimento del nuovo *status* di residente previsto dall'AR. In tale sede, inoltre, le Parti si sono scambiate informazioni, oltre a fornire rassicurazioni e promesse di vigilare sull'attuazione dei rispettivi obblighi¹⁷.

4. *I negoziati in materia di circolazione delle persone portati avanti dopo il recesso*

Nell'ambito della Dichiarazione politica sul quadro giuridico per le future relazioni¹⁸ adottata dalle Parti prima della formalizzazione del recesso, l'UE ed il Regno Unito hanno previsto di stabilire accordi di mobilità basati sul principio di non discriminazione e sulla piena reciprocità. Uno degli obiettivi è quello di istituire un sistema di esenzione da visti per soggiorni di breve durata. Le Parti hanno inoltre concordato di prendere in considerazione la possibilità di disciplinare l'ingresso e soggiorno per motivi di ricerca, studio, tirocinio, scambi tra giovani e di facilitare l'attraversamento delle rispettive frontiere per viaggi legittimi. Sempre per favorire la futura circolazione delle persone, hanno fatto riferimento al coordinamento dei rispettivi sistemi di sicurezza sociale ed allo sviluppo di meccanismi di cooperazione giudiziaria in materia matrimoniale, in materia di responsabilità genitoriale ed in altre materie collegate.

Una volta formalizzatosi il recesso del Regno Unito, il Consiglio dell'Unione, nell'ambito delle direttive dettate per l'apertura dei negoziati di un accordo sulla nuova *partnership*¹⁹, ha tenuto a precisare che il negoziato dovrà tener conto che il Regno Unito è uno Stato terzo che non fa parte dell'area Schengen e che, in quanto non membro dell'Unione, non essendo sottoposto alle stesse obbligazioni degli altri Stati membri, non potrà avere gli stessi diritti, né usufruire dei medesimi benefici di questi ultimi.

Da parte sua, il Governo britannico, nel definire la propria posizione, ha ripetutamente affermato di voler riprendere il controllo delle proprie frontiere e di porre fine al preesistente regime di libera circolazione con l'UE²⁰. Ha

¹⁷ V. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit_files/info_site/2020_05_28_letter_vp_sefcovic_to_the_rt_hon_michael_gove_mp_redacted.pdf.

¹⁸ V. GUUE L C 34 del 31 gennaio 2020, p. 1.

¹⁹ V. doc. 5870/20, ADD 1 REV 3, 25 febbraio 2020. Sul mandato negoziale, v. S. PEERS, *Negotiating the future relationship between the UK and EU: the proposed EU negotiating mandate*, in *EU Law Analysis*, 14 febbraio 2020.

²⁰ V. ad es. UK GOVERNMENT, *The UK's Points-Based Immigration System. Policy State-*

sottolineato l'esigenza di assicurare il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e dei meccanismi di riconoscimento delle qualifiche professionali. Inoltre, ha proposto la conclusione di uno specifico accordo di riammissione delle persone residenti irregolarmente e di un accordo sul trasferimento di minori non accompagnati richiedenti asilo²¹.

Nel marzo 2020, la Commissione europea, dando seguito alle direttive elaborate dal Consiglio, ha elaborato un progetto di Accordo sulla nuova *partnership* con il Regno Unito²², nell'ambito del quale viene ribadito l'obiettivo di assicurare la mobilità delle persone in base ai principi di reciprocità e non discriminazione tra Stati membri, nonché mediante il coordinamento dei sistemi sociali delle Parti per la cui disciplina, vista la complessità della materia, viene previsto un apposito Protocollo. Nel progetto di Accordo, poi, viene confermata la volontà di non introdurre visti per soggiorni di breve durata, salvo la possibilità per i singoli Stati membri di decidere di imporre visti ai cittadini del Regno Unito che esercitano un'attività remunerata conformemente a quanto già previsto dal Regolamento "liste"²³. Del resto, l'UE ha già stabilito, in modo unilaterale, ma pur sempre a condizione che sia rispettato il principio di reciprocità, che dal 1° gennaio 2021 i cittadini del Regno Unito resteranno esentati dall'obbligo di visto per soggiorni di breve durata²⁴. Sempre nel progetto di Accordo elaborato dalla Commissione europea, si prevede poi che le Parti disciplinino su basi di reciprocità le condizioni di ingresso e soggiorno per periodi superiori a 90 giorni finalizzati a motivi di ricerca, studio, tirocinio e scambi tra giovani.

A fronte delle posizioni di partenza manifestate dalle Parti, il negoziato – soprattutto nei primi mesi e certo anche in ragione delle difficoltà legate al

ment, febbraio 2020, spec. p. 3, <https://www.gov.uk/government/publications/the-uks-points-based-immigration-system-policy-statement>.

²¹ V. <https://www.gov.uk/government/publications/our-approach-to-the-future-relationship-with-the-eu>.

²² V. Titolo XI del Progetto di Accordo, UKTF (2020) 14, cit.

²³ V. Regolamento (UE) n. 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che adotta l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo.

²⁴ V. Regolamento (UE) n. 2019/592 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 aprile 2019, recante modifica del Regolamento (UE) n. 2018/1806 che adotta l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, in relazione al recesso del Regno Unito dall'Unione.

COVID-19 – è proceduto a rilento, come constatato anche dal Consiglio dell'Unione, nelle sue Conclusioni del 25 giugno 2020²⁵. I negoziati si sono poi intensificati durante l'estate, quando le Parti hanno condotto anche sessioni specializzate ogni settimana a partire dal 29 giugno fino ad arrivare al più recente *round* negoziale che, come anticipato, si è svolto tra il 29 settembre ed il 2 ottobre 2020.

5. *Le prospettive future*

L'*Internal Market Bill*, se verrà approvato nei termini con cui il 29 settembre 2020 è passato alla *House of Commons*, renderà più difficile il raggiungimento di un accordo sulle future relazioni tra UE e Regno Unito entro il 31 dicembre 2020. L'UE non può certo consentire che il Regno Unito pretenda di sottrarsi agli obblighi dallo stesso Stato accettati mediante l'AR.

L'apertura, da parte della Commissione europea, della procedura di infrazione mediante l'invio della lettera di contestazione dello scorso 1° ottobre, ha rappresentato quasi un atto dovuto a fronte della posizione del Governo di Boris Johnson. In linea di principio, la fase precontenziosa potrebbe essere condotta in tempi rapidi e sfociare, in caso di persistente inadempimento da parte del Regno Unito, in un ricorso alla Corte di Giustizia ex art. 258 TFUE. La Corte mantiene infatti la propria giurisdizione sul Regno Unito durante il periodo di transizione in base a quanto stabilito dall'art. 131 AR. In virtù dell'art. 86 AR, poi, anche dopo la fine del periodo di transizione la Corte di Giustizia resterà competente per l'eventuale ricorso di infrazione che sia stato proposto contro il Regno Unito prima del 31 dicembre 2020²⁶.

A prescindere dagli esiti della procedura in questione, ad ogni modo, non vi è dubbio che la stessa può avere l'effetto di irrigidire ulteriormente i rapporti tra le Parti e, di conseguenza, di far saltare il negoziato sulle future relazioni con il Regno Unito, anche considerato il poco tempo ancora a disposizione prima della conclusione del periodo di transizione.

²⁵ V. <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/06/25/eu-uk-relations-council-adopts-conclusions/>.

²⁶ Ai sensi dell'art. 87 AR, inoltre, un eventuale ricorso per infrazione contro il Regno Unito, qualora abbia ad oggetto la violazione di uno degli obblighi derivanti dai Trattati istitutivi dell'Unione o dalla quarta parte dell'AR, potrà essere proposto di fronte alla Corte di Giustizia anche successivamente alla conclusione del periodo transitorio e comunque entro il termine di quattro anni dopo lo spirare dello stesso.

Nel presente contributo ci siamo in particolare soffermati sulle conseguenze che potrebbe avere, sulla circolazione delle persone, l'eventuale fallimento del negoziato.

L'AR garantisce già una serie di diritti di circolazione ai cittadini delle due Parti. Abbiamo però sopra evidenziato alcune delle questioni che non sono state disciplinate dall'AR. Non c'è dubbio che qualora il negoziato in corso non andasse a buon fine, verrebbero ridotte le prospettive di ottenere un regime di favore per la circolazione delle persone tra UE e Regno Unito.

Anche se non è dato conoscere nel dettaglio il contenuto dei negoziati fin qui condotti su questioni attinenti alla circolazione delle persone, non bisogna dimenticare che il Regno Unito ha più volte affermato la volontà di porre fine alla libera circolazione con gli Stati membri dell'UE. Del resto, ciò riflette l'intenzione, già espressa dal Regno Unito nel *White Paper* pubblicato nel dicembre 2018²⁷, di non riconoscere ai cittadini dell'UE un trattamento più favorevole rispetto a quello previsto per altri stranieri. Ciò nonostante, temi connessi alla circolazione delle persone quali, ad es., quelli dell'esenzione dai visti per soggiorni di breve durata, del coordinamento dei sistemi sociali, del riconoscimento delle qualifiche, della cooperazione in materia di contrasto all'immigrazione irregolare, sembrano poter essere sviluppati nell'ambito di un accordo sulle future relazioni. L'eventuale interruzione del negoziato pregiudicherebbe anche questi, sia pur minimali, obiettivi.

Ci si può chiedere se l'eventuale approvazione dell'*Internal Market Bill*, oltre a mettere a rischio il proseguimento dei negoziati, possa in qualche modo avere ripercussioni sugli stessi diritti già riconosciuti ai cittadini dell'Unione e del Regno Unito da parte dell'AR. Qualora, sulla base di quanto attualmente previsto dall'*Internal Market Bill*, il Regno Unito continuasse a violare in futuro l'AR, potrebbe l'UE – in virtù del principio *inadimplenti non est adimplendum* – mettere fine al medesimo trattato o sospendere la sua applicazione in tutto o in parte? Il principio *inadimplenti non est adimplendum*, codificato anche nella Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati tra Stati e Organizzazioni internazionali, può essere considerato espressione di una norma di diritto consuetudinario. La sua applicazione, peraltro, richiede che la violazione alla quale si intende rispondere abbia carattere sostanziale, ovvero riguardi una disposizione ritenuta essenziale per la realizzazione dell'oggetto e dello scopo del trattato. A ciò si aggiunga, poi,

²⁷ UK GOVERNMENT, *The UK's future skills-based immigration system*, dicembre 2020, spec. p. 8, <https://www.gov.uk/government/publications/the-uks-future-skills-based-immigration-system>.

che tale causa di estinzione o sospensione del trattato non si applica qualora il trattato medesimo ne escluda espressamente la sua applicazione. Nel caso specifico, l'UE ed il Regno Unito hanno concordato all'interno dell'AR di risolvere le controversie derivanti dallo stesso avvalendosi esclusivamente delle procedure ivi disciplinate²⁸. In particolare, hanno pattuito l'obbligo di tentare preliminarmente di risolvere le controversie avviando consultazioni in buona fede in sede di comitato misto. In mancanza di una soluzione concordata, potrà essere avviata una procedura di arbitrato, nell'ambito della quale potrà anche essere chiesto il coinvolgimento della Corte di Giustizia per l'interpretazione di questioni di diritto dell'UE. Il lodo arbitrale è vincolante per le Parti, tanto che, se non rispettato, potrà essere imposta una sanzione pecuniaria al convenuto. Qualora il lodo continui a non essere rispettato, l'altra Parte ha diritto di sospendere gli obblighi derivanti dall'AR. Rileva, peraltro, ai nostri fini, il fatto che venga espressamente esclusa la possibilità di sospendere, a seguito di tale procedimento, le disposizioni del trattato dedicate ai diritti dei cittadini²⁹. Sembra, quindi, in conclusione, difficile che i diritti di circolazione già riconosciuti dall'Accordo di recesso possano essere rimessi in discussione.

Sempre con riferimento ai diritti di circolazione, infine, va registrato il contenzioso che sta giungendo alla Corte di Giustizia dell'UE su iniziativa di cittadini del Regno Unito che stanno cercando di far valere in giudizio le conseguenze della perdita della cittadinanza dell'Unione o, comunque, dei diritti derivanti da tale *status*. È difficile attendersi un esito positivo dalle azioni fin qui proposte (v., ad es., *JU e a. c. Consiglio, Price c. Consiglio, Shindler e a. c. Consiglio, Shindler e a. c. Commissione*³⁰), ma non è da escludere, comunque, che la Corte – che spesso si è distinta per la sua giurisprudenza evolutiva – non possa in futuro sviluppare soluzioni in grado di rimettere in discussione alcune delle conseguenze che la Brexit ha prodotto per i diritti di circolazione dei cittadini.

²⁸ Su tale meccanismo, v. M.P. MARIANI, *Brexit e il sistema di soluzione delle controversie nell'accordo di recesso dall'Unione europea: quale ruolo per la Corte di giustizia?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 441; C. SANNA, *L'UE e i meccanismi di risoluzione delle controversie: il possibile rinvio pregiudiziale previsto nell'accordo quadro istituzionale Svizzera - UE e nell'accordo di recesso del Regno Unito*, in *Eurojus.it*, 3, 2019, p. 189 e spec. p. 194 ss.

²⁹ V. art. 178, par. 2, AR.

³⁰ V., rispettivamente, cause T-252/20, T-231/20 R, T-198/20, T-627/19.

**NON-REFOULEMENT E DIVIETO DI ESPULSIONI COLLETTIVE
DINANZI ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
E AL COMITATO ONU SUI DIRITTI UMANI**

TRA VISTI UMANITARI E RESPINGIMENTI ALLA FRONTIERA:
SI PUÒ ANCORA CERCARE ASILO IN EUROPA?

Alessandro Bufalini*

Quali sono le alternative alle politiche di contenimento delle migrazioni? Che relazione esiste tra i tentativi di accesso non autorizzato al territorio dello Stato e l'esistenza di vie legali di ingresso? È davvero possibile limitare i viaggi lungo le rotte del Mediterraneo e i tentativi di scavalcare muri e fili spinati attraverso la creazione di percorsi sicuri e regolari? Esistono degli obblighi per gli Stati diretti a garantire l'accesso regolare al proprio territorio e così allentare le pressioni migratorie ai propri confini? Nelle ultime settimane queste domande, che da tempo si aggirano sulle politiche in materia di asilo e immigrazione, sono prepotentemente riemerse e sottendono un interrogativo ancora più grande: si può ancora cercare asilo in Europa?

La Corte europea dei diritti umani sembra infatti esser stata chiamata a fare i conti con alcune delle profonde tensioni che pervadono il sistema di asilo europeo e ad occuparsi, in particolare, della relazione esistente tra i c.d. visti umanitari e la pratica, sempre più diffusa, dei respingimenti alla frontiera. Quel che emerge è l'architettura sempre più precaria su cui si regge il diritto di cercare asilo in Europa.

Vale forse la pena ricordare che il diritto dell'Unione Europea, che pure riconosce il diritto di cercare asilo, non predispone un vero e proprio sistema di norme dirette a favorire l'ingresso regolare dei richiedenti asilo nel vecchio continente. Di fatto, l'iniziativa in questo ambito è lasciata ai singoli Stati che, attraverso la volontaria partecipazione ai piani di reinsediamento, la creazione di c.d. corridoi umanitari o la messa a punto di programmi di sponsorizzazione privata, decidono in autonomia come permettere ai richiedenti asilo di entrare nel proprio territorio. A ciò si può aggiungere che la politica dei visti dal codice frontiere Schengen è improntata ad una logica

* Ricercatore in diritto internazionale, Università degli Studi della Tuscia.

differenziale: di favore verso i cittadini degli Stati più ricchi, tollerante nei confronti dei paesi da cui provengono lavoratori temporanei e stagionali (destinati spesso a divenire irregolari alla scadenza del proprio visto) e di chiusura rispetto a chi arriva da paesi in guerra o comunque instabili¹. Insomma, la via del visto di ingresso non è solitamente percorribile proprio da chi è più esposto al rischio di persecuzioni, torture e trattamenti inumani e degradanti.

Un possibile strumento per superare questi ostacoli, è stato talvolta individuato nel rilascio dei c.d. visti umanitari, disciplinati dall'art. 25(1)(a) del Codice visti (regolamento (CE) 810/2009)². Si tratta di un visto – con validità territoriale limitata allo Stato che lo ha rilasciato o ad altri Stati membri che eventualmente acconsentano a riconoscerne gli effetti sul proprio territorio – che viene concesso, eccezionalmente e in deroga alle comuni regole in materia di visti, “per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali”. Proprio le finalità umanitarie e gli obblighi internazionali richiamati dalla norma hanno indotto a ritenere che questo strumento potesse essere in alcune circostanze utilizzato per garantire una via di ingresso sicuro e regolare per i richiedenti asilo. Anche l'impiego di questa tipologia di visti rimane tuttavia una scelta dello “Stato membro interessato che lo ritiene necessario” e l'Italia stessa in effetti vi ha fatto ricorso con l'esperienza, avviata nel 2015, dei c.d. corridoi umanitari³.

¹ C. FILOTELLI, G. SCIORTINO, *Through the Gates of the Fortress: European Visa Policies and the Limits of Immigration Control*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 2013, pp. 500-521 e ancora G. SCIORTINO, *Le tensioni strutturali del regime europeo dell'asilo in prospettiva storica*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza*, 2018, p. 17 ss.

² Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti). Il codice, peraltro, è stato recentemente riformato, senza tuttavia che siano intervenute modifiche sulla disciplina dei visti umanitari, cfr. Regolamento (UE) n. 2019/1155 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), OJ L 188, 12 luglio 2019, pp. 25-54.

³ Per alcune riflessioni su questo strumento, con una particolare attenzione al ruolo (decisivo) di alcune ONG, si può vedere P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli d'intesa sui “corridoi umanitari” tra cui alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2017, pp. 1-31. Interessanti, anche nel tentativo di individuare un fondamento giuridico diverso da quello (inadeguato, almeno alla luce della giurisprudenza richiamata in questo scritto) dell'art. 25 del Codice dei visti, le considerazioni di C. RICCI, *The Necessity for Alternative Legal Pathways: The Best Practice of Humanitarian Corridors Opened by Private Sponsors in Italy*, in *German Law Journal*, 2020, pp. 265-283.

Per i richiedenti asilo, l'alternativa alla carenza delle vie di accesso legale è varcare i confini terrestri e marittimi dell'Europa in modo non autorizzato. Le risposte degli Stati ai tentativi di ingresso irregolare sono però note: innalzamento di muri e barriere, diffusi e sommari respingimenti alla frontiera, esternalizzazione dei controlli alle frontiere. Ingresso non autorizzato nel territorio di uno Stato e politica dei visti sono quindi in evidente e strettissima relazione: più è difficile ottenere un visto o percorrere in qualche modo una via legale di ingresso, più aumenta il necessario ricorso dei migranti a forme di accesso irregolare. Se ad una politica dei visti restrittiva nei confronti dei potenziali richiedenti asilo, si somma una prassi statale di rigida chiusura delle frontiere, è evidente come il diritto di cercare protezione in Europa vada incontro ad una compressione difficilmente accettabile per quegli stessi ordinamenti che da sempre ne proclamano la centralità. Per inciso, il tema si lega, più in generale, alla sempre più esigua possibilità di ingresso nel territorio europeo per tutti i migranti, anche quelli c.d. economici. Al di là delle critiche che possono essere avanzate alla (semplicistica) dicotomia rifugiati/migranti economici, è chiaro che le limitate possibilità di accesso al mercato del lavoro europeo finiscono per indurre coloro che si spostano alla ricerca di un'occupazione ad infoltire le fila dei richiedenti asilo, vedendo nell'accesso alla protezione internazionale l'unica strada rimasta per la propria ammissione in Europa.

I giudici di Strasburgo hanno ultimamente cercato di mettere in relazione la prassi statale del respingimento alla frontiera con l'esistenza di vie legali di accesso al territorio dello Stato. Nel recente e già noto caso *N.T. e N.D. c. Spagna*⁴, la Grande Camera infatti ha sottolineato come tra gli elementi di cui si deve tener conto per valutare la legittimità di respingimenti sommari e di natura collettiva, vi sia anche la circostanza che lo Stato abbia predisposto delle effettive vie di ingresso regolare nel proprio territorio per coloro in cerca di protezione. In quest'ultima prospettiva, la Corte ha ritenuto di dover verificare anche la concreta possibilità per i ricorrenti di rivolgersi alle sedi diplomatiche e consolari situate nei propri Stati di origine o in quelli di transito.

Proprio su una di queste vie legali, quella appunto dei c.d. visti umanitari, la stessa Corte è stata chiamata poco dopo ad esprimersi. Il caso è *M.N. e altri c. Belgio*⁵ e riguarda una famiglia siriana recatasi presso l'ambasciata

⁴ Corte edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, ric. n. 8675/15 e 8697/15, par. 211.

⁵ Corte edu (Grande Camera), decisione sull'ammissibilità del 5 maggio 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18.

belga a Beirut per chiedere il rilascio di un visto umanitario (ex art. 25(1)(a) del Codice dei visti) in modo da raggiungere il paese dell'Unione Europea dove avrebbe poi voluto formalizzare la propria richiesta di asilo. I giudici di Strasburgo hanno però ritenuto di non poter esercitare la propria giurisdizione sulla vicenda e sancito la non applicabilità della CEDU alle domande di visto umanitario presentate presso le sedi diplomatiche e consolari degli Stati membri in un paese terzo. La decisione di inammissibilità del ricorso, pur evidentemente fondata su diverse considerazioni, è in linea con l'atteggiamento già assunto in questo stesso ambito dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea⁶, che pure avrebbe potuto giungere a diverse conclusioni, così come prospettato dall'Avvocato generale Mengozzi in quella circostanza⁷. La sostanza, senza poter qui addentrarsi nella complessità delle questioni sollevate da questa giurisprudenza, è dunque la seguente: il rilascio di visti di ingresso a carattere umanitario da parte delle sedi diplomatiche e consolari non è un obbligo per gli Stati alla luce del diritto dell'Unione Europea né rientra nell'ambito di applicazione della Convenzione europea dei diritti umani.

⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 7 marzo 2017, *X e X c. Belgio*, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173. Per un commento, v. A. DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers*, maggio 2017 e E. BROWER, *The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal integrity vs. political opportunism?*, CEPS, marzo 2017.

⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Paolo Mengozzi, presentate il 7 febbraio 2017, causa C-638/16 PPU. Diversi sono i passaggi interessanti e non è possibile ripercorrerli interamente in questa sede, ma si veda, ad esempio, il par. 165, dove l'Avvocato generale sottolinea come il rilascio del visto umanitario sia l'unica soluzione che sia degna dei "valori universali che costituiscono i diritti inviolabili e inalienabili della persona umana" sui quali si fonda la costruzione europea e "che difendono e promuovono l'Unione e i suoi Stati membri, tanto nei loro territori quanto nelle loro relazioni con altri paesi terzi". O ancora, nell'ottica dei rapporti tra vie legali di ingresso e tentativi di accesso non autorizzato, si legga il par. 159, in cui Mengozzi rileva che "è innegabile, alla luce delle informazioni contenute nel fascicolo del procedimento principale, che i ricorrenti nel procedimento principale avrebbero ottenuto la protezione internazionale che essi chiedevano se fossero stati in grado di superare gli ostacoli di un viaggio illegale, tanto pericoloso come spossante, e di arrivare malgrado tutto a raggiungere il Belgio. Il rifiuto di rilasciare il visto richiesto ha pertanto la conseguenza diretta di spingere i ricorrenti a mettere in pericolo la loro vita – e quella dei loro tre figli in tenera età – per esercitare il loro diritto alla protezione internazionale". Tra i commenti, si può vedere M. ZOETEWEIJ-TURNHAN, S. PORGIN, THEURKAUF, *AG Mengozzi's Opinion on Granting Visas to Syrians from Aleppo: Wishful Thinking?*, in *European Law Blog*, 2017.

Per diversi motivi, era difficile immaginare una decisione diversa da parte dei giudici di Strasburgo. Nel determinare l'applicazione extraterritoriale della propria giurisdizione, la Corte, seppur attraverso una giurisprudenza non sempre coerente, ha in principio seguito un criterio fondato sull'esercizio di una qualche forma di controllo fisico da parte dello Stato nei confronti degli individui che si trovano in territorio straniero (o in acque internazionali). Anche l'impiego del criterio del c.d. controllo "procedurale", che pure è stato utilizzato in tempi recenti dalla Corte⁸, difficilmente avrebbe potuto essere impiegato di fronte alla richiesta di un visto umanitario. Ad avviso della Corte, infatti, se questa iniziativa individuale fosse sufficiente a creare un "jurisdictional link" tra l'individuo e lo Stato si darebbe luogo ad una sorta di "near-universal application" della CEDU. In altre parole, si imporrebbe agli Stati l'obbligo di garantire il rispetto dell'art. 3 nei confronti di chiunque richieda, presso qualsiasi sede diplomatica e consolare, di essere ammesso sul proprio territorio⁹. Alla luce di una lettura d'insieme delle più recenti sentenze in materia, è difficile negare che la Corte di Strasburgo abbia negli ultimi tempi adottato un approccio fortemente in linea con le posizioni avanzate da numerosi Stati e a sostanziale difesa delle più rigide politiche di controllo delle frontiere. La sentenza *N.D. e N.T. c. Spagna* – in cui la Corte ha discutibilmente negato la violazione del divieto di espulsioni collettive e ritenuto effettive delle vie legali che difficilmente potevano essere percorse – si somma infatti ad una serie di pronunce a dir poco indulgenti nei confronti della prassi dei respingimenti alla frontiera, sia per quel che riguarda appunto il contenuto del divieto di espulsione collettive che in materia di detenzione dei migranti¹⁰. A fare da contraltare a questa impostazione

⁸ Corte edu, *Güzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia*, 29 gennaio 2019, ric. n. 36925/07. La Corte di Strasburgo osserva però come in quel caso l'azione penale sia stata un'iniziativa della autorità turche e non dei ricorrenti, cfr. Corte EDU (Grande Camera), decisione sull'ammissibilità del 5 maggio 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18, par. 122.

⁹ Corte EDU (Grande Camera), decisione sull'ammissibilità del 5 maggio 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18, par. 123.

¹⁰ Si vedano, in particolare, le sentenze Corte EDU, 24 marzo 2020, *Asady e altri c. Slovacchia*, ric. n. 24917/15 e Corte EDU, 21 novembre 2019 [GC], *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, n. 47287/15, sulle zone di transito ungheresi. Sul punto la Corte di Strasburgo – a differenza di quanto avvenuto in materia di visti umanitari – è stata poi in qualche modo smentita dalla Corte di Giustizia dell'UE nel caso *FMS e altri*, causa C-924 e 925/19 PPU. Per alcuni commenti su queste sentenze si possono vedere in questo *Volume* a A. BUFALINI, *L'insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive* in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2020; F.L. GATTA, *Diritti al confine e il*

– e, se si vuole, ad un ordine del discorso che osserva le pressioni alle frontiere provenienti dai richiedenti asilo attraverso le lenti della sicurezza e dell’ordine pubblico – i giudici di Strasburgo hanno posto la necessità di accertare l’esistenza di una serie di vie di accesso legale concretamente percorribili per i migranti. La decisione in *M. N. e altri c. Belgio* ci dice, però, che in questo ambito continuano a prevalere le prerogative sovrane degli Stati e che, almeno per quanto riguarda quella tipologia di visti, le condotte degli Stati difficilmente possono essere oggetto di giurisdizione. Da un lato, la Corte si mostra quindi sempre più tollerante nei confronti delle politiche di contenimento delle migrazioni, e dall’altro, pur valorizzando la necessità di predisporre vie di accesso legale, evita di prodursi in un attivismo giudiziario che, in materia di visti umanitari, e più in generale nell’ambito delle politiche migratorie, sarebbe di certo invisibile a molti Stati. Il problema è che a questa comprensibile cautela dei giudici di Strasburgo, e ai timidi tentativi di imporre agli Stati la creazione di vie di accesso legale, non corrisponde una risposta politica in grado di garantire effettività al diritto di cercare protezione internazionale. E così il diritto di asilo in Europa rimane fragilmente ancorato alle sporadiche e limitate iniziative di alcuni Stati e ad episodici e quanto mai rischiosi accessi di fortuna.

confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell’Ungheria (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU) in ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, dicembre 2019, e ancora F.L. GATTA, Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell’Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU), Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2020.

LA SENTENZA *N.D. E N.T.*
E IL DIVIETO DI ESPULSIONI COLLETTIVE:
UNA PROVA DI EQUILIBRISMO
TRA FLESSIBILITÀ, RESTRIZIONI
E PIÙ DI UNA CONTRADDIZIONE

Anna Fazzini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fatti di causa e vicenda processuale. – 3. Il ragionamento della Corte e la tutela ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4. – 4. Il rapporto tra l'art. 4 del Protocollo n. 4 e l'art. 3 CEDU: alcune considerazioni.

1. *Introduzione*

La sentenza *N.D. e N.T.*, in cui la Grande Camera si è pronunciata per la prima volta in merito ai cosiddetti “respingimenti a caldo” attuati alle frontiere terrestri di Melilla, è stata accolta con grande sconcerto dal mondo accademico¹. La Corte, ribaltando quanto affermato dalla Terza sezione nel 2017, conclude per la non violazione del divieto di espulsioni collettive e del diritto ad un ricorso effettivo in relazione ai fatti in oggetto, sviluppando un'argomentazione complessa, non esente da aspetti contraddittori e discutibili.

Essa afferma, infatti, che, nel caso di specie, l'assenza di un esame individuale nell'espulsione “a caldo” dei ricorrenti non è da imputare allo Stato spagnolo, bensì alla “condotta colposa” degli stessi, avendo essi tentato un ingresso irregolare, sfruttando una dinamica di gruppo, quando era possibile avvalersi di canali di accesso legali effettivamente resi disponibili presso la frontiera, oltre che nei Paesi di origine e di transito.

È stato osservato come tali conclusioni sul piano giuridico, connesse all'utilizzo di un linguaggio che fa frequente uso di espressioni riferite alla condotta “illegale” dei ricorrenti (es. “uso della forza”, “assalto alle frontiere”), possano rappresentare una concessione alle pressioni degli Stati più

* Dottoranda in Studi Internazionali, Università L'Orientale di Napoli.

¹ Vedi *inter alia* M. PICHL E D. SCHMALZ, “Unlawful” may not mean rightless, *Verfassunblog*, 14 febbraio 2020, C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, *Verfassunblog*, 14 febbraio 2020.

propensi ad adottare misure repressive nella gestione dei flussi migratori e, in definitiva, minare la credibilità della Corte quale presidio fondamentale per la tutela dei diritti umani².

Ad ogni modo un esame più approfondito della sentenza rileva un ragionamento complesso, in cui la Corte sembra tentare una prova di equilibrio, non perfettamente riuscita, tra il mantenimento di garanzie consolidate e nuove restrizioni, con l'effetto di produrre un quadro "confuso" della tutela prevista dall'art. 4 Prot. n. 4, conseguenti incongruenze tra garanzie puramente *formalistiche* e quelle *effettive*³ e nuove contraddizioni.

Infatti, se da una parte la Corte si pone nell'ottica del progressivo rafforzamento della tutela garantita dall'art 4 Prot. n. 4, facendo "salvi" tutti i capisaldi della propria giurisprudenza in materia⁴, dall'altra "vanifica" questi stessi principi: mettendo in relazione questioni di fatto, come l'ingresso irregolare e la "possibilità" di accedere a canali legali di ingresso, con gli obblighi in capo agli Stati parte derivanti dalla CEDU e in particolare dall'art. 4 Prot. n. 4, che dovrebbero sussistere a prescindere da esse, la Corte di fatto conclude con il prevedere un'eccezione a questa disposizione, che esonera gli Stati dal rispetto degli obblighi che da essa derivano qualora ricorrano particolari circostanze.

Nell'articolo, dopo aver brevemente esposto i fatti di causa, si analizzano alcuni aspetti discutibili del ragionamento della Corte e si svolgono alcune considerazioni sul rapporto che emerge tra il divieto di espulsioni collettive e il principio di *non-refoulement*.

² Vedi F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, SIDIBlog, 19 marzo 2020. La sentenza si pone inoltre nel solco di una progressiva "compressione" della tutela prevista dall'art. 4 Prot. 4. che emerge dalla recente giurisprudenza della Corte, come si evince anche dal caso *Asady e altri c. Slovakia* (sentenza del 24 marzo 2020, ric. 24917/15), vedi A. BUFALINI, *L'insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2020.

³ *Ibidem*.

⁴ È importante affermare che non è stata sovvertita l'interpretazione del divieto di espulsioni collettive elaborata nella giurisprudenza della Corte, il cui impianto generale resta intatto, vedi D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'*, EU Migration Law Blog, 17 febbraio 2020 e R. WISSING, *Push backs of "badly behaving" migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, Strasbourg Observers, 25 febbraio 2020.

2. *Fatti di causa e vicenda processuale*

La vicenda alla base della sentenza è relativa ai fatti accaduti nell'agosto 2014, quando i due ricorrenti, N.D. e N.T., provenienti rispettivamente dal Mali e dalla Costa d'Avorio, dopo aver soggiornato diversi mesi in Marocco, tentavano di attraversare irregolarmente la frontiera di Melilla, enclave spagnola situata in territorio marocchino, scavalcando, insieme a circa un'ottantina di persone, le recinzioni poste al confine. Giunti nel punto più alto della recinzione in momenti diversi, venivano fatti scendere dalla Guardia Civil e rimpatriati immediatamente in Marocco, senza essere identificati e sottoposti ad un esame individuale delle loro situazioni.

Nel febbraio 2015, N.D. e N.T. si rivolgevano alla Corte europea dei diritti umani, lamentando, in relazione ai fatti relativi al primo attraversamento, una violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti), dell'art. 4 del Protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive, d'ora in poi art. 4 Prot. 4) e dell'art. 13 CEDU (diritto ad un ricorso effettivo) in combinato disposto con l'art. 4 Prot. n. 4.

Nell'ottobre del 2017 la Corte EDU (Terza sezione)⁵, si pronunciava condannando la Spagna per la violazione dell'art. 4 Prot. n. 4 e dell'art. 13 CEDU, dal momento che i ricorrenti erano stati assoggettati ad un allontanamento forzato senza che fosse stato effettuato un esame individuale della situazione di ciascuno. La doglianza relativa all'art. 3 CEDU era stata invece precedentemente dichiarata inammissibile, non avendo la Corte riscontrato il rischio che i ricorrenti potessero subire torture o trattamenti inumani e degradanti in Marocco.

Infine, su richiesta del governo spagnolo, il caso veniva rinviato alla Grande Camera, la quale si è pronunciata il 13 febbraio 2020⁶, giungendo alle suddette conclusioni.

3. *Il ragionamento della Corte e la tutela ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4*

Dopo aver affermato la giurisdizione spagnola in relazione ai fatti in oggetto (§ 102-111), la Corte esamina la doglianza relativa all'art. 4 del Prot. n.

⁵ Corte Edu, sentenza del 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15.

⁶ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15.

4, analizzando se l'allontanamento dei ricorrenti, compiuto in via di fatto, possa costituire "espulsione" ai sensi della disposizione e, in tal caso, se esso possa definirsi di natura "collettiva".

In merito al primo punto la Corte richiama la propria giurisprudenza in materia (in particolare *Kblaifia*⁷, § 243) e il Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri elaborato dalla CDI⁸, affermando che per "espulsione" si intende qualsiasi misura di allontanamento forzato da un territorio di uno Stato indipendentemente dalle circostanze del caso, dal soggiorno irregolare o meno dello straniero e dalla condotta assunta durante l'attraversamento (§ 173-187) e ricordando che, pur essendo essenzialmente territoriale, essa può avvenire anche in contesti extraterritoriali⁹. Così viene rigettata l'argomentazione del governo convenuto relativamente alla possibilità di escludere dalla nozione di espulsione la "non-ammissione alle frontiere".

Una volta stabilito che l'allontanamento di N.D. e N.T. costituisce "espulsione", la Corte esamina se esso possa essere considerato di natura "collettiva" (§ 193 ss.). In merito la Corte ricorda che per "carattere collettivo" si intende un'espulsione di stranieri non effettuata sulla base di un esame individuale delle circostanze¹⁰. Relativamente al caso in oggetto, però, la Corte afferma che, alla luce della propria giurisprudenza consolidata (la Corte cita *Berisha and Haljiti*¹¹ e *Dritsas*), in determinate circostanze la mancanza di un esame individuale può essere imputata ad una condotta colposa dei ricorrenti. Constatato che i ricorrenti si sono volontariamente posti in una situazione di illegalità, approfittando della dinamica numerica al fine di creare una situazione di pericolo per la sicurezza pubblica, la Corte passa a verificare se lo Stato spagnolo avesse messo a disposizione punti di accesso autorizzati lungo la frontiera, presso cui poter richiedere protezione internazionale, e se i ricorrenti avessero avuto ragioni valide, tali da giustificare il mancato utilizzo di questi canali.

⁷ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaifia and Others v. Italy*, ric. n. 16483/12.

⁸ Commissione di Diritto Internazionale (CDI), *Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri*, 2014.

⁹ Vedi Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, ric. n. 27765/09

¹⁰ Vedi *Kblaifia*, cit. par. 237 ss.

¹¹ Corte Edu, decisione del 10 aprile 2007, *Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, ric. n. 18670/03.

Applicando il ragionamento al caso di specie, la Corte conclude per la non violazione dell'art. 4 Prot. n. 4. Dalla sua valutazione infatti emerge che lo Stato spagnolo avrebbe garantito effettivi canali legali di ingresso (in particolare il valico di frontiera di Beni-Enzar non distante dal punto di attraversamento dei ricorrenti, ma anche le ambasciate presenti nei Paesi di origine e di transito) e che non vi sarebbero state ragioni valide da parte dei ricorrenti per non essersi avvalsi di questi canali (ragioni, a parere della Corte, per lo più di natura pratica).

L'eccezione alla tutela di cui all'art. 4 Prot. n. 4 così delineata dalla Corte presenta non pochi aspetti discutibili. In primo luogo, la Corte afferma di basarsi su una definizione consolidata di "condotta colposa" facendo riferimento a suoi precedenti (i già citati *Berisha and Haljiti e Dritsas*¹²), che tuttavia non appaiono giuridicamente rilevanti. In essi infatti la condotta colposa si riscontrava nell'ambito degli obblighi di cooperazione con le autorità statali (ad esempio in presenza del rifiuto di mostrare i propri documenti e della conseguente impossibilità per le autorità di formalizzare provvedimenti di espulsione individuali), fattispecie del tutto differente da quella dell'affare *N.D. e N.T.*, dove i ricorrenti non avevano posto ostacoli a che le autorità spagnole esaminassero le loro situazioni individualmente. In *N.D. e N.T.* sembra piuttosto che venga introdotto un nuovo test di "condotta colposa", che funge da "criterio generale" per l'individuazione di comportamenti idonei ad escludere l'operatività dell'art. 4 Prot. n. 4¹³.

In secondo luogo, molto carente appare la valutazione circa la "effettiva disponibilità" dei canali di ingresso legali, oltre che problematico il loro inquadramento giuridico all'interno del contesto dell'art. 4 Prot. n. 4.

La Corte accoglie integralmente l'argomentazione del governo, che afferma l'esistenza di un canale di accesso presso il valico di frontiera di Beni-Enzar, prima ancora dell'istituzione di un ufficio avvenuta nel settembre 2014, validata dal fatto che da gennaio ad agosto 2014 erano state inoltrate 21 domande d'asilo e 6 di queste presso questo stesso valico (§ 212-213). La Corte sembra quindi non considerare quanto affermato dalle terze parti intervenienti¹⁴, secondo le quali il valico di Beni-Enzar poteva essere raggiunto esclusivamente dai rifugiati siriani, essendo i migranti subsahariani discrimi-

¹² Corte Edu, decisione del 1 Febbraio 2011, *Dritsas and Others v. Italy*, ric. n. 2344/02.

¹³ F. MUSSI, cit.

¹⁴ In particolare, l'intervento del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e dall'UNHCR. Altre parti intervenute in causa erano: OHCHR, AIRE Centre, Amnesty International, ECRE, International Commission of Jurists e Dutch Council for Refugees.

nati e soggetti a controlli molto più rigidi dalle autorità marocchine (§ 215-218). Inoltre, la Corte osserva, suscitando ulteriori perplessità, che pur supponendo l'esistenza di impedimenti fisici nell'accesso a tali canali, la Spagna non potrebbe esserne considerata comunque responsabile, sebbene sia stata accertata la sua giurisdizione in relazione ai fatti in oggetto (§ 221).

La prassi spagnola sembra quindi valutata in termini piuttosto astratti, mentre il controllo sull'effettività di tali canali di ingresso sembrerebbe formalistico o quantomeno superficiale. Ciò contrasta con l'affermazione secondo cui «the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective» (§171 e 221).

Infine, a tale critica si aggiungono le implicazioni giuridiche relative alla previsione dello standard dei *legal pathways* all'interno del contesto dell'art. 4 Prot. n. 4. In merito la Corte afferma che «the effectiveness of Convention rights requires that (...) States make available genuine and effective access to means of legal entry» e che tali mezzi devono permettere alle persone «to submit an application for protection, based in particular on Article 3 of the Convention» (§ 209). A tal proposito infatti non è chiaro se la Corte abbia introdotto un obbligo positivo per gli Stati di disporre di effettive vie legali di accesso ai sensi dell'art. 3 CEDU, obbligo del tutto nuovo, che condurrebbe la Corte ad allontanarsi dalla propria giurisprudenza in materia, o se si tratti soltanto di considerazioni complementari alla valutazione della condotta colposa dei ricorrenti¹⁵.

4. *Il rapporto tra l'art. 4 del Protocollo n. 4 e l'art. 3 CEDU: alcune considerazioni*

In merito all'applicabilità dell'art. 4 Prot. n. 4, la Corte – come anticipato – ha affermato che la nozione di espulsione si riferisce a tutti gli stranieri, «irrespective of (...) his or her status as migrant or as asylum seeker and his or her conduct when crossing the border» (§ 185).

Questo rappresenta il punto principale di disaccordo con il giudice Ko-

¹⁵ Vedi D. THYM, cit. Le affermazioni della Corte creano ulteriori perplessità se sommate a quelle del caso *M.N. e altri c. Belgio* (Grande Camera, sentenza del 5 marzo 2020, ric. n. 3599/18), in cui emerge che quantomeno il rilascio di visti umanitari presso le ambasciate non rientra nell'ambito di applicazione della Cedu, per approfondimenti vedi A. BUFALINI, *Tra visti umanitari e respingimenti alla frontiera: si può ancora cercare asilo in Europa?*, Blog ADiM, Editoriale, maggio 2020.

skelo, che, nella sua opinione parzialmente dissenziente, sostiene che una nozione così ampia di espulsione rende illimitato e indefinito il campo di applicazione dell'art. 4 Prot. 4. Il giudice sostiene che un esame individuale delle circostanze di ciascuno straniero andrebbe garantito soltanto in presenza del rischio di *non-refoulement*. In virtù quindi di un'interpretazione restrittiva dell'art. 4 Prot. n. 4, da leggere in stretta connessione con l'art. 3 CEDU, il giudice Koskelo, diversamente dalla maggioranza, ritiene che la Corte si sarebbe dovuta pronunciare per la non applicabilità dell'art. 4 Prot. n. 4, dal momento che era già stata esclusa una violazione dell'art. 3 CEDU (§ 44 opinione parzialmente dissenziente).

Ad ogni modo, sebbene la Corte abbia preservato la portata autonoma del divieto di espulsioni collettive, da cui derivano quindi garanzie ulteriori e indipendenti rispetto al principio di *non-refoulement*, la valutazione del rispetto dell'art. 4 Prot. n. 4 non sembra essere slegata dall'accertamento di una violazione dell'art. 3 CEDU¹⁶.

La Corte, in ragione del fatto che l'art. 4 Prot. n. 4 si applica a tutti gli stranieri indistintamente, sembra introdurre una certa flessibilità nella valutazione del rispetto della disposizione, che giustificherebbe un esame individuale più superficiale, come accaduto già in *Khlaifia* (l'assenza di un colloquio individuale) e ora in *N.D. e N.T.* (assenza di un esame individuale in determinate circostanze di "condotta colposa"), quando non viene rilevato l'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU¹⁷.

In effetti in *N.D. e N.T.*, la Corte osserva più volte come il caso in esame non riguardi una violazione dell'art. 3 CEDU ed evidenzia che i due ricorrenti, successivamente ai fatti in esame, non avevano ottenuto lo status di rifugiato (nel caso di *N.T.* non era stato addirittura richiesto). Viene inoltre ribadito il carattere assoluto del principio di *non-refoulement*, che le autorità statali devono comunque rispettare quando "proteggono" i loro confini (§ 232).

¹⁶ Sulla necessità di preservare la portata autonoma dell'art. 4 Prot. n. 4 rispetto al principio di *non-refoulement*, vedi, *inter alia*, S. CARRERA, *The Strasbourg Court Judgment N.D. and N.T. v Spain: Carte Blancheto Push Backs at EU External Borders?*, EUI Working Papers RSCAS n° 2020/21, 2020, p. 2, M. DI FILIPPO, *Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsions: an assessment of the Strasbourg case law*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2, 2020.

¹⁷ Vedi L. LEBOEUF, *Interdiction des expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques : la Cour européenne des droits de l'homme entre équilibrisme et contorsions*, CeDIE, 1 aprile 2020.

Se la restrizione introdotta al divieto di espulsioni collettive quindi non pregiudica il principio di *non-refoulement*, si può ragionevolmente pensare che, se in *N.D. e N.T.* fosse rimasta pendente l'ammissibilità dell'art. 3 CEDU, la Corte avrebbe sviluppato argomentazioni diverse.

Tuttavia, restringendo la portata dell'art. 4 Prot. 4 quando quest'ultimo è in qualche modo *porta di accesso* alla tutela dell'art. 3 CEDU (il divieto di espulsioni collettive – afferma la Corte – «is aimed at maintaining the possibility for each of the aliens concerned to assert a risk of treatment which is incompatible with the Convention – and in particular with Article 3», § 198), si genera una contraddizione.

Ridimensionando la portata del divieto di espulsioni collettive e assumendo che l'assenza di un esame individuale non comporti *a priori* la violazione della CEDU, non si corre il rischio di compromettere la tutela assoluta del principio di *non-refoulement* stesso, dal momento che questo stesso esame è necessario per accertare una sua violazione?¹⁸. È possibile, in altre parole, legittimare le espulsioni collettive in particolari circostanze e continuare a garantire al tempo stesso che nessuno venga rinvio in Paesi in cui si rischiano trattamenti contrari all'art. 3 CEDU?

A tal proposito nella sentenza *Ilias and Ahmed*¹⁹, la Grande Camera ha affermato che è soltanto attraverso un esame approfondito delle domande d'asilo che si può valutare se il richiedente corre il rischio di subire un trattamento contrario all'art. 3 nel suo Paese di origine. La constatazione *post-factum* secondo cui il richiedente non correva tale rischio non può assolvere lo Stato da tale dovere procedurale, altrimenti si rischierebbe di rendere «meaningless the prohibition of ill-treatment in cases of expulsion of asylum seekers»²⁰.

In conclusione, nella sentenza *N.D. e N.T.*, la Corte sembra “destreggiarsi” tra equilibrismo e contorsioni²¹. Preservando il dinamismo proprio dell'art. 4 Prot. n. 4, nel cui ambito di applicazione ricadono *all the aliens e*

¹⁸ *Ibidem*, sulla questione si veda anche A. LÜBBE, *The Elephant in the Room: Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.?*, Verfassunblog, 19 febbraio 2020.

¹⁹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, ric. n. 47287/15.

²⁰ *Ivi*, par. 137. Per un commento vedi F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU)*, ADiM Blog, dicembre 2019.

²¹ L. LEBOEUF, cit.

restringendo la sua portata pur considerando quest'ultimo come *strumentale* all'art. 3 CEDU, si corre il rischio di determinare una diminuzione delle garanzie previste dallo stesso art. 3. Sebbene la Corte non abbia inteso autorizzare le espulsioni collettive alle frontiere, il quadro che emerge presenta molte incertezze, che rischiano di ridurre la portata delle garanzie previste dalla CEDU e la effettività del principio di *non-refoulement*.

LA CONTROVERSA DECISIONE DELLA CORTE EDU
NEL CASO *N.D. E N.T. C. SPAGNA*
SUL DIVIETO DI ESPULSIONI COLLETTIVE:
IL DIRITTO DI AVERE DIRITTI A RISCHIO
PER I RICHIEDENTI ASILO?

Giulia Santomauro*

SOMMARIO: 1. Il caso al vaglio della Corte Edu. – 2. Il prosieguo della vicenda e le diverse decisioni della Terza Sezione e della Grande Camera. – 3. La questione preliminare della giurisdizione. – 4. Il cuore della sentenza della Grande Camera: l'interpretazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU e del relativo art. 13 CEDU. – 5. Le valutazioni della Corte sulla natura inderogabile dell'art. 3 CEDU e alcune riflessioni conclusive.

1. *Il caso al vaglio della Corte Edu*

La vicenda concerne il tentativo di superamento irregolare della barriera confinaria costruita attorno all'enclave spagnola di Melilla situata in Marocco, avvenuto il 13 agosto 2014, da parte di due migranti di origine subsahariana (*N.D.*, cittadino del Mali, e *N.T.*, della Costa d'Avorio), nell'ambito di un attraversamento di gruppo di circa 600 stranieri.

Secondo la ricostruzione dei fatti, i ricorrenti, rimasti bloccati in cima alla recinzione, sarebbero stati aiutati da membri della *Guardia Civil* a scendere dallo sbarramento. *N.D.* e *N.T.* contestano alla Spagna di essere stati, poi, respinti verso il Marocco senza poter accedere ad un procedimento amministrativo individuale nel quale erano identificati e gli veniva dato modo di contestare il ritorno forzato ovvero di essere informati, grazie al supporto di avvocati e interpreti, di poter inoltrare domanda di protezione internazionale.

Per descrivere simili pratiche è stata, dunque, coniata l'espressione *devoluciones en caliente* o *hot returns*, cioè, letteralmente, respingimenti a caldo.

2. *Il prosieguo della vicenda e le diverse decisioni della Terza Sezione e della Grande Camera*

Nei mesi successivi all'accadimento, i ricorrenti sono stati in grado di ol-

trepassare, sempre illegalmente, la struttura di separazione. Tuttavia, entrambi sono poi risultati destinatari di provvedimenti di espulsione. Nello specifico, *N.D.* ha fatto richiesta di asilo, ma ha ricevuto un esito negativo contro cui si è appellato senza successo e a causa del quale ha dovuto, infine, fare ritorno in Mali; mentre, *N.T.*, non avendo avanzato alcuna domanda di protezione internazionale neanche in un secondo momento, doveva essere espulso a termine del periodo massimo di soggiorno nel centro per richiedenti asilo di Melilla, ma, verosimilmente, continuerebbe comunque a vivere clandestinamente nel territorio spagnolo.

Malgrado ciò, anche per mezzo delle documentazioni di video e immagini fornite da giornalisti e altri testimoni che hanno assistito al primo episodio di travalicamento, i due migranti hanno presentato un ricorso davanti alla Corte Edu.

Con sentenza del 3 ottobre 2017¹, la Terza Sezione affermava all'unanimità la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU sul divieto di espulsioni collettive di stranieri e dell'art. 13 CEDU sul diritto a un ricorso effettivo in combinato con la precedente disposizione². Era esclusa, invece, la rilevanza dell'art. 3 CEDU sulla proibizione di trattamenti disumani e degradanti. Peraltro, veniva stabilito il riconoscimento di una cifra a titolo di equa soddisfazione di cinquemila euro a favore di ciascuno dei ricorrenti.

A seguito della richiesta di rinvio della sentenza da parte della Spagna, il caso viene, però, sottoposto al giudizio della Grande Camera³. I giudici di Strasburgo, prendendo una direzione diametralmente opposta, non dichiarano alcuna delle suddette violazioni della Convenzione.

3. *La questione preliminare della giurisdizione*

La problematica che, in primo luogo, viene affrontata dalla Grande Camera nella sentenza del 13 febbraio 2020 è quella di stabilire se la Spagna possa considerarsi responsabile dei fatti riportati e di aver commesso potenziali violazioni di diritti e libertà enunciate dalla Convenzione ai sensi

¹ Corte Edu, sentenza del 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15.

² D. MOYA, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara contrarias a los Derechos Humanos las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla*, in *CER-Migracions*, 5 ottobre 2017.

³ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15.

dell'art. 1 CEDU. Lo Stato convenuto sosteneva che i ricorrenti, non avendo oltrepassato la barriera, non avrebbero fatto ingresso in Spagna, ma sarebbero stati respinti in un'area di confine che non era sotto la propria autorità.

Tuttavia, in linea con la precedente Camera e, anzi, forse in maniera ancora più immediata, i giudici non mettono in discussione che gli eventi rientrino nella giurisdizione della Spagna e rifiutano ogni possibile eccezione in merito (§§104-111). Difatti, sebbene si confermi che la nozione di giurisdizione debba essere concepita essenzialmente come territoriale (§103), questo non precluderebbe che possa essere esercitato un controllo extraterritoriale continuo ed esclusivo, perlomeno *de facto*, da parte delle autorità competenti⁴.

4. *Il cuore della sentenza della Grande Camera: l'interpretazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU e del relativo art. 13 CEDU*

La Grande Camera è chiamata, per la prima volta, a pronunciarsi sull'applicabilità dell'art. 4 del Protocollo n. 4 ad una frontiera terrestre esterna all'area Schengen. In passato, infatti, la Corte si era espressa solamente in merito ai *push backs* di migranti che cercavano di raggiungere illegalmente uno Stato dell'Unione Europea tramite rotte marittime. In quei casi, la natura collettiva dei respingimenti era stata riconosciuta poiché potenziali richiedenti asilo erano stati immediatamente allontanati verso Paesi nei quali vi era il rischio concreto di violazioni di diritti umani senza poter usufruire di garanzie procedurali individuali⁵.

Nel caso di specie, non è stata riconosciuta la violazione del divieto di espulsioni sommarie di stranieri, sulla base dell'elaborazione di un ragionamento tanto complesso, quanto, almeno parzialmente, contestabile.

Viene, anzitutto, ripreso il concetto di espulsione, chiarendo la sua estendibilità anche grazie al Report esplicativo del Protocollo n. 4 CEDU⁶,

⁴ Corte Edu, sentenza del 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, §54.

⁵ Corte Edu, sentenza del 21 ottobre 2014, *Sbarifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09, §§214-225; Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, §§185-186.

⁶ European Court of Human Rights, Guide on Article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights. Prohibition of collective expulsion of aliens, document prepared by the Research and Library Division, within the Directorate of the Jurisconsult, update on 29 February 2020.

nel quale si precisa che questo termine si intende «*in the generic meaning, in current use (to drive away from a place)*» (§21). Alla luce di tale definizione, la Corte conferma che sarebbe senz'altro avvenuto l'allontanamento dei ricorrenti dal territorio spagnolo e il loro ritorno forzato in Marocco effettuato da parte della *Guardia Civil*, proprio secondo il significato assunto dalla parola nell'art. 4 Prot. 4 CEDU (§191). Nella sostanza, non vi sarebbe differenza fra la *non-admission* o l'*expulsion* quando si tratta di proteggere i diritti dei richiedenti asilo (§§173-178).

Per quanto riguarda l'accertamento che un simile respingimento possa dirsi *collettivo*, i magistrati riprendono la previa giurisprudenza, dalla quale si può dedurre che il criterio fondamentale non è costituito dal numero delle persone coinvolte ovvero da certe caratteristiche etnico-sociali comuni, bensì, dall'assenza di un esame ragionevole e obiettivo della situazione particolare di ciascuno degli stranieri che formano il gruppo, comprensivo di un'adeguata procedura di identificazione e della facoltà di esporre i propri argomenti contro le misure prese dalle autorità competenti⁷.

A questo punto, la Grande Camera sceglie di percorrere una strada alquanto inedita e conferisce rilevanza determinante ad un primo elemento: la condotta dei ricorrenti. Più nel dettaglio, i giudici constatano che *N.D. e N.T.* avrebbero deliberatamente approfittato della dinamica di gruppo per tentare di attraversare il confine in maniera irregolare e facendo uso della forza (§§201, 206, 211, 220, 231). Il richiamo ad un «*well established case-law*» (§200), però, non pare del tutto conferente, dal momento che nelle sue precedenti decisioni, in realtà, la «*culpable conduct*» dei richiedenti asilo era stata associata a comportamenti differenti, fra i quali, ad esempio, il rifiuto di collaborare attivamente con le forze dell'ordine nel mostrare i propri documenti di identità al fine di facilitare le pratiche di identificazione, ma non alle modalità di uno spostamento migratorio illegale di per sé⁸. Questo stesso postulato non sembra, quindi, automaticamente sovrapponibile alla dinamica in esame, laddove, almeno in una fase successiva, cioè quando la *Guardia Civil* facilitava la discesa dei ricorrenti dalla barriera di separazione di Melilla, nulla avrebbe impedito di effettuare, comunque, controlli appropriati e specifici per i singoli individui.

Il secondo fattore chiave consiste nel porre in evidenza la previsione di «*genuine and effective access to means of legal entry, in particular border pro-*

⁷ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblajfia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, §§237-242.

⁸ Corte Edu, sentenza del 1° febbraio 2011, *Dritsas e altri c. Italia*, ric. n. 2344/02.

cedures» (§201) che avrebbero consentito di inoltrare domanda di asilo in Spagna (§209). Si fa riferimento principalmente al punto di attraversamento di Beni Enzar a Melilla (§213), oltre alle ambasciate e i consolati spagnoli in Marocco.

Il terzo e correlato tassello riguarda l'assenza di *cogent reasons*, che, invece, qualora dimostrate, avrebbero giustificato l'impedimento dei due migranti di rivolgersi presso i suddetti luoghi autorizzati ad accogliere le loro richieste di asilo (§§201, 211, 218, 220, 229).

Nonostante molte organizzazioni internazionali intervenute a sostegno dei ricorrenti – soprattutto il Commissario dei diritti umani per il Consiglio d'Europa (§143) e l'UNHCR (§§152, 155) – abbiano evidenziato che l'ufficio di Beni Enzar non fosse aperto prima di novembre 2014 e abbiano sottolineato atti di grave discriminazione delle autorità verso i richiedenti asilo di origine subsahariana in Marocco, la Grande Camera non ha ritenuto sufficientemente consistenti simili testimonianze, accogliendo la versione del governo spagnolo, (§214), peraltro supportato dagli interventi in causa di altri Stati, cioè Italia, Francia e Belgio.

La verifica della *effettiva* possibilità per i ricorrenti di avere accesso al sistema di asilo appare nella pronuncia frettolosa e superficiale e, pertanto, questo passaggio rimane probabilmente il più debole⁹. Ulteriore perplessità suscita, poi, la considerazione per cui, pur ammettendo che possano esserci state difficoltà nell'accedere fisicamente ai canali legalmente offerti al confine con il Marocco, la responsabilità non sarebbe attribuibile in nessun modo alla Spagna, anche se ne è stata riconosciuta la giurisdizione sul respingimento in questione (§221).

Ad ogni modo, la decisione apparentemente restrittiva della Corte può essere ridimensionata alla luce delle condizioni individuate, le quali appaiono piuttosto circoscritte e, perciò, non così facilmente replicabili in futuro. In altre parole, sintetizzando la visione dei giudici di Strasburgo, i richiedenti asilo potrebbero subire *legittimamente* una restrizione dei loro diritti ad una frontiera *terrestre* (visto che per quelle marittime, diversamente, vigono pure le regole del diritto internazionale del mare), solo se, confermata la predisposizione di mezzi legali per la presentazione della domanda di protezione internazionale, non si riscontrino motivazioni convincenti per non aver utilizzato tali alternative e si accertino comportamenti aggravanti messi in atto dai migranti stessi. Tenendo conto di tali precisazioni, deve essere escluso che la

⁹ R. WISSING, *Push backs of "badly behaving" migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, in *Strasbourg Observers*, 25 February 2020.

Grande Camera abbia rivisitato il suo orientamento sul divieto di espulsione collettiva ai casi di non ammissione alla frontiera, ma anzi si riaffermerebbe, comunque, un *de facto right to asylum*¹⁰.

Infine, la violazione del diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13 CEDU, essendo strettamente connessa alla eventuale espulsione immediata e collettiva dei ricorrenti, prevedibilmente, non è stata rilevata dalla Grande Camera. Le ragioni che spingono i giudici a emettere questo responso si fondano su una linea di pensiero, in un certo senso, ridondante, ossia che *the applicants' own conduct* li avrebbe posti in una condizione illegale per cui la Spagna sarebbe stata impossibilitata a offrirgli tale garanzia (§§242-243).

Dunque, anche la privazione della facoltà di appellarsi all'espulsione, nonché quello del relativo effetto sospensivo di tale provvedimento, seppur legata alle condizioni specifiche del caso, sarebbe, di nuovo, una mera conseguenza del comportamento irregolare dei migranti.

5. *Le valutazioni della Corte sulla natura inderogabile dell'art. 3 CEDU e alcune riflessioni conclusive*

Relativamente all'art. 3 CEDU, la Corte ribadisce come la discrezionalità dei Paesi contraenti di proteggere i confini e stabilire le proprie politiche migratorie non implichi alcuna eccezione al rispetto dei diritti enunciati dalla Convenzione e soprattutto al carattere assoluto del principio di *non-refoulement* (§232). Difatti, la cosiddetta esternalizzazione dei controlli sui flussi migratori non esclude la responsabilità degli Stati parte di rispettare i diritti soggettivi incorporati dalla CEDU, soprattutto se, come nel presente caso, le forze di frontiera esercitano *de jure* o *de facto* un potere sugli individui. In quest'ottica, i giudici affermano che, anzi, la Spagna si sarebbe impegnata ad incrementare i controlli alle frontiere per assicurare il godimento dei diritti fondamentali degli stranieri anche nei periodi di immigrazione più intensi (§232).

Coerentemente, almeno sotto il profilo formale, la Grande Camera non ritiene che vi fosse un reale pericolo per *N.D. e N.T.* di incorrere in *trattamenti inumani e degradanti*, considerato che il Marocco è stato inteso come un Paese sicuro – non tanto in senso generale, ma apparentemente per i due ricorrenti – e che non sarebbe stato prospettabile un *chain refoulement*. In

¹⁰ D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'*, in *EU Migration Law Blog*, 17 February 2020.

effetti, l'applicabilità dell'art. 3 CEDU non è stata accolta né nella precedente sentenza della Camera della Corte Edu, né dalla Grande Camera. Ci si potrebbe domandare, allora, se sarebbero state sviluppate considerazioni più approfondite nell'eventualità in cui l'ammissibilità dell'art. 3 fosse rimasta pendente.

Ci si chiede, inoltre, fino a che punto il risultato a cui è giunta la Grande Camera possa essere stato influenzato dal forte livello di pressione migratoria a cui era sottoposta la Spagna fra il 2014 e il 2015 alle sue barriere in Marocco, similmente ad altri Paesi dell'Unione Europea che dispongono di confini esterni a Schengen. Questo aspetto, del resto, viene indirettamente sottolineato in chiusura dal giudice Koskelo che ha sentito la necessità di enfatizzare la priorità della sicurezza nazionale, della protezione dell'integrità territoriale e dell'ordine pubblico in correlazione con il discorso delle garanzie dei richiedenti asilo (§25, opinione parzialmente dissenziente).

In aggiunta, il fatto che, a posteriori, *N.D. e N.T.* non abbiano ottenuto (o, per il secondo, addirittura richiesto) lo status di rifugiato potrebbe essere stato non di poco conto per le valutazioni dei giudici.

Concludendo, si evidenzia che a seguito di questo verdetto definitivo della Corte Edu, la parola sulla legittimità delle *devoluciones en caliente* è tornata sul fronte interno. A tale proposito, bisogna ricordare che la Spagna ha modificato la *ley orgánica 4/2000 sui derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* con la *ley orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana* – detta anche *ley mordaza* – solo successivamente allo svolgimento dei fatti, stabilendo procedure speciali presso le zone di Ceuta e Melilla che sono state recentemente oggetto di scrutinio costituzionale. Antecedentemente alla tesi della Grande Camera, il *Tribunal Constitucional* sembrava, in realtà, essere indirizzato verso l'inammissibilità della pratica dei respingimenti a caldo. In particolare, nel *proyecto de sentencia* si preannunciava l'annullamento delle previsioni della *ley mordaza* sulla politica di respingimento ai confini di Ceuta e Melilla, dal momento che appariva in contrasto con il quadro costituzionale riguardante la tutela giurisdizionale effettiva spettante a ciascun individuo¹¹. Tuttavia, il *Tribunal Constitucional* nell'adunanza del 19 novembre 2020¹², adeguandosi all'orientamento di Strasburgo, si è pronunciato sancendo la legalità pressoché complessiva della disciplina, precisando, però, che i *rechazos en frontera* operati dalle autorità

¹¹ S. CARRERA, *The Strasbourg Court Judgment N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?*, in *EUI Working papers RSCAS 2020/21*, 2020, p. 21.

¹² Tribunal Constitucional, sentencia de 19 de noviembre de 2020, n. 172.

spagnole devono avvenire nel rispetto della Costituzione, delle altre garanzie di legge e degli obblighi internazionali. Pur non essendo preclusa la possibilità di apportare ulteriori innovazioni all'impianto normativo, il sostanziale avallo delle disposizioni impugnate lascia, allora, aperto un interrogativo: le garanzie evidenziate dalla Corte costituzionale spagnola e le necessarie circostanze identificate dalla Grande Camera per ammettere i respingimenti alle frontiere terrestri saranno sufficienti a salvaguardare i diritti dei richiedenti asilo nel prossimo futuro?

ANCORA A MARGINE DEL CASO *N.D. & N.T. C. SPAGNA*:
LA RETORICA DELL'INVASIONE SI FA LARGO A STRASBURGO?

Alessandro Bufalini*

Il racconto pubblico sulle migrazioni è spesso dominato da artifici retorici, stereotipi e semplificazioni. Pur insistendo su elementi diversi e persino contrapposti, la riduzione della complessità nelle pratiche discorsive sulle migrazioni genera talvolta una banalizzazione del fenomeno, conducendo all'annullamento della singolarità di ogni esperienza migratoria e alla produzione di un ordine del discorso che tende ad oscurare i processi storici, le scelte politiche e le pratiche istituzionali che sono all'origine dei movimenti di persone.

Per quanto facciano leva su differenti sensibilità, le narrazioni stereotipate del fenomeno migratorio sottendono spesso anche una logica di dominazione, risultato di un rapporto di forza tra osservatore e osservato, e presuppongono uno sguardo che tende ad esasperare uno soltanto dei molteplici e compositi elementi di un'esperienza sociale estremamente complessa come quella della mobilità umana. Solo per offrire una sommaria e certamente incompiuta panoramica delle diverse opzioni retoriche, si può qui richiamare quella particolare tecnica discorsiva che osserva i movimenti migratori soltanto nella prospettiva dello sfruttamento e della prevaricazione e favorisce in definitiva un costante e semplicistico processo di vittimizzazione dei migranti. Altrettanto diffusa nel dibattito pubblico è la pratica argomentativa che riduce le persone in movimento a risorse economiche funzionali (o meno) alle esigenze demografiche, del mercato del lavoro e di generale tenuta delle economie dei paesi di arrivo e/o di quelli di origine. Tale approccio finisce inevitabilmente per offuscare l'insieme delle ragioni sociali e culturali che, al netto di ogni logica economicistica, accompagnano i percorsi migratori. Una terza linea argomentativa tende invece alla criminalizzazione dei movimenti migratori e ruota di fatto intorno all'idea della necessaria difesa dall'invasione straniera. Di recente, quest'ultima narrazione – già ampiamente presente (e forse dominante) nel dibattito pubblico in materia di immigrazione e asilo – sembra essersi insinuata anche nelle stanze del Palazzo dei diritti dell'uomo a Strasburgo.

* Ricercatore di Diritto Internazionale, Università degli Studi della Tuscia.

Per comprendere in che misura ciò sia avvenuto, appare utile richiamare qui un argomento invocato dal governo spagnolo che – per quanto non decisivo ai fini della relativa (e già celebre) sentenza *N.D. e N.T. c. Spagna*¹ – mette bene in luce il paradigmatico cambio di prospettiva verso il quale alcuni Stati stanno cercando di condurre la Corte di Strasburgo e nei cui confronti alcuni degli stessi giudici appaiono decisamente inclini. Giustamente trascurato nei numerosi commenti alla sentenza relativa al confine ispano-marocchino, è qui invece appropriato ricordare il richiamo – operato dalla Spagna per giustificare il respingimento sommario dei migranti alla frontiera – al diritto naturale degli Stati alla legittima difesa, contenuto nell’art. 51 della Carta delle Nazioni Unite². Come è noto, il presupposto materiale per poter invocare tale disposizione è che lo Stato che reagisce in legittima difesa sia stato vittima di un “attacco armato”. Per quanto la nozione di attacco armato non sia di semplice definizione, si ritiene comunemente che si tratti di condotte aggressive di particolare entità e gravità, quali, per fare alcuni esempi, l’invasione militare, l’occupazione e il bombardamento del territorio di un altro Stato, o ancora il blocco militare dei porti e delle coste e, in alcune circostanze, l’invio di bande armate. Lascia a dir poco perplessi il fatto che il governo spagnolo accosti a queste gravissime violazioni dell’integrità territoriale di uno Stato il tentativo di attraversare tre cinte murarie alte sei metri e dotate di un sofisticato sistema di sorveglianza da parte di un’ottantina di migranti disarmati. Peraltro, l’attraversamento del muro di Ceuta e Melilla è, come noto, estremamente pericoloso. Per quanto non sia facile reperire dati certi³, il tentativo di oltrepassare quella barriera avrebbe causato negli anni diverse centinaia di morti, anche a causa dei colpi di arma da fuoco della polizia marocchina. I giudici di Strasburgo hanno liquidato l’argomento spagnolo in poche righe, limitandosi a sottolineare la mancata notifica di quella situazione di pericolo al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. La scelta di soffermarsi soltanto sul mancato assolvimento del requisito procedurale previsto dall’art. 51 può giustificarsi in nome di un generale principio di economia argomentativa dei giudizi o lasciare intendere che la Corte non lo abbia preso troppo sul serio. Tuttavia, di fronte ad un argo-

¹ Corte edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.T. e N.D. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15.

² *Ivi*, par. 126.

³ Alcune valutazioni su tale difficoltà si possono ritrovare alla seguente pagina web: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2015/06/how-many-migrants>

mento così “pesante” come quello suggerito dal governo spagnolo, la Corte avrebbe anche potuto spingersi a riportare il discorso – anche solo con un breve inciso – sui binari di una più corretta impostazione giuridica del problema e di ciò che realmente accade alla frontiera ispano-marocchino, dove la minaccia per la vita umana sembra provenire dal muro stesso piuttosto che da chi cerca di attraversarlo.

Al di là di questo specifico, ma indicativo, richiamo del governo spagnolo all’art. 51, altri elementi sembrano suggerire che lo stereotipo del migrante-invasore stia facendo lentamente breccia anche nei percorsi argomentativi dei giudici della Corte. Un segnale di stigmatizzazione del comportamento dei migranti che cercano di attraversare le frontiere dell’Europa si può rintracciare nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*⁴. Potrebbe infatti essere letto come una legittimazione delle istanze di difesa sociale e territoriale dall’arrivo dei migranti alla frontiera, quel passaggio in cui la Grande Camera afferma il diritto degli Stati a prendere tutte le misure necessarie “against foreigners circumventing restrictions on immigration”⁵ in caso di “mass influx of asylum seekers and migrants at the border”⁶. Le affermazioni della Grande Camera possono risuonare intrise del pregiudizio criminalizzante se si considera che in questa circostanza – così come nell’analogo caso *Z. A. e altri c. Russia*⁷ – non si era verificato alcun atto violento o di forzatura dei confini da parte dei migranti. Rispetto a questo forse sintomatico (ma certo non conclusivo) inciso, il caso *N.D. e N.T. c. Spagna* ha segnato indubbiamente un importante salto di qualità nella fraseologia della Corte rispetto alla retorica dell’invasione. In sintonia con l’impostazione del governo spagnolo, si era già mostrato il giudice Dedov nell’opinione dissenziente alla prima pronuncia sul medesimo caso. In quell’occasione, il magistrato russo aveva espresso la propria preoccupazione per il trauma che la Guardia civil spagnola doveva aver vissuto “by this invasion” e a causa del vero e proprio “assault on the border” del gruppo di migranti provenienti dal Marocco⁸. In modo più sfumato, anche il giudice Koskelo, nella sua opinione parzialmente

⁴ Corte edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15

⁵ Ivi, par. 213.

⁶ Ivi, par. 228.

⁷ Corte edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Z.A. e al. c. Russia*, ric. n. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16.

⁸ Corte edu (Terza Sezione), sentenza del 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, Opinione dissenziente del giudice Dedov.

dissenziante rispetto alla sentenza della Grande Camera, insisteva sulla assurdità di negare agli Stati la possibilità di impedire l'ingresso nel proprio territorio a persone "whose ostile intention are obvious", riconducendo in pratica al tentativo di ingresso non autorizzato in gruppo un'intenzione per definizione ostile⁹.

Per quanto il linguaggio non sia certamente quello dell'art. 51 della Carta ONU, la stessa Grande Camera ha evocato invero a più riprese l'idea dell'assalto, riferendosi alla partecipazione dei ricorrenti allo "storming of the Melilla border fences" e ad un uso della forza tale "to create a clearly disruptive situation", estremamente pericolosa per la sicurezza dello Stato spagnolo¹⁰. In questa prospettiva, il più importante elemento di novità introdotto dalla sentenza della Grande Camera – la condotta colposa del migrante quale elemento che può legittimare la prassi dei respingimenti sommari alla frontiera – può senza troppe forzature essere ricondotto ad una implicita adesione alla retorica dell'invasione. Rimane da vedere in quale misura la mutevole composizione della Corte di Strasburgo, le pressioni provenienti da alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa e l'evoluzione del dibattito pubblico siano destinati a favorire nei prossimi anni tale pratica discorsiva (e gli effetti che ne conseguono) o se altre opzioni narrative saranno in grado di mitigarne la portata e rimodellare in altre direzioni il discorso sulle migrazioni, compreso quello dei giudici di Strasburgo.

⁹ Corte edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.T. e N.D. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, Opinione parzialmente dissenziente del giudice Koskelo, par. 26.

¹⁰ Corte edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.T. e N.D. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, par. 201.

DA N.D. E N.T. A M.K. E ALTRI:
LA PROGRESSIVA CONFIGURAZIONE DEL DIVIETO
DI “ESPULSIONE COLLETTIVA” E DELLE SUE ECCEZIONI
NEI CONTESTI DI VIOLAZIONE SISTEMICA

Valentina Faggiani*

SOMMARIO: 1. La Polonia di fronte agli obblighi di protezione dei richiedenti asilo. – 2. Il carattere assoluto del divieto di torture e trattamenti disumani e degradanti ex art. 3 Cedu nell’ambito dei respingimenti verso Paesi Terzi non sicuri. – 3. La violazione reiterata e sistematica del divieto di espulsioni collettive quale espressione di una politica restrittiva in materia di immigrazione e asilo. – 4. Conclusioni.

1. *La Polonia di fronte agli obblighi di protezione dei richiedenti asilo.*

La sentenza della Corte Edu (Prima sezione) emanata il 23 luglio 2020 nei confronti della Polonia¹ ha a oggetto tre ricorsi, presentati da 13 cittadini russi di origine cecena, il Sig. M.K. e due coppie sposate con i loro figli, i quali invocarono la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu) e di realizzare espulsioni collettive (art. 4 del Protocollo n. 4 Cedu), del diritto a un ricorso con effetti sospensivi (art. 13 Cedu) e l’inadempimento da parte dello Stato convenuto delle misure provvisorie disposte ai sensi dell’art. 39 Regolamento di procedura della Corte (art. 34 Cedu).

Gli interessati fecero richiesta di protezione internazionale, anche per iscritto e in diverse lingue, in numerose occasioni, presso il valico polacco-bielorusso di Terespol e, in una, presso il posto di controllo di Czeremcha-Półwce, manifestando i timori di essere rimpatriati dalle guardie di frontiera, a causa delle loro origini e delle persecuzioni subite in Cecenia. Nel loro paese di origine, infatti, furono torturati anche con scosse elettriche e percors-

* Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

¹ Corte Edu (Prima Sezione), sent. del 23 ottobre 2020, *M.K. e altri c. Polonia*, ricorsi n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17. Su questa sentenza si rinvia a F. L. GATTA, *Systematic push back of ‘well behaving’ asylum seekers at the Polish border: M.K. and Others v. Poland*, in *strasbourgobservers.com*, ottobre 2020.

se, sequestrati, soffrirono maltrattamenti di diverso tipo e furono minacciati e detenuti illegalmente. Le guardie di frontiera, inoltre, impedirono ai loro avvocati, di nazionalità polacca e bielorusa, di essere presenti durante l'intervista o d'incontrarli e, pertanto, di rappresentarli.

Secondo le autorità polacche, invece, i richiedenti non solo in quel momento non erano in possesso dei documenti necessari per essere autorizzati ad entrare in Polonia ma non avevano neppure espresso il desiderio di presentare domanda né avevano comunicato il rischio di essere perseguitati nel loro paese d'origine. A loro giudizio, si trattava di migranti economici alla ricerca di "una vita migliore in Europa", al fine di ottenere maggiori benefici sociali o per ragioni meramente personali. Sulla base di tali considerazioni, le autorità rigettarono le domande di asilo e disposero che i ricorrenti fossero allontanati dai confini polacchi e rinviati in Bielorussia.

Gli interessati adirono, quindi, la Corte edu, sollecitando l'adozione di misure provvisorie, *ad interim*, in conformità con l'art. 39 del Regolamento di procedura della Corte. Tuttavia, nonostante la Corte dispose che non fossero trasferiti, considerando che le domande di asilo devono essere ricevute, registrate e pertanto esaminate, il Governo polacco non si conformò, rimpatriandoli in Bielorussia, un paese che non può essere considerato sicuro per i cittadini russi, sottoponendoli al rischio di essere trasferiti in Russia.

Nella sentenza *M.K. e altri c. Polonia*, la Corte di Strasburgo realizza un'interpretazione garantista dei diritti dei richiedenti protezione internazionale. Sebbene si collochi nel solco della sentenza *N.D. e N.T.*², perviene a un risultato differente, dichiarando la violazione da parte dello Stato convenuto degli obblighi derivanti dalla Cedu, in particolare dall'art. 3 Cedu e dall'art. 4 Protocollo n. 4, e dall'art. 13 Cedu in combinato disposto con le citate disposizioni.

Secondo la Corte il diniego di accesso alla procedura di asilo avrebbe esposto i ricorrenti a un rischio di trattamenti disumani e degradanti e di tortura (art. 3 Cedu) in Bielorussia (*refoulement* diretto) e al conseguente respingimento in Russia/Cecenia (*refoulement* indiretto). I provvedimenti adottati dalla Polonia, che integrerebbero gli estremi di un'espulsione collettiva, non solo non avrebbero tenuto conto della situazione individuale degli stranieri ma sarebbero riconducibili alla politica restrittiva adottata da questo paese. Il mancato rispetto di tali diritti avrebbe poi provocato anche la lesione del diritto a un ricorso effettivo con effetti sospensivi. Infine, si costata

² Corte edu (GC), sent. 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. v. Spagna*, ricorsi n. 8675/15 e 8697/15.

l'inadempimento da parte del Governo polacco delle misure provvisorie ex art. 39 Regolamento di procedura della Corte.

2. *Il carattere assoluto del divieto di torture e trattamenti disumani e degradanti ex art. 3 Cedu nell'ambito dei respingimenti verso Paesi Terzi non sicuri*

Nella presente pronuncia, la Corte edu torna ad affrontare il controverso tema delle violazioni sistemiche dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale, in particolare dell'art. 3 Cedu, dell'art. 4 Protocollo n. 4 e dell'art. 13 Cedu. Il ragionamento della Corte di Strasburgo si sviluppa intorno al carattere assoluto del divieto di torture e trattamenti disumani e degradanti (art. 3 Cedu), che sancisce “uno dei valori più fondamentali delle società democratiche”, “un valore di civiltà strettamente legato al rispetto della dignità umana”³. Tale clausola sostanziale, non ammettendo eccezioni ex art. 15, par. 2, Cedu, non può essere derogata neppure di fronte a fattispecie eccezionali di emergenza pubblica, che costituiscano una minaccia per la sopravvivenza della nazione, o di reati caratterizzati da una particolare gravità, tra cui il terrorismo.

Il fatto che l'art. 3 Cedu non ammetta deroghe incide direttamente anche sul principio di *non refoulement* (art. 33, Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto del rifugiato), cui si trova strettamente collegato, e più in generale sul dovere dello Stato di assicurare un sistema di garanzie effettive. Infatti, il mancato accesso alla procedura per l'esame delle richieste di protezione internazionale non rappresenterebbe solo un trattamento degradante, a causa dei ripetuti rifiuti da parte delle autorità polacche, ma produrrebbe anche l'espulsione dei richiedenti asilo.

Da questo punto di vista, lo Stato contraente non sarebbe esente dal divieto di espellere i richiedenti neppure nel caso in cui le autorità decidano di trasferirli in un paese terzo e non in quello di origine, qualora si dimostri che esistano fondati motivi per ritenere che una persona sarebbe esposta direttamente (in quel paese terzo) o indirettamente (nel paese di origine o in un altro paese), come dalla Bielorussia alla Russia, a un trattamento contrario all'art. 3 Cedu.

Infatti, qualora lo Stato contraente decida di non valutare nel merito la domanda, come nelle presenti fattispecie, allontanando il richiedente asilo

³ Corte edu (GC), sent. 14 marzo 2017, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ricorso n. 47287/15.

verso un paese terzo “intermedio”, le autorità dovrebbero chiedersi se l’individuo avrà o meno accesso a un procedimento garantista nello Stato terzo di accoglienza, indipendentemente dal fatto che sia uno Stato membro dell’UE o uno Stato parte della Convenzione.

A tal fine, dovrebbero esaminare se esiste o meno un rischio reale che al richiedente asilo venga negato l’accesso, nel paese terzo ospitante, ad un’adeguata procedura di asilo. Pertanto, quando risulti che le garanzie offerte sono insufficienti, ai sensi dell’art. 3 Cedu, lo Stato contraente ha il dovere di non realizzare il respingimento⁴. In questo senso, uno Stato non può negare in nessun caso, come ha fatto la Polonia, l’accesso al territorio a una persona che si presenta a un posto di blocco di frontiera e che sostiene di poter essere soggetta a maltrattamenti, a meno che non vengano prese misure sufficienti per eliminare tale rischio.

Sulla base di tali premesse, nel caso *M.K.*, la Corte di Strasburgo considera che la Polonia non ha realizzato una valutazione di questo tipo, giungendo alla conclusione che non fossero state assicurate le garanzie per proteggere dall’esposizione a un rischio reale di soffrire trattamenti inumani o degradanti nonché di essere torturati. La violazione dell’art. 3 Cedu sarebbe dimostrata dal fatto che in nessuna delle occasioni, in cui i richiedenti si sono presentati alla frontiera per sollecitare protezione, le autorità competenti avrebbero avviato il procedimento per esaminare le domande nel merito.

Inoltre, al contrario di quanto affermato dal Governo, secondo la Corte edu, la versione degli interessati con le circostanze individuali addotte, le prove da loro presentate (testimonianze ufficiali e documenti) e i numerosi tentativi di attraversare il confine e quelli dei loro avvocati di prestare assistenza ai loro clienti sarebbe stata corroborata dai rapporti presentati dalle istituzioni nazionali per i diritti umani intervenute nel processo dinanzi alla Corte⁵.

Da tali resoconti si dedurrebbe l’esistenza di una pratica sistemica di manipolazione delle dichiarazioni fornite dai richiedenti asilo nei documenti redatti dagli agenti della guardia di frontiera in servizio ai posti di controllo di frontiera tra la Polonia e la Bielorussia. In modo analogo, alcune sentenze della Corte Suprema Amministrativa confermerebbero l’esistenza d’irregolarità nel procedimento riguardanti l’intervista e l’assenza di un’analisi adeguata dei motivi che inducevano gli stranieri a cercare di entra-

⁴ Corte Edu, *M.K. e altri c. Polonia*, cit., § 172-173.

⁵ Corte Edu, *M.K. e altri c. Polonia*, cit., § 174-109-114.

re in Polonia⁶. Infine, dai dati ufficiali in possesso risulterebbe che la Bielorussia non può essere considerata un paese sicuro, essendovi il rischio di produrre “respingimenti a catena”⁷.

Al contrario, la Corte non considera rilevante l’argomento del Governo convenuto, secondo cui il rifiuto di permettere ai ricorrenti di entrare in Polonia risponderebbe alla necessità di limitare l’immigrazione illegale e di preservare la sicurezza delle frontiere, in conformità con gli obblighi derivanti dall’appartenenza all’UE. Infatti, com’è noto, il diritto dell’UE riconosce in modo espresso il principio di non respingimento e lo applica anche a persone che sono sottoposte a controlli di frontiera prima di essere ammesse nel territorio di uno degli Stati membri⁸.

Infine, poiché era già stata riscontrata la violazione dell’art. 3 Cedu, a causa dell’esposizione dei ricorrenti al rischio di trattamenti inumani e degradanti e di tortura e dell’impossibilità di accedere alla procedura di asilo⁹, non si è ritenuto necessario esaminare se vi sia stata una lesione anche del secondo profilo invocato, il comportamento denigrante riservato loro dalle autorità polacche durante i controlli alle frontiere, ritendendolo strettamente collegato al primo.

3. *La violazione reiterata e sistematica del divieto di espulsioni collettive quale espressione di una politica restrittiva in materia di immigrazione e asilo*

In seguito, la Corte edu dichiara l’inosservanza da parte della Polonia del divieto di espulsione collettiva, riconosciuto all’art. 4 del Protocollo n. 4, il quale ha lo scopo di impedire agli Stati di poter rimpatriare un gruppo di stranieri senza esaminare le circostanze personali, impedendo loro di contestare la misura adottata.

Il diritto degli stranieri di non essere obbligati a lasciare un paese, tuttavia, non sarebbe assoluto, essendo possibile stabilire eccezioni. Per questo, secondo la Corte, è necessario verificare in modo obiettivo e ragionevole se nella decisione di rimpatrio si sia considerata la situazione specifica delle persone interessate, vale a dire le circostanze particolari del caso concreto e il “contesto generale all’epoca dei fatti”.

⁶ Corte Edu, *M.K. e altri c. Polonia*, cit., § 76-77.

⁷ Corte Edu, *M.K. e altri c. Polonia*, cit., § 177.

⁸ Corte Edu, *M.K. e altri c. Polonia*, cit., § 78-84.

⁹ Corte Edu, *M.K. e altri c. Polonia*, cit., § 186.

In conformità con la giurisprudenza della Corte edu, l'art. 4 del Protocollo n. 4 si applica non solo alle persone che risiedono nel territorio di uno Stato ma anche agli stranieri giunti in detto Stato, che sono stati fermati e trasferiti nello Stato di origine, sebbene il fatto che siano arrivati legalmente nello Stato contraente possa essere un elemento determinante, ai fini dell'applicazione di detta clausola, alle persone intercettate in alto mare nel tentativo di raggiungere detto territorio, come nel caso *Hirsi Jamaa*¹⁰, e alle persone arrestate mentre cercano di attraversare un confine nazionale via terra e immediatamente rimosse dal territorio di uno Stato dalle guardie di frontiera¹¹.

Anche in *M.K. e altri*, la Corte di Strasburgo, in linea con quanto affermato nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*, riafferma che la responsabilità dello Stato non rilevarebbe qualora il ricorrente abbia tenuto "una condotta colpevole", costituendo tale fattispecie una discutibile eccezione legittima all'applicazione dell'art. 4 Protocollo n. 4. In *N.D.*, infatti, la Gran Camera della Corte edu, attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di "espulsione collettiva", ritenne i respingimenti alla frontiera realizzati dalla *Guardia Civil* (le c.d. "*devoluciones en caliente*") conformi al divieto riconosciuto all'art. 4 del Protocollo n. 4 e pertanto giustificabili, considerando che i migranti avevano attraversato la valle di Melilla con l'uso della forza e senza autorizzazione. In questo caso, pertanto, il Governo spagnolo non avrebbe violato questo precetto, poiché offriva meccanismi per permettere l'accesso al territorio in modo legale, di cui i migranti non vollero avvalersi, adottando un "comportamento colpevole".

Tuttavia, in *M.K. e altri*, la Corte edu riscontra la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 4, derivante dall'esistenza di una fattispecie di espulsione collettiva non scusabile a causa dell'assenza di una condotta illecita imputabile ai ricorrenti. Secondo la Corte edu il fatto che lo Stato polacco si fosse rifiutato di considerare gli argomenti dei richiedenti sulle loro domande di protezione internazionale non può essere attribuito alla loro condotta. Gli interessati, infatti, avrebbero agito in conformità al diritto interno, cercando di attraversare la frontiera in modo legale, utilizzando un posto di controllo ufficiale e sottoponendosi ai controlli¹².

A conferma di tutto ciò, i rapporti a disposizione, tra cui quelli elaborati dall'*Ombudsman* polacco e dall'*Ombudsman* per la protezione dei bambini,

¹⁰ Corte Edu, sent. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09.

¹¹ Corte Edu, *M.K. e altri c. Polonia*, cit., § 200.

¹² Corte Edu, *N.D. e N.T. c. Spagna*, § 231.

dimostravano che non si trattava di casi isolati ma di fattispecie ricorrenti, che si collocavano nel quadro di una più ampia politica statale restrittiva, in contrasto con il diritto nazionale e internazionale, tendente a rigettare le domande di protezione presentate da persone di origine cecena che giungevano al confine polacco-bielorusso e a rimpatriarli in Bielorussia.

I procedimenti per la concessione dell'asilo e il contenuto delle decisioni di rifiuto presentavano, inoltre, numerose criticità, che si ripetevano in modo costante. Durante le interviste, che generalmente erano molto brevi, le autorità non consideravano in modo opportuno la situazione individuale, ignorando le loro dichiarazioni e travisando il loro contenuto nella decisione di rigetto. Cercavano di dimostrare che si trattava di semplici migranti economici al fine di non attivare la procedura di protezione internazionale. Infine, ai ricorrenti non sarebbe stato permesso di essere assistiti dai loro avvocati, sebbene questi si fossero presentati ai posti di controllo di frontiera¹³.

Per quanto riguarda poi la violazione dell'art. 34 Cedu, a causa dell'inadempimento delle misure provvisorie ex art. 39 del Regolamento, in conformità alle quali lo Stato convenuto non avrebbe dovuto rimpatriare gli interessati in Bielorussia, la Corte edu considera che gli Stati sono titolari di obblighi sia negativi sia positivi. Da una parte, sono tenuti ad astenersi da qualsiasi atto o omissione che possa ostacolare l'esercizio effettivo del diritto a un ricorso individuale. Dall'altra, spetterebbe loro fornire gli strumenti necessari per assicurare che l'esame delle domande si realizzi secondo un procedimento garantista, soprattutto come nel caso *de quo* quando i ricorrenti siano soggetti specialmente vulnerabili, essendo pertanto tali provvedimenti provvisori strumentali al diritto a un ricorso individuale.

In questo senso, l'art. 39 Regolamento di procedura della Corte, che produce effetti giuridici vincolanti nei confronti degli Stati, si applicherebbe solo in circostanze eccezionali a seguito di un esame rigoroso del caso concreto, in particolare quando risulti l'esistenza di una minaccia per la vita e, in generale, il rischio reale di un danno grave, immediato e irreversibile, in contrasto con le disposizioni fondamentali della Convenzione. Non essendosi conformata a tali provvedimenti, la Polonia non ha adempiuto agli obblighi derivanti dalla disposizione invocata. Le misure provvisorie adottate nei casi n. 40503/17 e 43643/17, infatti, non erano ancora state rispettate. Per quanto riguarda poi il caso n. 42902/17, sebbene i ricorrenti fossero stati finalmente ammessi in Polonia, il procedimento per l'esame delle domande di protezione internazionale era stato attivato con un ritardo significativo, esponendoli

¹³ Corte Edu, *M.K. e altri c. Polonia*, cit., § 210.

al rischio di un tipo di trattamento contro il quale le misure miravano a proteggerli.

4. Conclusioni

La posizione adottata nel caso *M.K. e altri c. Polonia* consente di rivalutare il ruolo della Corte edu come garante dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale soprattutto nei contesti di violazione sistemica. Nella sentenza *N.D. e N.T. c. Spagna*, che l'aveva preceduta di alcuni mesi, la Corte di Strasburgo non aveva solo perso l'occasione di pronunciarsi sulla compatibilità delle “*devoluciones en caliente*” alla cornice convenzionale, ma aveva contribuito a confermare la tendenza involutiva, che sta caratterizzando la politica europea in materia di asilo e, più in generale, lo Stato di diritto. Una conferma dell'effetto negativo di tale pronuncia si può rinvenire nell'attesa sentenza del *Tribunal Constitucional* (Corte costituzionale spagnola) n. 172/2020, del 19 novembre 2020, in cui seguendo l'orientamento della Corte edu ha avallato detta pratica.

Fortunatamente, nel caso *M.K. e altri*, la Corte di Strasburgo è pervenuta ad una conclusione differente, dichiarando la violazione sistemica, ovvero persistente e reiterata nei confronti dei ricorrenti, degli obblighi scaturenti dalla Cedu. Le misure adottate dalla Polonia s'inserirebbero nell'ambito di una politica restrittiva in materia di protezione internazionale¹⁴. Inoltre, attraverso un approccio evolutivo, la Corte ha cercato di delimitare il nucleo essenziale dei diritti fondamentali invocati. Da una parte, ha riaffermato il carattere assoluto del divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu); dall'altra ha specificato la portata del divieto di realizzare espulsioni collettive verso un paese terzo considerato non sicuro per gli interessati (art. 4 Protocollo n. 4) e le correlative eccezioni legittime, concedendo maggiore sicurezza a tali diritti.

¹⁴ UNHCR, *UNHCR calls on Poland to ensure access for people seeking asylum*, in www.unhcr.org, 24 July 2020.

L'INSOSTENIBILE INCERTEZZA
SUL CONTENUTO DEGLI OBBLIGHI DEGLI STATI
DERIVANTI DAL DIVIETO DI ESPULSIONI COLLETTIVE

Alessandro Bufalini*

SOMMARIO: 1. La vicenda all'esame della Corte: l'espulsione dalla Slovacchia dei ricorrenti afgani. – 2. La decisione della Corte: la Slovacchia non ha violato il divieto di espulsioni collettive. – 3. Una debole ricostruzione dei fatti. – 4. La prova del colloquio individuale. – 5. L'incerto contenuto delle garanzie procedurali e degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive

1. *La vicenda all'esame della Corte: l'espulsione dalla Slovacchia dei ricorrenti afgani*

Nella notte tra il 16 e il 17 novembre del 2014, oltre una trentina di cittadini afgani vengono trovati dalla polizia slovacca all'interno di un camion proveniente dall'Ucraina. Le trentadue persone fermate, prive di documenti di identità, sono state condotte presso la stazione di polizia di frontiera per essere identificate. Una di loro, a causa delle particolari condizioni di salute, è stata sottoposta ad accertamenti medici; dodici migranti hanno invece fatto richiesta di asilo e sono stati quindi trasferiti presso un centro di prima accoglienza, i restanti diciannove sono i ricorrenti del presente caso. Questi ultimi ritengono di aver subito una espulsione collettiva, vietata dall'art. 4 del Protocollo n. 4 della CEDU. I motivi di tale violazione sarebbero da individuare in diversi elementi di fatto, tra cui, in particolare: la mancata identificazione e intervista di alcuni di loro, l'assenza dell'interprete nell'espletamento di una parte dei colloqui individuali e l'indifferenza delle forze dell'ordine rispetto alle richieste di asilo e di assistenza legale provenienti dai migranti stessi. Ad avviso del governo slovacco, invece, tutti i ricorrenti sarebbero stati intervistati da due agenti di polizia per dieci minuti ciascuno e alla presenza di un interprete. Quel che è certo è che, in meno di ventiquattro ore, la sera stessa del 17 novembre, i ricorrenti hanno ricevuto un provvedimento di espulsione e sono stati ricondotti in Ucraina.

* Ricercatore di diritto internazionale, Università degli Studi della Tuscia.

2. *La decisione della Corte: la Slovacchia non ha violato il divieto di espulsioni collettive*

Nella propria decisione del 24 marzo 2020¹, la terza sezione della Corte europea dei diritti umani ha innanzitutto espunto dal proprio esame la situazione di dodici ricorrenti, in quanto non più interessati al ricorso (due di loro) o in virtù del fatto che i legali rappresentanti non sarebbero stati in grado di dimostrare di essere in reale e continuativo contatto (via Facebook) con i propri assistiti (ben dieci dei ricorrenti). In relazione alla situazione individuale dei sette ricorrenti rimasti, la Corte ha negato – con la maggioranza minima di quattro dei sette giudici – che la Slovacchia abbia commesso una violazione del divieto di espulsioni collettive. Secondo i giudici di Strasburgo, alla luce della ricostruzione dei fatti di causa, non vi è motivo di ritenere che le interviste individuali dei singoli ricorrenti non abbiano avuto luogo. Ad ogni modo, riprendendo sul punto la propria più recente giurisprudenza in materia, la Corte riafferma che l'art. 4 del Protocollo 4 CEDU non garantisce in ogni circostanza un diritto dello straniero ad essere intervistato individualmente, ma contempla piuttosto il più generico riconoscimento di una genuina ed effettiva possibilità di far valere le proprie ragioni contro l'espulsione. Nel caso di specie, al di là delle modalità in cui si sono svolti i colloqui, la Corte ritiene che ai ricorrenti sia stata data l'opportunità di richiamare l'attenzione delle autorità slovacche sulla propria condizione personale e di essere stati deportati in territorio ucraino soltanto a seguito di un esame della situazione individuale di ciascuno di loro (par. 71)².

3. *Una debole ricostruzione dei fatti*

È centrale, ai fini della conclusione raggiunta dalla Corte, la ricostruzione delle circostanze di fatto in cui si sarebbero svolte le interviste dei ricorrenti. Le modalità di esperimento dei colloqui individuali sono infatti decisive al fine di determinare se i cittadini afgani coinvolti dal successivo provvedimento di espulsione abbiano avuto una concreta possibilità di esporre le ragioni della propria personale esperienza migratoria e mettere eventualmente in luce i motivi di vulnerabilità ostativi al respingimento in territorio ucraino.

¹ Corte edu (terza sezione), sentenza del 24 marzo 2020, *Asady and Others v. Slovakia*, ric. n. 24917/15.

² Ivi, par. 71.

Al riguardo, è opportuno sottolineare che i documenti prodotti dalla polizia slovacca relativi alle interviste individuali presentano alcune incongruenze. Ad esempio, tra le 9.20 e le 9.30 del mattino del 17 novembre, tre migranti sarebbero stati intervistati contemporaneamente dagli stessi agenti e alla presenza dello stesso (e unico) interprete³. A fronte della contraddittorietà dei documenti sottoposti alla Corte, il governo slovacco ha sostenuto che ben potrebbe trattarsi di un errore materiale, dovuto alla circostanza che le interviste si siano svolte a tarda notte o alle prime luci dell'alba. I giudici di Strasburgo hanno sottolineato la debolezza di tale giustificazione, non fosse altro per il fatto che tutte le interviste sarebbero invece state realizzate, stando allo stesso verbale delle autorità slovacche, tra le 9.10 e le 12.30 del mattino. In termini del tutto generali, la Corte si limita tuttavia ad osservare brevemente come la debole scusante dello Stato convenuto non sia di per sé sufficiente a dimostrare la tesi dei ricorrenti e cioè che le interviste individuali non siano affatto state condotte. Non si capisce però alla luce di quali altre circostanze l'effettivo svolgimento dei colloqui individuali dovrebbe essere dedotto. Nella prospettiva della Corte sembra quasi che lo Stato non sia tenuto a dimostrare l'esistenza delle garanzie di tutela che esso stesso sostiene, in modo tuttavia contraddittorio, di aver offerto. Forse consapevole della fragile tenuta della ricostruzione proposta, la Corte si affretta a ricordare che il divieto di espulsioni collettive, ad ogni modo, non prevede sempre un diritto ad un'intervista individuale⁴.

4. *La prova del colloquio individuale*

La terza camera passa poi ad analizzare le modalità attraverso cui queste (eventuali) interviste individuali sarebbero state eseguite. Sul punto, la Corte non sembra dare particolare rilievo alla circostanza che le domande rivolte ai ricorrenti fossero assolutamente identiche e standardizzate. In fondo, rilevano i giudici di Strasburgo, l'obiettivo della polizia di frontiera era stabilire le ragioni della partenza dei migranti dal proprio paese e i motivi dell'ingresso in territorio slovacco. Dal momento che viaggiavano insieme, si limita ad osservare la Corte, le loro situazioni personali e le caratteristiche del viaggio intrapreso "might have been similar as well"⁵. In pratica, i giudici di Strasbur-

³ Ivi, par. 8.

⁴ Ivi, par. 64.

⁵ Ivi, par. 66

go ritengono che la natura collettiva della migrazione sia sufficiente a far presumere una identica condizione personale dei singoli migranti. Al di là di tale già discutibile linea argomentativa, la Corte sembra in definitiva fare affidamento sull'unica circostanza di fatto dalla quale sia possibile dedurre la natura individuale, e individualizzata, dei colloqui svolti dalla polizia: il diverso quantitativo di denaro in possesso dei cittadini afgani⁶. È piuttosto difficile sostenere che quest'ultimo accertamento possa da solo rappresentare la prova di una intervista individuale volta a verificare l'eventuale condizione di vulnerabilità dei ricorrenti.

5. *L'incerto contenuto delle garanzie procedurali e degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive*

L'art. 4 del Protocollo 4 CEDU recita semplicemente che le espulsioni collettive sono proibite. Con un chiaro riferimento alle atrocità commesse negli anni dei totalitarismi, attraverso questa disposizione, gli Stati si impegnavano a non adottare misure di espulsione «of the kind which was a matter of recent history»⁷. L'originario scopo del divieto era quindi quello di impedire l'arbitrario allontanamento (o il trasferimento forzato) di gruppi di stranieri o apolidi, regolarmente soggiornanti sul territorio di uno Stato. Si è tuttavia già da tempo affermata l'idea che la nozione di espulsione debba essere intesa nel suo significato più generico, fino a comprendere le ipotesi di non ammissione o respingimento alla frontiera⁸. Inoltre, dalla laconica disposizione, una giurisprudenza ormai consolidata della Corte di Strasburgo ha progressivamente sviluppato l'idea che tale divieto abbia un carattere procedurale che si sostanzia nella necessità di un esame obiettivo e ragionevole della posizione dell'individuo interessato dalla misura espulsiva. In concreto, tuttavia, è ancora piuttosto complesso stabilire attraverso quali obblighi positivi gli Stati siano tenuti a garantire lo straniero dal divieto in oggetto⁹.

⁶ Ibidem.

⁷ Corte edu, *Guide on Article 4 of Protocol No. 4 of the European Convention on Human Rights*, 2021.

⁸ Si può vedere, in modo molto netto sul punto, anche Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, par. 176.

⁹ Per una sistematica analisi della giurisprudenza della Corte EDU in materia di espulsioni collettive, si veda F.L. GATTA, *The Problematic Management of Migratory Flows in Europe and Its Impact on Human Rights: The Prohibition of Collective Expulsion of Aliens in the*

Come è noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato per la prima volta la violazione del divieto di espulsioni collettive nel caso *Čonka e altri c. Belgio*, nel 2002¹⁰. In un contesto per molti aspetti diverso da quello in esame, è qui interessante rilevare come la Corte abbia subito individuato nel mancato esame individuale della situazione dello straniero l'elemento centrale ai fini dell'accertamento della violazione del divieto di espulsioni collettive. Il convincimento della Corte circa la natura collettiva della procedura di espulsione messa in atto dal Belgio è stato di fatto rafforzato dall'assenza di un vero e proprio procedimento amministrativo. Può essere indicativa al riguardo la rilevanza attribuita dai giudici di Strasburgo – oltre che al comportamento delle autorità statali, che avevano annunciato (e già predisposto) le operazioni di allontanamento dal territorio degli stranieri di origine Rom – alle scarse garanzie procedurali offerte ai ricorrenti, tra cui, solo per fare un esempio, la difficoltà di potersi mettere in contatto con un avvocato¹¹.

Come si ricorderà, la Corte è poi tornata ad occuparsi di espulsioni collettive nel famoso caso *Hirsi e altri c. Italia*¹² del 2012, quando ha condannato l'Italia per il respingimento in mare verso la Libia di oltre duecento migranti provenienti dal continente africano. In quel contesto, non vi erano invero molti dubbi sulla totale assenza di un qualsiasi esame delle situazioni individuali dei potenziali richiedenti asilo: i ricorrenti non erano stati nemmeno identificati. Non solo, la Grande Camera mette chiaramente in luce che l'esigenza di assicurare un giusto procedimento amministrativo in questi contesti impone anche un colloquio individuale e una motivazione “personalizzata” della misura espulsiva. Inoltre, a complemento della propria ricostruzione delle garanzie procedurali desumibili dall'art. 4 Protocollo 4 CE-

Case-law of the European Court of Human Rights, in G.C. BRUNO-F.M. PALOMBINO-A. DI STEFANO (eds), *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, 2019, pp. 119-146. Studi di carattere più generale sul tema delle espulsioni collettive nella prospettiva del diritto internazionale pubblico sono stati proposti da G.S. GOODWIN-GILL, *The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1975, pp. 55-156; A.V. EGGI, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law, The Hague-New York, 2002; J.-M. HENCKAERTS, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague-Boston-London, 1995.

¹⁰ Corte Edu (terza sezione), sentenza del 5 febbraio 2002, *Čonka e altri c. Belgio*, ric. n. 51564/99.

¹¹ Ivi, parr. 61-62.

¹² Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09.

DU, la Corte ha sottolineato che i militari italiani non erano adeguatamente preparati per condurre le interviste e non erano stati assistiti da alcun interprete o consulente legale¹³.

Anche nella successiva sentenza *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, la Corte ha ritenuto fondamentale la presenza di un interprete e, in quel caso, di un agente del Consiglio italiano per i rifugiati (CIR), organizzazione non governativa che all'epoca dei fatti forniva assistenza in materia di protezione internazionale nei porti di Ancona, Bari e Venezia¹⁴.

Senza dubbio, è il caso *Khlaifia e altri c. Italia* (2016) a rappresentare uno strappo di dimensioni maggiori nella prospettiva, qui esaminata, della indeterminatezza del contenuto – e questa volta della netta compressione – delle garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 del Protocollo 4 CEDU. Nel negare la violazione di tale disposizione, la Corte esclude per la prima volta, e in modo molto netto, che il divieto di espulsioni collettive obblighi lo Stato a garantire allo straniero un colloquio individuale. A differenza del caso Hirsi, dove si richiamava la necessità di un esame dettagliato e in concreto delle singole posizioni individuali, qui pare sufficiente, più semplicemente, che lo straniero abbia avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni contro l'espulsione e, con un linguaggio piuttosto generico, che gli argomenti proposti siano esaminati dalle autorità competenti in modo appropriato. Inoltre, la Grande Camera non ha ritenuto decisive, al fine di desumere il carattere collettivo delle misure adottate, la genericità e la natura omogenea e standardizzata dei provvedimenti di espulsione¹⁵.

Quest'ultima linea interpretativa sembra trovare conferma nelle due prime, e recentissime, pronunce in materia di espulsioni collettive ai confini ter-

¹³ Ivi, par. 185.

¹⁴ Corte Edu (seconda sezione), sentenza del 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09, par. 217.

¹⁵ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, par. 248; ma si può vedere anche Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 3 luglio 2014, *Georgia c. Russia*, ric. n. 13255/07 par. 153. Per alcuni commenti alla sentenza *Khlaifia*, si possono vedere, tra i tanti M.R. MAURO, *A Step Back in the Protection of Migrants' Rights: the Grand Chamber's Judgment in Khlaifia v. Italy*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2016, p. 289 ss.; A. SACCUCCI, *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive "alla prova" delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 552 ss., p. 559. Più in generale, si vedano le riflessioni di M. SAVINO, *L'"amministrativizzazione" della libertà personale e del "due process" dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 3-4, 2015, p. 50 ss.

restris dell'Unione Europea: quella qui in esame appunto e il già celebre, ma di poco precedente, caso *N.D. e N.T. c. Spagna*. In quest'ultima sentenza, la Grande Camera ha ritenuto che il respingimento alla frontiera di due migranti di origine subsahariana – che avevano partecipato, insieme ad altre centinaia di persone, ad un tentativo di attraversamento del muro di Melilla – non potesse essere considerato contrario all'art. 4 del Protocollo 4 della CEDU. I ricorrenti, rimpatriati immediatamente in Marocco senza essere stati nemmeno identificati, non avevano avuto evidentemente alcun tipo di assistenza sanitaria o linguistica e tanto meno la possibilità di contattare un legale o di far valere le proprie ragioni contro il respingimento. Ad avviso dei giudici di Strasburgo, il respingimento sommario e immediato messo in atto dalla Spagna sarebbe in questo caso giustificato da due diversi, e ulteriori, elementi: i) la condotta colposa dei migranti interessati dalla misura che avrebbero, con un comportamento violento e inserito in un'azione di gruppo, creato una situazione di pericolo per la propria stessa incolumità e per l'ordine pubblico e la sicurezza della Spagna; e ii) l'esistenza di vie legali di accesso disponibili e non percorse dai migranti¹⁶. Questo secondo parametro pare indirettamente introdurre un alternativo obbligo positivo per gli Stati che – per non incorrere nella violazione del divieto di espulsioni collettive in occasione di sommari respingimenti alla frontiera – dovrebbero garantire agli stranieri la possibilità di esperire vie legali di ingresso nel proprio territorio. È un elemento estremamente interessante poiché potrebbe in qualche modo costringere gli Stati a fare i conti con quello che viene generalmente considerato uno dei principali limiti delle politiche migratorie contemporanee: l'assenza, o quasi, di canali di accesso regolare. Da un punto di vista giuridico, tuttavia, questo parametro accresce ulteriormente l'incertezza sul contenuto degli obblighi derivanti dal divieto di espulsioni collettive, data la difficoltà di valutare se e come uno Stato abbia garantito in concreto l'esistenza e l'effettiva percorribilità per i migranti di vie legali di ingresso nel proprio territorio. D'altro canto, e al contempo, preme qui evidenziare come i giudici di Strasburgo abbiano ammesso che alcune garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 Protocollo 4, come l'identificazione dello straniero e la possibilità di opporsi al respingimento, possano essere, in particolari circostanze, del tutto sacrificate. Come detto, nel caso *Asady e altri c. Slovacchia*, la Corte ha invece ritenuto adeguate le tutele offerte ai ricorrenti e non si è quindi espressa sulla esistenza di ulteriori parametri rilevanti ai fini della possibile

¹⁶ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, parr. 201, 209, 213, 231.

compressione delle garanzie legate al divieto di espulsioni collettive. Al di là di una ricostruzione dei fatti non del tutto convincente, ciò che lascia ulteriormente perplessi nella decisione qui in esame è l'approccio formalistico adottato dalla Corte: l'adozione di una serie di decisioni individuali, ancorché fondate su brevi colloqui standardizzati, sarebbe sufficiente a garantire una tutela effettiva contro il divieto di *refoulement*. Sul punto, pare condivisibile la critica avanza dai tre giudici di minoranza nella propria opinione dissenziente, ove si mette in luce che un'intervista di appena dieci minuti può difficilmente fornire tempo sufficiente «to explain an investigative process, identify a person and probe whether he or she was prosecuted and requires international protection»¹⁷.

L'approccio formalistico adottato della terza sezione sembra invero essere in continuità con la già richiamata decisione della Grande Camera nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*. Uno degli aspetti più controversi di quest'ultima sentenza, e già oggetto di numerose critiche, riguarda infatti l'assenza di un approfondito esame da parte della Corte in merito alla effettiva esistenza di reali vie di accesso legale al territorio spagnolo per i migranti di origine subsahariana provenienti dal Marocco¹⁸. La Grande Camera si è infatti accontentata della astratta possibilità per i migranti di percorrere le vie legali di accesso per ritenere legittimo il respingimento sommario operato dalla Spagna. E ciò nonostante la stessa Corte abbia riconosciuto che, sia il punto di attraversamento di Beni Enzar a Melilla che le sedi diplomatiche spagnole in Marocco, abbiano ricevuto soltanto due richieste di protezione da parte di individui provenienti dall'Africa subsahariana negli ultimi quattro anni. E la ragione di questi numeri non può che risiedere nel fatto che – come sostenuto e documentato da numerose organizzazioni internazionali e non governative – quelle vie non sono realmente accessibili o sono caratterizzate da procedure estremamente informali e altamente discrezionali (si vedano i parr. 143-155 della sentenza stessa). Insomma, lette insieme, le due sentenze della Corte di Strasburgo non evidenziano soltanto l'incertezza che circonda il contenuto

¹⁷ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, Joint Dissenting Opinion of Judges Lemmens, Keller and Schembri Orland, par. 13.

¹⁸ Si possono vedere, tra i tanti, G. SANTOMAURO, *La controversa decisione della Corte Edu nel caso N.D. e N.T. c. Spagna sul divieto di espulsioni collettive: il diritto di avere diritti a rischio per i richiedenti asilo?*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, marzo 2020 e D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'*.

degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive, ma sembrano esprimere anche un'attitudine più generale a valutare, nel contesto dei respingimenti alla frontiera, in modo poco rigoroso l'effettività della tutela dei diritti in gioco, in favore di un illusorio, e spesso vuoto, formalismo.

PERICOLO DI RITORSIONI PER L'ORIENTAMENTO SESSUALE
PER INDIVIDUI SOTTOPOSTI A PROCEDURA
DI ALLONTANAMENTO
E L'ART 3 CEDU QUALE STRUMENTO DI TUTELA

Mirko Forti*

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Il procedimento che ha portato al ricorso n. 43987/16. – 3. Il procedimento che ha portato al ricorso n. 889/19. – 4. Il procedimento davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 4.1. La valutazione nel merito da parte della Corte. – 5. Principio di effettività della CEDU e doveri di protezione in capo allo Stato coinvolto. – 6. Diritto alla vita privata e familiare tra persone dello stesso sesso. – 7. Rischio di persecuzione legato all'omosessualità e diritto all'identità sessuale

1. *La vicenda*

Il caso in questione¹ ha origine dal mancato ricongiungimento familiare per una coppia omosessuale con unione civile regolarmente registrata e con il conseguente ordine di espulsione per uno dei due ricorrenti. B. chiedeva asilo nel 2008 in Svizzera, rappresentando però un'identità fittizia e asserendo di provenire dal Mali. Si vedeva rifiutata la sua domanda di protezione internazionale e gli veniva richiesto di lasciare immediatamente il Paese. B. si rendeva però irreperibile fino a riproporre la sua richiesta di asilo nel 2013, questa volta rappresentando la propria identità corretta e affermando di avere la doppia nazionalità del Mali e del Gambia. Il ricorrente giustificava la sua richiesta di protezione sulla base della criminalizzazione dell'omosessualità portata avanti dall'ordinamento normativo gambiano. Rifugiatosi in Svizzera per sfuggire alla prigione per il suo orientamento sessuale, incontrava lì il suo partner C.

Nel Dicembre 2014 la Corte Amministrativa Federale rigettava l'appello sollevato da B. in merito alla sua richiesta di asilo, ritenuta non credibile. I giudici giustificavano la propria decisione facendo riferimento al fatto che il

* Assegnista di ricerca, Scuola Superiore Sant'Anna.

¹ Corte EDU, sentenza del 17 novembre 2020, *B. e C. c. Svizzera*, ric. nn. 889/19 e 43987/16.

ricorrente aveva presentato due successive richieste sotto diverse generalità. Aggiungevano che non aveva presentato sufficienti elementi per ritenere che in Gambia si sarebbe in una concreta situazione di pericolo a causa del suo orientamento sessuale.

B. presentava quindi una terza richiesta di asilo nel 2015, rigettata nello stesso anno. Nel 2016 la Corte Amministrativa Federale si pronunciava di nuovo in merito all'appello di B. per il mancato riconoscimento dell'asilo in Svizzera, evidenziando come il ricorrente avesse presentato informazioni contraddittorie e come non ci fossero segnali inequivocabili che sarebbe incorso in trattamenti inumani e degradanti in caso di ritorno in Gambia.

Il secondo ricorrente, C., presentava nel 2014 una richiesta di ricongiungimento familiare chiedendo quindi un permesso di soggiorno per B. sulla base dell'unione civile tra i due regolarmente registrata. L'ufficio dell'immigrazione del Cantone di San Gallo rifiutava tale richiesta, ordinando inoltre a B. di abbandonare il Paese. Avrebbe quindi dovuto attendere l'esito dei procedimenti giudiziari dall'estero. L'appello sollevato da C portava alla separazione dei processi secondo due filoni: il primo riguardante la possibilità per B. di aspettare in Svizzera il risultato del processo in merito alla richiesta di ricongiungimento familiare (che porterà al ricorso n. 43987/16 di fronte alla Corte Europea dei Diritti Umani), mentre il secondo trattava il merito di tale questione, ossia la possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno a B (che condurrà invece al ricorso n. 889/16).

2. *Il procedimento che ha portato al ricorso n. 43987/16*

L'appello sollevato contro il mancato permesso per B. di attendere in Svizzera l'esito del procedimento in merito alla sua richiesta di permesso di soggiorno non trovava un accoglimento positivo. La Corte Amministrativa del Cantone San Gallo riteneva infatti che il ricorrente aveva, in linea di principio, il diritto di attendere nel Paese elvetico. Osservando però le circostanze del caso di specie, risultava che le prospettive di successo delle richieste di B. non fossero chiare ed evidenti. Alla luce di quanto previsto dall'art. 17 (2) della legge svizzera sugli stranieri e l'integrazione (FNIA)², l'appello non trovava accoglimento.

La Corte Suprema Federale confermava tale decisione nel Dicembre 2015. I giudici osservavano che B. aveva precedenti penali in Svizzera e che

² Federal Act on Foreign Nationals and Integration, 16 Dicembre 2005.

questo giustificava il mancato rilascio del permesso di soggiorno sulla base del combinato disposto degli artt. 51 (b), 63 (1) (a) e 62 (b) del FNIA. Secondo quanto creduto dai giudici, B. e C. potevano mantenere il loro legame attraverso gli strumenti elettronici utilizzati anche durante il periodo speso dal primo in carcere. B. ha inoltre affermato di essere cittadino sia del Gambia che del Mali, quindi poteva rientrare in questa seconda nazione per evitare le eventuali persecuzioni gambiane.

B. proponeva quindi ricorso alla Corte Europea dei Diritti Umani contro la decisione della Corte Suprema Federale.

3. Il procedimento che ha portato al ricorso n. 889/19

La Corte Suprema Federale rigettava parimenti l'appello volto ad esaminare il merito della vicenda. Secondo i giudici, B. non aveva diritto ad ottenere un permesso di soggiorno, dati i suoi precedenti criminali e considerata la sua naturale tendenza all'aggressività. C'era quindi un sostanziale pubblico interesse a far sì che B. abbandonasse la Svizzera. La Corte Suprema Federale non ravvisava inoltre alcuna ingiustificata interferenza nella vita privata e familiare dei ricorrenti, come tutelate dall'art. 8 della Convenzione Europea sui Diritti Umani.³ I giudici svizzeri osservavano che B non era integrato nel tessuto sociale svizzero: aveva passato la maggior parte della sua vita in Gambia e in Mali alle cui tradizioni e costumi era ormai legato. Gli unici contatti sociali che aveva in Svizzera erano rappresentati dal suo partner C.; B infatti non parlava nemmeno la lingua tedesca e aveva iniziato solamente da poco a frequentare un corso linguistico per principianti. La Corte Suprema Federale, considerata la situazione, riteneva il rimpatrio del ricorrente una misura ragionevole.

I giudici elvetici si soffermavano anche sulla questione relativa all'orientamento sessuale della coppia e sui possibili pericoli a cui sarebbe andato incontro B. nel caso di un suo rientro in Gambia. Osservavano come il cambio di governo nel Paese africano avvenuto nel 2016 avrebbe portato a un miglioramento per la situazione degli omosessuali, pertanto ritenevano che non sussistessero rischi per B. di incorrere in trattamenti inumani e degradanti in caso di ritorno in Gambia.

³ Convenzione per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, 4 Novembre 1950.

4. *Il procedimento davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*

La Corte riteneva di riunire i due procedimenti, avendo considerato che andavano ad incidere sulla stessa materia. Dopo aver appreso della morte del ricorrente C., i giudici di Strasburgo ritenevano inoltre che non fosse più necessario pronunciarsi in merito alla supposta violazione del diritto alla vita familiare per il ricorrente B. La Corte Edu provvedeva poi a stabilire delle misure *ad interim* secondo quanto previsto dall'art.39 del Regolamento⁴ di procedura della Corte stessa. Stabiliva infatti che l'ordine di espulsione a carico di B. non dovesse avere luogo fino al termine del procedimento giudiziario che lo vedeva coinvolto. Veniva inoltre assegnato carattere prioritario al ricorso, ossia veniva esaminato con precedenza rispetto agli altri procedimenti pendenti davanti alla Corte, secondo quanto stabilito dall'art.41 del Regolamento appena menzionato. Questa decisione veniva presa tenendo conto della materia particolarmente significativa da trattare, ossia una possibile violazione dell'art.3 CEDU. Intervenevano poi come terze parti nel processo diverse associazioni a tutela delle persone LGBTQI +. La loro azione aveva lo scopo di salvaguardare la libertà in tema di orientamento sessuale, specificando che rappresentava una parte fondamentale dell'identità personale.

4.1. *La valutazione nel merito da parte della Corte*

I giudici osservavano che l'insediamento di un nuovo governo in Gambia aveva comportato un miglioramento delle condizioni di vita per gli individui omosessuali. Secondo la Corte, il permanere delle norme penali che criminalizzavano tale orientamento sessuale per i cittadini gambiani non comportava di per sé il rischio per il ricorrente B. di subire trattamenti inumani e degradanti, dato che queste non erano effettivamente applicate. Una valutazione in merito ad un'effettiva violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo doveva però basarsi sulle circostanze del caso concreto in esame. A tal proposito, i giudici rilevavano che le autorità svizzere non avevano condotto alcun esame sulla volontà e la disponibilità del governo gambiano ad offrire l'adeguata protezione a B. in caso di un suo ritorno nel Paese africano. Tale inazione si basava sul presupposto, ritenuto erroneo da parte della Corte, che l'orientamento sessuale del ricorrente non sarebbe infatti venuto alla luce al momento del suo rientro in Gambia. In aggiunta, le auto-

⁴ Regolamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 Novembre 2016.

rità nazionali del Paese elvetico non avevano, secondo il parere della Corte, tenuto adeguatamente in considerazione la possibilità che B. potesse essere sottoposto a ritorsioni e rappresaglie sulla base del suo orientamento sessuale da parte di attori non statali. Sulla base delle precedenti considerazioni, i giudici ritenevano che la deportazione di B. in Gambia senza una preventiva valutazione di queste possibili minacce avrebbe violato quanto previsto dall'art. 3 della Convenzione Europea sui Diritti Umani. La scongiurata deportazione in Gambia permetteva inoltre a B. di continuare a vivere nell'ambiente familiare che era per lui diventata la Svizzera.

5. *Principio di effettività della CEDU e doveri di protezione in capo allo Stato coinvolto*

Il pronunciamento della Corte in commento è particolarmente significativo sotto diversi aspetti. I giudici hanno infatti stabilito che le autorità nazionali dello Stato richiesto di esaminare una domanda di asilo sono tenute ad espletare specifici compiti. Sulla base di quanto già previsto anche dalla precedente giurisprudenza della Corte Edu (J. K. e altri contro Svezia, § 98)⁵, le autorità nazionali sono tenute a vigilare sulle effettive circostanze che accompagnano un possibile rimpatrio. In particolar modo, devono investigare che un individuo non rischi di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, così come vietato dall'art. 3 della CEDU, in caso di deportazione. Il dettato della Convenzione Europea sui Diritti Umani deve essere interpretato alla luce di un principio di effettività che ne garantisca la più efficace applicazione. Tutto ciò ha portato la Corte a sviluppare diversi strumenti interpretativi nel corso degli anni, di cui la cd. protezione *par ricochet* ne è l'esempio paradigmatico. Tale impostazione, sviluppata a partire dalla storica pronuncia Soering⁶, prevede che lo Stato parte della CEDU abbia l'obbligo di verificare che il Paese dove dovrebbe essere rinvio il ricorrente possa garantire a quest'ultimo l'effettiva applicazione dei diritti sanciti dalla Convenzione. La protezione *par ricochet* permette di ottenere una sorta di tutela indiretta per coloro che rischiano gravi violazioni di diritti umani se allontanati verso un determinato Paese, azionando le norme della CEDU, in particolare l'art.3. Questo strumento interpretativo non garantisce un diritto di asilo per le persone coinvolte, ma impedisce il loro trasferimento verso situazioni a ri-

⁵ Corte EDU, sentenza del 23 Agosto 2016, *J.K. e altri contro Svezia*, ric.n.59166/12.

⁶ Corte EDU, sentenza del 7 Luglio 1989, *Soering contro Regno Unito*, ric. n. 14038/88.

schio, sulla falsariga di quanto previsto dall'art.33 della Convenzione sullo statuto dei rifugiati⁷ in materia di divieto di espulsione e di rinvio al confine. La Corte Edu ha avuto modo di specificare ulteriormente nel corso degli anni le modalità di applicazione dell'art.3 CEDU, coinvolgendo anche violazioni "potenziali" (si veda a tal proposito il caso Cruz Varas⁸). I giudici di Strasburgo hanno infatti esteso l'ambito di tale articolo anche nei confronti di richiedenti asilo che, dopo essersi visti rifiutati la richiesta di protezione, lamentavano il rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti in caso di respingimento verso il proprio Paese di origine. La Corte ritiene rilevante quindi già il rischio che l'art. 3 possa essere violato, non volendo aspettare l'esito della situazione presa in esame.

6. *Diritto alla vita privata e familiare tra persone dello stesso sesso*

Pur non arrivando a un pronunciamento nel merito, la Corte ha avuto comunque modo di riflettere sull'applicazione del diritto alla vita privata e familiare per quanto riguarda una famiglia composta da persone omosessuali. Non sono stati infatti ravvisati ostacoli nel configurare l'applicazione di per sé dell'art. 8 della CEDU a un'unione omosessuale. Le circostanze del caso di specie, consistenti nella morte di C., hanno però impedito che i giudici si pronunciasse nel merito per sanzionare un'eventuale violazione del diritto alla vita familiare. La giurisprudenza della Corte ha già avuto modo di affrontare il tema del diritto alla vita familiare per persone omosessuali, spesso leggendo l'art. 8 in combinato disposto con l'art.14 della CEDU che vieta qualsiasi discriminazione, anche quelle basate sull'orientamento sessuale. Si può citare a tal proposito il caso Beizaras e Levickas⁹, dove la Corte evidenziava che un diffuso atteggiamento omofobico fosse causato anche dal mancato intervento dello Stato per creare un ambiente lontano da qualsivoglia discriminazione. In particolar modo, si criticavano le autorità nazionali per non essere tempestivamente intervenute a censurare commenti omofobici apparsi su Facebook. L'intento della Corte era quindi di garantire la tutela dei diritti fondamentali degli individui omosessuali anche nel mondo del

⁷ Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati, 28 Luglio 1951.

⁸ Corte EDU, sentenza del 20 Marzo 1991, *Cruz Varas e altri contro Svezia*, ric. n. 15576/89.

⁹ Corte EDU, sentenza del 14 Gennaio 2020, *Beizaras e Levickas contro Lituania*, ric. n.41288/15.

web. Ritorna perciò quanto espresso nel paragrafo precedente, ossia il dovere delle autorità statali di intervenire per far sì che vengano effettivamente tutelate le libertà sancite dalla CEDU. La mancata azione della Corte a tal riguardo solleva però alcune perplessità. Non viene infatti detto alcunché su un'eventuale ingerenza subita da B. nella dimensione della sua sfera privata. Manca una definizione normativa di tale concetto che può abbracciare diversi aspetti dell'identità fisica e sociale dell'individuo (S. e Marper c. Regno Unito, § 66)¹⁰. La nozione di "vita privata" non si limita alla dimensione intima del soggetto, ma comprende anche la sua capacità di instaurare rapporti sociali con altre persone. Viene quindi in rilievo un ampio numero di questioni, comprendente sia l'integrità fisica e psicologica del soggetto che la sua identità. Valutando il caso in commento, si può immaginare che costringere B. ad abbandonare la Svizzera avrebbe avuto un notevole impatto sulla sua vita privata. Avrebbe infatti comportato abbandonare un ambiente ormai a lui familiare, dove aveva passato diversi anni al fianco di C. Ritornare in Gambia lo avrebbe inoltre costretto a non poter vivere liberamente il suo orientamento sessuale, con importanti conseguenze sulla sua dimensione intima e psicologica. Non si può quindi escludere che un eventuale rimpatrio di B. in Africa avrebbe significato una violazione di quanto disposto dall'art. 8 della CEDU.

7. *Rischio di persecuzione legato all'omosessualità e diritto all'identità sessuale*

L'elemento caratterizzante del caso in questione è certamente il rischio del ricorrente di essere sottoposto a persecuzioni e ritorsioni per via del proprio orientamento sessuale che, come confermano i giudici basandosi anche sulla precedente giurisprudenza della Corte Edu (I.K. v. Svizzera, § 24)¹¹ è parte integrante dell'identità personale di ciascun individuo. A tal proposito, non può essere richiesto alle persone coinvolte di celare il proprio orientamento sessuale per evitare qualsivoglia tipo di ripercussione, come specificato anche da un apposito documento¹² redatto dalla Steering Committee per i

¹⁰ Corte EDU, sentenza del 4 Dicembre 2008, *S. e Marper contro Regno Unito*, ric. n. 30562/04 e 30566/04.

¹¹ Corte EDU, sentenza del 19 Dicembre 2017, *I.K. contro Svizzera*, ric. n. 21417/17.

¹² Steering Committee for Human Rights, Draft CDDH Report on the implementation of the Committee of Ministers' Recommendation CM/Rec(2010)5 on measures to combat discrimination grounds of sexual orientation or gender identity, CDDH(2019)24, 14 Giugno 2019.

Diritti Umani operante in seno al Consiglio d'Europa. Nonostante questa premessa, la Corte ha specificato che non basta la mera presenza di norme che criminalizzano l'omosessualità a dar luogo a una violazione di quanto previsto dall'art.3 della CEDU, se tali norme rimangono infatti inapplicate. Deve esserci perciò un fondato timore di persecuzione per le persone omosessuali, che può essere valutato solo tenendo conto delle circostanze concrete. Tali ritorsioni possono avere luogo sia su un piano fisico che psicologico, costringendo gli individui coinvolti a vivere in un costante stato di stress e ansia. La sentenza in esame ha evidenziato che possono essere anche attori non statali (*rogue actors*) a mettere in atto simili misure persecutorie. Spetta alle autorità nazionali dello Stato a cui viene richiesto asilo di indagare le circostanze del caso concreto, non limitandosi perciò a valutare i pericoli provenienti da entità nazionali, valutare la legittimità di una possibile deportazione dello straniero.

LA DECISIONE DEL COMITATO ONU DEI DIRITTI UMANI
NEL CASO *TEITIOTA C. NUOVA ZELANDA*.
DAL DIVIETO DI RESPINGIMENTO DEI MIGRANTI AMBIENTALI
VERSO IL RICONOSCIMENTO DELLA CATEGORIA
DEI RIFUGIATI AMBIENTALI?

Michela Castiglione*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti di causa. – 3. Le risultanze del Comitato ONU. – 4. Cambiamenti climatici e principio di non-refoulement: quali sviluppi futuri?

1. *Introduzione*

La decisione del Comitato ONU che ci apprestiamo ad analizzare potrebbe segnare un punto di svolta epocale in materia di diritto internazionale dei diritti umani. Può essere vista come un momento di ricognizione di istanze provenienti da varie aree del sapere e, allo stesso tempo, come punto di partenza per possibili sviluppi futuri.

Da un lato, il cambiamento climatico è visto dagli scienziati come la principale causa di fenomeni come siccità, innalzamento del livello del mare, desertificazione, cicloni e alluvioni. Secondo i dati dell'*Internal Displacement Monitoring Centre* (IDMC) nel 2018 questi disastri hanno rappresentato la principale causa di sfollamento interno di persone al mondo (17,2 milioni), più rilevante rispetto a guerre e conflitti (10,8 milioni di sfollati)¹. Seppur in assenza di dati ufficiali, è riconosciuto ampiamente che gli effetti del cambiamento climatico incidono anche sulla mobilità internazionale.

Dall'altro, agli addetti ai lavori non saranno di certo passati inosservati sia gli ultimi due pareri dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati² sia il contenuto del *Global Compact on Refugees*³ in cui si evidenzia la

* Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Pisa.

¹ INTERNAL MONITORING CENTER, *Global Report on Internal Displacement*, 2020.

² UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR), *Climate change, disaster and displacement in the Global Compacts: UNHCR's perspectives*, 2017, p. 2; UNHCR, *Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters*, 2020, p. 8.

necessità di garantire protezione alle persone che si trovano oltre i confini del proprio Stato in occasione e/o per l'effetto del cambiamento climatico e dei disastri *naturali*, attraverso l'impiego di meccanismi di protezione complementari regolati anche dagli ordinamenti domestici. Il parere dell'UNHCR, che affronta più in dettaglio la questione dell'inquadramento giuridico delle persone sfollate in tali contesti, si spingono oltre ritenendo che «*a person fleeing such circumstances may often qualify as a refugee under the 1951 Convention definition, in line with UNHCR's interpretative guidance*» e affermando che a prescindere dai sistemi regionali di protezione internazionale una persona che fugge da tali circostanze è comunque considerata un rifugiato secondo il mandato dell'UNHCR.

Infine, nel 2015 il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite aveva commissionato un ampio progetto di ricerca⁴, che ci ha restituito una encomiabile panoramica dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di collegamento tra disastri naturali e ambientali e obblighi positivi di tutela incombenti sugli Stati, resa dai vari Comitati e Corti deputati al controllo sull'attuazione dei rispettivi strumenti di diritto internazionale e regionali a presidio della tutela dei diritti umani.

Procedendo con ordine, ci si propone di analizzare se e in quale misura la decisione del Comitato ONU ha recepito queste istanze. Anche se la decisione in epigrafe non è giuridicamente vincolante, il Patto ONU sui diritti civili e politici e la giurisprudenza a cui fa riferimento lo sono e questo risulta particolarmente rilevante sotto vari profili.

2. *I fatti di causa*

Il caso trae origine dal Sig. Teitiota, cittadino della Repubblica del Kiribati, un atollo dell'Oceano Pacifico del Sud, che si era visto negato dalla Nuova Zelanda il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra e che pertanto era stato rimpatriato nel Paese di origine. Il ricorrente, reiterando le doglianze già esposte dinnanzi alle Corti neozee-

³ UNITED NATIONS, *Report of the United Nations High Commissioner for Refugees: Global Compact on Refugees*, A/73/12 (Part II), 2018, § 63.

⁴ UN OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), *Mapping Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment*, December 2013.

landesi⁵, adiva così il Comitato ONU ritenendo che il ritorno nel proprio Paese di origine lo avesse esposto, insieme alla sua famiglia, a un serio rischio per la vita in violazione dell'art. 6 del Patto ONU sui diritti civili e politici del '66 (di seguito, anche Patto ONU).

In particolare, il ricorrente evidenziava gli impatti diretti e mediati dell'innalzamento del livello del mare. Le più frequenti e regolari inondazioni (spesso tre o quattro volte al mese), distruggevano abitazioni e raccolti e provocavano una graduale erosione costiera e infiltrazioni saline, contaminando irrimediabilmente i pozzi di acqua dolce e rendendo il suolo povero e infertile. Oltre alla situazione di generale rischio, Teitiota lamentava una peculiare esposizione al rischio individuale dovuto alle proprie condizioni personali: originario dell'isola di Tarawa, (che si eleva a tre metri sopra il livello del mare), viveva con la famiglia in una costruzione tradizionale traendo i propri mezzi di sussistenza dalla pesca e dall'agricoltura e i tre figli presentavano seri problemi di salute dovuta alla scarsa qualità dell'acqua. La compromissione dell'accesso all'acqua potabile, delle condizioni di salute e del ricorso ai mezzi di sussistenza andavano così a depauperare il diritto umano alla vita e a condurre una vita in maniera dignitosa.

3. *Le risultanze del Comitato ONU*

Nella sua decisione, il Comitato ONU, per i motivi che ci apprestiamo ad analizzare, ritiene che la Nuova Zelanda, rimpatriando la famiglia Teitiota non abbia violato il diritto alla vita (così come interpretato dal nuovo commento generale n. 36 del 2018)⁶. Tuttavia, ha ritenuto astrattamente possibile che, in mancanza di robusti sforzi nazionali e internazionali, gli effetti del cambiamento climatico possano esporre gli individui alla violazione dei loro diritti ai sensi dell'art. 6 e 7 del Patto ONU (rispettivamente, diritto alla vita e divieto di trattamenti inumani o degradanti) e, di conseguenza, comportare il divieto di respingimento da parte dello Stato di rinvio⁷.

Per comprendere la portata innovativa di tale principio deve osservarsi

⁵ F. MALETTA, *Cambiamento climatico: il caso Teitiota c. Nuova Zelanda*, SIDIBlog, 23 marzo, 2020.

⁶ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, CCPR/C/GC/36, 2018.

⁷ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, sentenza del 7 gennaio 2020, *Ioane Teitiota v. New Zealand*, CCPR/C/127/D/2728/2016, § 9.11.

che per consolidata posizione del Comitato ONU, affinché vi fosse violazione del diritto umano alla vita ai sensi del Patto ONU era necessario provare che la minaccia fosse individuale, attuale o imminente. Con questa decisione, invece, la lesione del diritto umano alla vita viene per così dire «anticipata» e collocata nel momento in cui tale minaccia sia «*reasonably foreseeable*», cioè ragionevolmente prevedibile⁸. Inoltre, prosegue il Comitato, la circostanza che un intero Stato (il Kiribati) rischi di essere sommerso dall'innalzamento del livello del mare costituisce un rischio così estremo che le condizioni di vita possono diventare incompatibili col rispetto dell'art. 6 del Patto ONU, prima che tale evento sia imminente o che si realizzi⁹.

Difatti, osserva il Comitato, i danni legati al cambiamento climatico che originano movimenti transfrontalieri di persone possono dipendere sia da eventi improvvisi (tempeste e inondazioni) che da processi a lenta insorgenza (innalzamento del livello del mare, salinizzazione e degrado del territorio). Mentre i primi hanno un impatto immediato, per ore o giorni, gli effetti dei secondi possono avere un impatto graduale e compromettere i mezzi di sussistenza e le risorse per un periodo di mesi o anni.

La decisione, inoltre, vede il riconoscimento a livello internazionale del c.d. *integrated approach* nell'interpretazione dei diritti umani, in base al quale il depauperamento di diritti sociali come il diritto all'acqua e al cibo possono comportare la violazione di diritti di natura civile quale il diritto alla vita e il divieto di trattamenti inumani o degradanti. Infine, si assiste ad un ampliamento dell'ombrello protettivo del diritto alla vita che include, oltre alla minaccia di una lesione fisica o l'integrità mentale, anche il diritto degli individui a godere di una vita dignitosa e di essere liberi da atti o omissioni che causerebbero una morte innaturale o prematura.

Il divieto di respingimento di una persona verso un luogo dove vi sono fondati motivi per credere che vi sia un rischio reale di danno irreparabile al diritto umano alla vita e al divieto di trattamenti inumani o degradanti è un principio di diritto internazionale ben consolidato. La vera portata innovativa di questa decisione risiede nel riconoscimento di un collegamento tra disastri naturali e ambientali dovuti anche ai cambiamenti climatici e obblighi incombenti sugli Stati circa il rispetto dei diritti umani e, in particolare per quanto concerne l'oggetto del caso, il diritto alla vita.

Il Comitato ONU, richiamando il par. 6 del nuovo commento generale n. 36(2018), chiarisce che «*deprivation of life involves a deliberate or otherwise*

⁸ *Ibid.*, § 9.4.

⁹ *Ibid.*, § 9.11.

foreseeable and preventable life-terminating harm or injury, caused by an act or omission». La rilevanza della condotta omissiva segna il riconoscimento a livello internazionale della teoria degli obblighi positivi - già emersa in ambito della giustizia regionale¹⁰ secondo cui, in chiave evolutiva, il contenuto normativo del diritto umano alla vita richiede agli Stati non solo l'obbligo negativo di astenersi dal creare un danno o una lesione intenzionale alla vita ma anche l'obbligo positivo di tutelare le «*reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life*»¹¹.

Concentrandosi qui sulla evoluzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti umani, la stessa aveva già riconosciuto la violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU) in occasione di eventi ambientali di origine antropica o naturale (inclusi disastri improvvisi come un terremoto o un'inondazione) qualora, a seguito di un'opera di bilanciamento degli interessi, lo Stato non sia in grado di dimostrare di aver adottato le misure atte a salvaguardare le vite di coloro che erano sottoposte alla sua giurisdizione o non abbia adottato misure volte a ridurre al minimo gli effetti e i rischi di un inaspettato e violento fenomeno naturale. La Corte EDU chiarisce che, nell'attribuire o meno la responsabilità ad uno Stato per la violazione del diritto alla vita, non può chiedersi allo stesso un onere sproporzionato e impossibile ma è necessario prendere in considerazione un certo margine di apprezzamento nella scelta delle priorità (in base alle risorse disponibili) di ciascun Stato. In particolar modo, il giudizio sulla conformità della condotta statale all'obbligo positivo può dipendere da tre elementi: l'origine della minaccia, la chiara imminenza del rischio e la misura in cui questo poteva essere limitato, soprattutto nei casi di calamità che si abbattano sovente su una data area. È quindi richiesto a ciascun Stato parte l'obbligo primario di porre in essere un quadro legislativo e amministrativo volto a fornire appropriate deterrenze contro le minacce al diritto alla vita come l'obbligo di adottare pianificazioni territoriali e urbanistiche laddove necessario, l'obbligo di realizzare valutazioni di rischio ambientale, la creazione di regole obbligatorie per tutti quelli che sono implicati in attività rischiose volte a controllare la concessione delle licenze, la messa in opera, la sicurezza e la supervisione delle attività rischiose. Inoltre, la piena conformità ai precetti imposti dall'art. 2 CEDU impone allo Stato l'obbligo di informare le persone interessate di ogni emergenza possibile e dei potenziali rischi ambientali derivanti da fenomeni o attività umane o naturali che potrebbero influenzare il diritto alla vita¹².

¹⁰ *Ibid.*, § 9.5.

¹¹ *Ibid.*, § 9.4.

¹² Corte Edu, sentenza del 17 novembre 2015, *M. Özel e altri c. Turchia*, ric. n. 14350/05,

La decisione del Comitato ONU si inserisce nel solco di queste pronunce e al contempo sembra ampliare la portata di tali obblighi. Infatti, il Comitato stabilisce il principio di diritto internazionale secondo cui non solo il «rischio imminente» (come emerge da questa raccolta della giurisprudenza della Corte Edu) ma anche la «ragionevole prevedibilità» di un evento naturale che possa minacciare il diritto alla vita o il godimento della stessa in maniera dignitosa, associata all'incapacità dello Stato di appartenenza di adempiere agli obblighi positivi di tutela, genera, in capo agli Stati terzi, l'obbligo negativo di non respingimento verso il Paese in questione.

4. *Cambiamenti climatici e principio di non-refoulement: quali sviluppi futuri?*

Muovendosi dal lato giurisprudenziale a quello legislativo è interessante analizzare in che maniera questa pietra miliare può riverberare i suoi effetti negli ordinamenti domestici.

Deve ridimensionarsi, *forse*, il troppo ottimismo di coloro che hanno visto (o sperano di vedere) in questo precedente la possibilità per il riconoscimento della categoria (non giuridica) dei rifugiati ambientali: il Comitato Onu rende la sua decisione in un'ottica di diritto internazionale dei diritti umani e in alcun modo entra nel merito dei criteri per la qualifica di rifugiato secondo il diritto internazionale.

Se di primo acchito questa precisazione sembra sfavorevole, ecco che quel che esce dalla porta sembra poter rientrare dalla finestra. Difatti, da un punto di vista *ratione personae*, questa pronuncia ha un potenziale raggio protettivo più ampio¹³.

Il divieto di *refoulement* contenuto all'art. 32(1) della Convenzione internazionale sui rifugiati si applica solo nel caso in cui vi sia il rischio alla lesione del diritto alla vita e alla libertà personale per ragioni connesse a uno dei cinque motivi convenzionali (razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale, opinione politica). Diversamente, il principio di

15245/05 and 16051/05, §§ 170-173; Corte Edu, sentenza del 28 febbraio 2012, *Kolyadenko e altri c. Russia*, ric. n. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, § 151; Corte Edu, sentenza del 20 marzo 2008, *Budayeva e altri c. Russia*, ric. n. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, §§ 129 e 132; Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*, ric. n. 48939/99, §§ 89-90.

¹³ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC), *General comment no. 36, Article 6 (Right to Life)*, 3 September 2019, CCPR/C/GC/35, §31.

non refoulement contenuto nel Patto ONU prevede un divieto completo di respingimento verso Stati dove ogni individuo (non necessariamente un rifugiato come prevede la Convenzione sullo *status* dei rifugiati) rischi la violazione degli artt. 6 e 7 del Patto ONU (§9.3). Inoltre, mentre la Convenzione internazionale sui rifugiati all'art. 32(2) prevede delle deroghe al divieto di *refoulement*, la tutela al diritto alla vita e al divieto di trattamenti inumani o degradanti contenuti nel Patto non conoscono eccezioni.

Tuttavia, in via incidentale, come dichiarato anche dal membro del Comitato ONU Yuval Shany questo precedente «sets forth new standards that could facilitate the success of future climate change-related asylum claims»¹⁴.

Il relatore non dà ulteriori indicazioni ma potrebbe riferirsi al fatto che il raggio di inclusione del concetto di persecuzione in base al cd. *Human rights based approach* è influenzato dalla interpretazione evolutiva dei trattati sui diritti umani¹⁵, in questo caso da quella del Comitato che rende il Patto ONU un vero e proprio *living instrument*¹⁶.

Ad oggi, per la qualifica di rifugiato secondo il diritto internazionale, in estrema sintesi, vige il paradigma dell'*inflizione deliberata* di una violazione di diritto umano per ragioni connesse a uno dei cinque motivi convenzionali associata all'impossibilità di avvalersi della protezione di tale Stato (enfasi aggiunta). Tuttavia, in casi eccezionali, qualora, durante lo scrutinio di una domanda di protezione internazionale, si arrivasse ad accertare che l'individuo è fuggito oltre i confini del proprio Stato a causa di un determinato effetto ambientale (siccità) che è il risultato, non di una condizione generale (come nel caso al vaglio del Comitato), ma di una cosciente azione od omissione umana (quale ad esempio le pratiche di *land and water grabbing*), senza pregiudizio degli altri criteri necessari alla qualifica di rifugiato, si potrebbe giungere al riconoscimento della protezione massima¹⁷.

Nonostante questo storico riconoscimento, il Comitato ritiene che il ricorrente non abbia fornito informazioni sufficienti a indicare che

¹⁴ OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), *Historic UN Human Rights case opens door to climate change asylum claims*, Display News, Geneva, 21 January 2020.

¹⁵ J. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, 2014, II ed., pp. 200-202.

¹⁶ S. JOSEPH, J. SCHULTZ, M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford, 2000, p. 19.

¹⁷ A. ZIMMERMANN, J. DORSCHNER, F. MACHTS, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol. A commentary*, New York, 2011, § 565.

l'approvvigionamento di acqua dolce fosse inaccessibile, insufficiente o pericoloso né che l'interessato sarebbe stato esposto, insieme alla famiglia, a una situazione di indigenza, privazione di cibo ed estrema precarietà in modo da produrre una minaccia ragionevolmente prevedibile di un rischio reale che compromettesse il diritto a godere di una vita dignitosa. Allo stesso tempo il Comitato ritiene sufficienti le misure poste in essere dal Governo di Kiribati per affrontare gli effetti dei cambiamenti climatici (assolvendo così agli obblighi positivi di tutela). Inoltre, si osserva che il periodo di tempo compreso tra 10 e 15 anni potrebbe consentire alla Repubblica di Kiribati, con l'assistenza della comunità internazionale, di adottare misure efficaci per proteggere e, se necessario, ricollocare altrove la popolazione¹⁸.

Le conclusioni del Comitato ONU sembrano sollevare alcune criticità che la relatrice Vasilka Sancin e il relatore Duncan Laki Muhumuza hanno ben esposto nelle loro opinioni dissenzienti. Il relatore Duncan laki Muhumuza, in particolare, evidenzia un «*unreasonable burden of proof*» in capo al ricorrente e una «*too high and unreasonable threshold*»¹⁹ richieste dal Comitato ONU.

Per comprendere tale ragionamento è necessario considerare che il Patto ONU, come, in generale, gli altri strumenti internazionali a presidio della tutela dei diritti umani, è stato storicamente creato per proteggere gli individui dalla violazione di diritti in contesti di *man-made disasters* (violenze individuali, conflitti, disordini pubblici, torture etc.) mentre, nella tradizione giuridica internazionale, era (fino a poco tempo fa) del tutto nuovo pensare di imputare allo Stato di appartenenza la responsabilità per la violazione dei diritti umani a seguito di eventi naturali o ambientali (indotti anche dal cambiamento climatico).

Ciò è ben espresso dalla lettura congiunta della decisione in commento con la sentenza della Corte EDU resa in *Sufi and Elmi*²⁰ con cui si chiarisce che la soglia di gravità della lesione richiesta per creare un rischio reale di un danno irreparabile ai sensi degli artt. 6 e 7 del Patto ONU deve essere estremamente alta in quanto in questi casi il pregiudizio futuro ipotizzato non proverrebbe da atti o omissioni intenzionali ma da una condizione generale (nel caso di specie il cambiamento climatico)²¹. Tuttavia, se gli effetti o il ve-

¹⁸ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Ioane Teitiota v. New Zealand*, § 9.12.

¹⁹ *Ibid*, Annex 2, § 3.

²⁰ Corte Edu, sentenza del 28 giugno 2011, *Sufi and Elmi c. Regno Unito*, ric. n. 8319,11449/07, § 282

²¹ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Ioane Teitiota v. New Zealand*, § 9.7.

rificarsi di un disastro naturale o di un fenomeno di degradazione ambientale dipendessero in maniera preponderante da un comportamento (volontario o negligente) dello Stato, allora si dovrebbe applicare una soglia livello (*threshold*) meno stringente.

Le eccezioni sollevate dalla relatrice Vasilka Sancin, invece, pongono attenzione sul tema dell'onere probatorio circa la conformità agli obblighi positivi di tutela; dovrebbe spettare allo Stato parte e non al ricorrente dimostrare che lo stesso e la sua famiglia godrebbero effettivamente dell'accesso all'acqua sicura e potabile²², considerando soprattutto che l'individuo e lo Stato parte non hanno sempre pari accesso alle prove²³.

Per concludere questa breve analisi, la sorte di uno straniero che invoca il diritto a non essere respinto sembra dipendere anche dallo strumento internazionale invocato. I Comitati e le Corti deputati al controllo sull'applicabilità dei rispettivi trattati sui diritti umani adottano *standards* probatori differenti²⁴. Ad esempio, la Corte EDU sembra aver mostrato una maggior sensibilità sul tema, ritenendo che una rigida applicazione del principio *affirmanti incumbit probatio* potrebbe condurre a una sorta di *probatio diabolica*²⁵, soprattutto per un richiedente asilo che, data la speciale situazione in cui si trova, potrebbe trovarsi nella difficoltà se non nella impossibilità di fornire prove soprattutto se queste devono essere ottenute dallo Stato da cui è fuggito.

²² Ibid, *Annex 1*, § 5.

²³ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, sentenza del 20 settembre 2019, *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), § 7.2.

²⁴ A. DUFFY, *Expulsion to Face Torture? Non-Refoulement in International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 20, n. 3/2008, p. 380.

²⁵ Corte Edu, sentenza del 27 gennaio, 2005 *Mawajedi Shikpobkt e Mabkamat Shole c. Paesi Bassi*, ric. n. 39349/03, p. 9.

IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEGLI STRANIERI: ANALISI STATISTICA DEL FENOMENO

Lorenzo Bernardini*

SOMMARIO: 1. Premessa sull'istituto e metodologia. – 1.1. Le fonti istituzionali – 1.2. I report delle associazioni interessate. – 2. Analisi dei dati a disposizione: capacità delle strutture ed efficacia del trattenimento. – 2.1. La capacità dei centri. – 2.2. La funzione dei Centri: quanti espulsi dopo la detenzione? – 3. Rilievi conclusivi.

1. *Premessa sull'istituto e metodologia*

Il fenomeno della “detenzione amministrativa” dei migranti ha rivestito – soprattutto negli ultimi anni – importanza sempre maggiore del dibattito politico, principalmente a causa del progressivo evolversi (ed aggravarsi) della c.d. “crisi europea dei migranti”, che ha imposto agli Stati maggiormente esposti alle massicce ondate migratorie a ricercare soluzioni efficaci di *governance* dei confini.

Nel nostro ordinamento, la normativa in tema di restrizione della libertà personale dei migranti solleva numerose problematiche – tanto che la dottrina si è spinta a definirla polemicamente «mostro a tre teste»¹ –, che possono riassumersi nei seguenti punti.

a) Preliminarmente, si è concordi nel ritenere che trattasi di misura di detenzione estranea al diritto penale, giacché viene disposta senza che vi sia l'accertamento di una *notitia criminis*, pur configurandosi come una pesante limitazione della libertà personale (di fatto equiparabile alla detenzione in struttura carceraria). Si tratta, dunque, di una misura di carattere amministrativo.

* Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Urbino.

¹ Così come riporta P. DONADIO, *Il lato oscuro della detenzione amministrativa*, in *Scuola Irnerio – Sindacato Avvocati di Bari*, 13 giugno 2017. L'A. fa riferimento all'incrocio, nell'istituto, del diritto *civile* (il Giudice di Pace che convalida opera in sede *civile*), *amministrativo* (il Questore che dispone per primo il provvedimento) e *penale* (la restrizione della libertà personale).

b) La disciplina dei *requisiti* appare irrispettosa del principio di tassatività: per *ogni* migrante che giunge sul territorio sarebbe necessario disporre la sua detenzione all'interno dei centri (emblematico il caso del c.d. «rischio di fuga» previsto dall'art. 13, comma 4-*bis* T.U.I. richiamato dall'art. 14, comma 1 T.U.I., quale condizione legittimante il trattenimento).

c) Nel T.U.I. non compare la parola “detenzione” bensì la più neutra definizione di “trattenimento”, scelta terminologica che però non basta ad aggirare i problemi di costituzionalità connessi alla limitazione della libertà personale in assenza di reato. Non solo: anche i *luoghi* di detenzione vengono variamente definiti negli anni: “Centro di Permanenza Temporanea e Assistenza”, “Centro di Identificazione e di Espulsione”, “Centro di Permanenza e Rimpatrio”, pur restando nella sostanza delle strutture para-carcerarie.

d) Si rileva, poi, il contrasto con le previsioni dell'art. 13 Cost.: è l'autorità amministrativa – e non un magistrato – ad irrogare tale misura, di cui viene prevista una convalida *successiva* da parte del Giudice di Pace, che è pressoché totalmente basata, come è facile immaginare, sulle risultanze dell'attività di polizia sino a quel momento espletate.

e) Vi sono criticità anche in tema di *riserva di giurisdizione*, con riguardo alla circostanza che sia il Giudice di Pace (giudice onorario) l'organo deputato a convalidare la detenzione del migrante all'interno dei centri.

f) Il CPR era l'unica struttura deputata ufficialmente al trattenimento fino al 2018, quando con il D.L. 4 ottobre 2018 n. 113 (c.d. “decreto Salvini”) si è introdotta un'ipotesi di detenzione dei richiedenti asilo nei punti di crisi (*hotspots*) per le esigenze di accertamento dell'identità e della cittadinanza. Questi ultimi – previsti a livello europeo e già in funzione *de facto* sin dal 2015 – sono localizzati in quelle zone dove gli ingressi assumono una portata straordinaria, ed in cui operano in sinergia autorità nazionali ed Agenzie europee per il fotosegnalamento e la separazione tra migranti economici e richiedenti asilo.

Le richiamate criticità imporrebbero una rivisitazione dell'istituto, anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza CEDU², per verificare il rispetto dei diritti fondamentali da parte di una normativa che presenta molte ombre e poche luci.

L'obiettivo di questo *post* è, però, un altro: ricavare dai dati disponibili indicazioni circa l'effettività dell'istituto. Per analizzare la portata del fenomeno bisogna ricorrere a diverse fonti, sia istituzionali sia provenienti dalle associazioni che si occupano della detenzione degli stranieri.

² V., *inter alia*, Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaiifa e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12.

1.1. *Le fonti istituzionali*

Nel 2013, la situazione di “permanente emergenza” migratoria si era aggravata a tal punto che il Senato decideva di istituire nuovamente una Commissione Parlamentare *ad hoc* (Commissione Straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani), con lo scopo (tra gli altri) di esaminare puntualmente lo stato dell’arte in tema di restrizione della libertà personale dei migranti, in particolare raccogliendo quante più possibili informazioni relative alle strutture e al numero di occupanti, così ponendo le basi per avere – dopo anni di oggettiva inesistenza di statistiche del genere – un *report* che informi (anche) il cittadino sulla situazione presente del sistema di detenzione e rimpatrio degli stranieri presenti sul territorio italiano. Il poderoso lavoro della Commissione – che ha esaminato decine di *report* di istituzioni europee ed internazionali nonché le relazioni delle numerose associazioni impegnate nel campo dei diritti dei migranti – ha prodotto una relazione³, aggiornata al dicembre 2017, che costituisce ad oggi la più completa fonte “istituzionale” di dati relativi al fenomeno. Con l’avvio della XVIII legislatura e la contestuale formazione del “Governo Conte I” – la cui maggioranza parlamentare era composta, come è noto, dal Movimento 5 Stelle e dalla Lega – la Commissione non ha più pubblicato il suo consueto *report* annuale.

Degna di nota è anche la relazione 2019 al Parlamento del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà, in cui si dà conto delle recenti riforme in tema di detenzione amministrativa e si opera un’attenta analisi dei *locali* ove gli stranieri vengono trattenuti (in particolare: CPR, *Hotspot*), stigmatizzando il mancato rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri⁴. Tale relazione deve essere letta in combinato disposto con la raccolta di raccomandazioni elaborata dallo stesso Garante – intitolata *Norme e normalità*⁵ – proprio in tema di detenzione amministrativa degli stranieri, contenente altresì alcune risultanze statistiche sul fenomeno.

³ COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI, *Rapporto sui centri di permanenza per il rimpatrio in Italia*, Senato della Repubblica, XVII legislatura, agg. dicembre 2017.

⁴ GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Relazione al Parlamento 2019*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, marzo 2019. Nelle more della pubblicazione del presente contributo, è stata elaborata anche la relazione per l’anno 2020 (ID., *Relazione al Parlamento 2020*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, giugno 2020), di cui si darà conto per l’aggiornamento dei pertinenti dati.

⁵ GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Norme e normalità. Standard per la privazione della libertà delle persone migranti*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, marzo 2019.

Infine, è importante tenere in debita considerazione il *report* del Ministero dell'Interno sugli *hotspot*, aggiornato al 2017 (ultima versione disponibile), con informazioni importanti sulle procedure da seguire al loro interno per l'identificazione dei migranti e la capienza degli stessi⁶.

1.2. I report delle associazioni interessate

Molto rilevanti risultano anche i rapporti di alcune associazioni che da anni sono impegnate nella tutela dei diritti dei migranti. In particolare, pare opportuno richiamare:

a) il rapporto dell'associazione *Antigone* "Colpevoli di Viaggio" del maggio 2017 – ultimo documento dell'associazione sul tema – che delinea le problematiche concernenti l'efficacia del sistema di detenzione dei migranti, in particolar modo a proposito del numero di stranieri effettivamente poi rimpatriati a seguito di trattenimento nei CPR⁷.

b) i dati provenienti da *OpenMigration*⁸, citati in diversi articoli pubblicati sul sito internet dell'associazione, con cui si dà conto in particolare della condizione degli *hotspots* e del confronto tra CPR e i sopradetti "punti di crisi" (si tratta di due contributi del luglio 2018⁹ e del giugno 2016¹⁰);

c) il rapporto sugli *hotspot* di *Amnesty International*, del 2016, ultimo disponibile sul tema¹¹.

⁶ MINISTERO DELL'INTERNO, *Procedure Operative Standard (SOP) - STANDARD OPERATING PROCEDURES (SOP) applicabili agli Hotspots italiani*, in www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it, agg. dicembre 2017.

⁷ C. LOPEZ CURZI, *Colpevoli di viaggio. Breve cronistoria di un fallimento lungo vent'anni*, in www.antigone.it, maggio 2017.

⁸ Si tratta di un progetto afferente alla CILD (Coalizione Italiana Libertà e Diritti civili) sul fenomeno delle migrazioni (www.openmigration.org), che intende produrre «informazione di qualità sul fenomeno delle migrazioni e dei rifugiati, per colmare le lacune nell'opinione pubblica e nei media».

⁹ A. OLEANDRI, *Migranti: cresce l'utilizzo della privazione delle libertà*, in www.openmigration.it, 5 luglio 2018.

¹⁰ C. LOPEZ CURZI, *La detenzione amministrativa dei migranti in Europa e il pericolo di un doppio standard di protezione delle libertà personali*, in www.openmigration.it, 8 giugno 2016.

¹¹ AA.VV., *Hotspot Italia. Come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, in www.amnesty.org, 2016.

2. *Analisi dei dati a disposizione: capacità delle strutture ed efficacia del trattamento*

I dati di seguito riportati derivano in gran parte – qualora non diversamente indicato – dalla ultima *Relazione* elaborata dalla Commissione straordinaria del Senato (aggiornata al dicembre 2017) e dalle *Relazioni* al Parlamento 2018 e 2019 del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà.

2.1. *La capacità dei centri e degli hotspots*

In Italia esistono attualmente sette Centri di Permanenza e Rimpatrio, la cui capienza totale ammonta a 1.126 posti, disponibili in via teorica e così distribuiti:

- Il centro di Bari con una disponibilità massima di 54 posti;
- Il centro di Brindisi con una disponibilità massima di 48 posti;
- Il centro di Caltanissetta Pian del Lago con una disponibilità massima di 72 posti;
- Il centro di Palazzo San Gervasio (Potenza), con una disponibilità massima di 350 posti, riaperto nel 2019 dopo una serie di problematiche legate alla fatiscenza della struttura;
- Il centro di Trapani-Milo, istituito nell’ottobre 2018, con una disponibilità massima di 205 posti;
- Il centro di Ponte Galleria (Roma), tornato pienamente operativo nell’aprile 2019¹², ha una disponibilità massima di 250 posti;
- Il centro di Torino con una disponibilità massima di 147 posti.

<i>Luogo</i>	<i>Capienza effettiva (2019)</i>	<i>Stranieri transitati (2018)</i>	<i>Permanenza media (2018)</i>
BARI	54	868	≈ 39 giorni
BRINDISI	48	231	≈ 56 giorni
CALTANISSETTA	72	33	≈ 7 giorni
PAL. S. GERVASIO	350	613	≈ 43 giorni
TRAPANI-MILO	205	479	≈ 12 giorni

¹² V. il comunicato del MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, *Ponte Galleria, completato l'intervento di riqualificazione edilizia*, in www.mit.gov.it, 9 aprile 2019.

PONTE GALLERIA	250	631	≈ 31 giorni
TORINO	147	1147	≈ 42 giorni
TOTALE	1.126	4.002	
Fonte: <i>Relazione 2019 al Parlamento</i> – Garante nazionale			

Sin dal 2015, inoltre, l'architettura di gestione dell'immigrazione del Ministero si è arricchita con l'istituzione di cinque hotspots per un totale di 1.850 posti disponibili (a cui deve aggiungersi, per analogia, una struttura denominata “*hub*”, che viene equiparata ad un *hotspot* per via delle sue caratteristiche peculiari), così collocati sul territorio nazionale:

- L'**hotspot di Lampedusa** con una disponibilità massima di 500 posti;
- L'**hotspot di Messina**, con una disponibilità massima di 250 posti;
- L'**hotspot di Taranto** con una disponibilità massima di 400 posti;
- L'**hotspot di Pozzallo** con una disponibilità massima di 300 posti;
- L'**hotspot di Trapani** con una disponibilità massima di 400 posti;
- L'**hub di Siculiana (AG)** “*Villa Sikaniania*” con una disponibilità massima di 278 posti.

A dicembre 2018 – come risulta dalla *Relazione 2019 al Parlamento del Garante* – risultavano transitate quasi 14.000 persone attraverso gli *hotspot* distribuiti sul territorio, con una permanenza media di 4 giorni a persona.

Nella medesima relazione, il *Garante* ha tracciato un quadro del fenomeno negli ultimi anni: all'interno degli *hotspots* sarebbero transitati, nel 2016, circa 65.000 migranti; nel 2017 sarebbero transitati circa 40.000 stranieri in attesa di espulsione; nel 2018, come già riportato, sono “solo” 14.000 ca. gli ingressi segnalati all'interno degli *hotspots*, con una tendenza in forte diminuzione¹³. A questo proposito, va sottolineato che il medesimo *Garante* – nella sua *Relazione 2020 al Parlamento* – ha riportato la cifra di 8.000 ingressi ca. negli *hotspots* italiani per l'anno 2019¹⁴, confermando il *trend* discendente.

2.2. La funzione dei Centri: quanti espulsi dopo la detenzione?

Il *report* del Garante non indica quanti stranieri siano poi stati effettivamente rimpatriati a seguito della detenzione nei (soli) Centri. Tuttavia, soc-

¹³ Per un'analisi di questi dati v. A. OLEANDRI, *Migranti: cresce l'utilizzo della privazione delle libertà*, cit.

¹⁴ GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Relazione al Parlamento 2020*, cit., p. 203 s.

corrono il rapporto dell'Associazione *Antigone* e un parere del *Garante* presentato in data 15 ottobre 2018, presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato¹⁵.

Anno	% di rimpatriati (<i>Garante</i>)	% di rimpatriati (<i>Antigone</i>)	Termine massimo di detenzione
2011	50%	—	6 mesi → 18 mesi
2012	50,6%	—	18 mesi
2013	50%	52%	18 mesi
2014	55%	55%	18 mesi / 90 giorni
2015	52%	52%	90 giorni
2016	44%	44%	90 giorni
2017	59%	—	90 giorni
2018	43%	—	90 giorni → 180 giorni

Riassuntivamente, il *Garante* ha osservato che «nel 2018 sono passate nei CPR 4.092 persone, ma (...) a essere stati effettivamente rimpatriati sono stati in 1768, poco più del 43%. Una cifra davvero bassa se si pensa ai *costi in termini economici*, ma soprattutto *umani* delle persone ristrette»¹⁶.

Un'analisi attenta di questi dati (che confermano la evidente inefficacia del sistema di detenzione a fini di rimpatrio) porta a interrogarsi anche sulla *durata massima della detenzione all'interno dei Centri*, tema al centro del dibattito pubblico (tanto che, da ultimo, il D.L. n. 133 del 2018 c.d. "Decreto Salvini" ha aumentato nuovamente il termine massimo per la detenzione all'interno dei C.P.R./*hotspot* fino a 180 giorni). A tal proposito, rileva giustamente il *Garante* che «l'efficacia del sistema di trattenimento non [è] direttamente correlata all'estensione dei termini massimi di permanenza nei Centri, ma segu[e] un andamento proprio. Molto, ovviamente, dipende dal livello di cooperazione offerto da ciascun Paese di provenienza dei cittadini stranieri»¹⁷.

Invero, la tendenza di stranieri rimpatriati a seguito della restrizione nei Centri e negli *hotspot* segue – ormai da un decennio – una linea complessivamente decrescente, indipendentemente dalla durata massima del tratteni-

¹⁵ ID., *Parere del Garante per i detenuti reso avanti la Commissione Affari Costituzionali del Senato*, in *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*, 15 ottobre 2018.

¹⁶ ID., *Relazione al Parlamento 2019*, cit., p. 213.

¹⁷ ID., *Parere del Garante per i detenuti reso avanti la Commissione Affari Costituzionali del Senato*, cit., p. 7.

mento, variamente modulata a seconda del Governo in carica. Tale circostanza, a nostro parere, avrebbe dovuto indurre il legislatore ad operare una profonda rivisitazione dell'istituto – divenuto ormai inadeguato allo scopo per il quale era stato congegnato –, tentando di elaborare nuove prospettive di gestione degli arrivi che non implicino *ex se* l'utilizzo della restrizione della libertà personale dei migranti (che dovrebbe costituire, come si è detto, l'*extrema ratio* da utilizzare qualora, a parità di contesto, diverse soluzioni non fossero pienamente adeguate).

3. *Rilievi conclusivi*

Alla luce dei dati commentati, la volontà del legislatore di scommettere nuovamente – con il D.L. 133/2018 – sul trattenimento degli stranieri come metodo di *governance* dei confini, pur condizionata dalla «tirannia di Schengen»¹⁸ sulle scelte nazionali, può lasciare perplessi. Si tratta di un sistema che non raggiunge risultati soddisfacenti in termini di efficienza, pur imponendo un rilevante sacrificio ai diritti fondamentali degli stranieri che subiscono questa peculiare misura. Anche per questo, le frizioni con i principi costituzionali e sovranazionali, denunciate sia dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che dalla dottrina unanime, non paiono facilmente superabili.

Come evidenziato dal Garante, il “peccato originale” di questo sistema di trattenimento (tuttora impiegato, lo si ricorda, dalla stragrande maggioranza dei paesi UE) consiste nella sua intrinseca *inefficacia*: la rapida ed effettiva espulsione degli stranieri “irregolari” presenti sul nostro territorio – scopo “naturale” della detenzione funzionale al rimpatrio – non è quasi mai lo *step* successivo alla detenzione nei Centri o negli *hotspot*. Le principali ragioni di tale “fallimento annunciato” si rinvergono nell'assenza di accordi diplomatici con i Paesi d'origine (c.d. “accordi di riammissione”) e nell'inadeguatezza delle strutture deputate al contenimento dei migranti, spesso inagibili o comunque fatiscenti.

Una rivisitazione costituzionalmente orientata dell'art. 14 T.U.I. è attività necessaria (anzi, imprescindibile) *ma non ancora sufficiente* a conferire piena operatività ad un sistema divenuto nel tempo farraginoso, degradante per chi lo subisce ed estremamente inefficace. I miglioramenti ulteriori che qui si propongono sinteticamente coinvolgono, per così dire, più “fronti”:

¹⁸ L'efficace espressione è di M. SAVINO, *Oltre i decreti sicurezza: la “tirannia di Schengen” sulla politica dell'Italia in materia di immigrazione e asilo*, in *ADiM Blog*, ottobre 2019.

un'intensificazione dell'azione diplomatica con i vari Paesi di provenienza degli stranieri, l'adozione di strumenti di *soft law* in sede europea che implementino la "leale collaborazione" tra i vari Stati, una serie di investimenti pubblici per ridisegnare la rete di strutture di detenzione del migrante nel rispetto delle disposizioni costituzionali e sovranazionali, la discussione delle norme dell'Unione europea – prima fra tutte il Regolamento UE 604/2013 sul c.d. sistema Dublino – in tema di redistribuzione degli stranieri che giungono sul territorio europeo.

DETTENZIONE AMMINISTRATIVA E CUSTODIA CAUTELARE
IN CARCERE: INTERSEZIONI, SOMIGLIANZE,
INACCETTABILI DIFFERENZE

Elena Valentini*

In linea con la vocazione multidisciplinare di questo volume, il mio intervento vuole portare il punto di vista del processualpenalista sulla detenzione amministrativa: un istituto che formalmente nulla ha a che fare con la procedura penale, ma che, tuttavia, incidendo in modo assai severo sulla libertà personale del singolo, dovrebbe essere regolato nel rispetto dei medesimi principi sovraordinati riferibili alle forme di coercizione proprie del sistema penale.

Parto subito da una premessa: posto di fronte alla disciplina del trattenimento, il cultore della procedura penale rimane spiazzato. Il suo pensiero corre infatti – in modo istintivo – alla ben diversa regolamentazione della custodia cautelare in carcere; l’analogia di contenuti afflittivi, la similmente intensa compressione della libertà personale rendono l’accostamento fra i due istituti tanto immediato quanto inevitabile.

Anticipando subito la conclusione (peraltro condivisa dai più), la fotografia che ne esce è sconcertante, perché sintomatica della ben minore attenzione riservata alla libertà personale del non cittadino, già sul piano normativo ritenuta meno preziosa di quella del cittadino (o, paradossalmente, dello stesso non cittadino, ove questi rivesta il ruolo di imputato in un processo penale).

La comparazione può rivelarsi particolarmente utile ove si consideri che lo scopo (quantomeno quello dichiarato) del trattenimento è – semplificando all’estremo – quello di evitare la dispersione dello straniero sul territorio nazionale ed europeo nella prospettiva del suo rimpatrio (già deciso o ancora soltanto eventuale): come noto, una delle funzioni codificate della custodia cautelare (come pure, più in generale, di tutte le misure cautelari) sta nella necessità di fronteggiare il rischio di fuga.

Tale vicinanza di scopi è testimoniata dalle interferenze che hanno segnato la storia normativa dei due istituti. I punti di contatto risalgono a un pe-

* Professoressa associata di Diritto processuale penale, Università di Bologna.

riodo anteriore all'ingresso della detenzione amministrativa nel nostro sistema (nel 1998). Negli anni '90, la funzione che sarebbe poi stata affidata al trattenimento "in uscita" era infatti stata assegnata dapprima alle misure di prevenzione (attraverso l'ipotesi di sorveglianza speciale introdotta dalla legge n. 39 del 1990, e destinata a operare ove l'accompagnamento coattivo alla frontiera non potesse essere eseguito in modo immediato) e, in seguito, alle misure cautelari personali: illuminante, in proposito, l'innesto (dovuto all'art. 8, comma 2, d.l. 14 giugno 1993, n. 187, conv. con l. 12 agosto 1993, n. 296) dell'art. 7 *bis* in seno alla medesima "legge Martelli", che, criminalizzando lo straniero non collaborante al proprio rimpatrio, consentiva di arrestare e applicare le misure cautelari – e tra queste *in primis* la custodia in carcere – in via del tutto eccezionale, con un manifesto tradimento del principio di proporzionalità che governa tale materia. La deroga assoluta ai requisiti minimi stabiliti dall'art. 280 c.p.p. per poter applicare misure coercitive forzava infatti le linee portanti del sistema; essa era però in grado di assicurare il controllo fisico sul "clandestino" grazie alla micidiale sequenza che lega tra loro l'arresto obbligatorio (anche fuori dai casi di flagranza) e l'applicazione della custodia cautelare in carcere.

Questa vicenda dimostra la difficoltà del legislatore nell'approntare misure di natura detentiva non riconducibili al sistema penale (sostanziale e processuale): rivolgersi al sistema cautelare penale doveva dunque esser parso naturale e inevitabile; tanto che la successiva declaratoria di illegittimità costituzionale parziale della fattispecie introdotta nel 1993 con il citato art. 7 *bis* della legge Martelli (rarissima declaratoria di incostituzionalità per contrasto con l'art. 25 comma 2 Cost.) aveva portato il legislatore (con l'art. 7, comma 3, d.l. 18 novembre 1995, n. 489: il "Decreto Dini", reiterato per ben cinque volte) a inserire nel sistema un'ipotesi di obbligo di dimora del tutto svincolata dall'ipotetica commissione di una condotta penalmente rilevante. Con tale novella, l'avvertita esigenza di predisporre forme di confinamento destinate allo straniero irregolare passava nuovamente per le misure cautelari, la cui applicabilità non era però più mediata dalla criminalizzazione di condotte scarsamente offensive come quelle previste dall'art. 7 *bis* introdotto nel giugno del 1993 dal "Decreto Conso" (opzione appunto caduta per effetto della sentenza costituzionale n. 34 del 1995). Configurando una misura cautelare penale senza reato, l'istituto era dunque, oltre che inedito, anche del tutto stravagante.

Sebbene sparita in fretta dall'ordinamento, l'eccentricità di tale effimera soluzione normativa contribuisce tuttora a dimostrare la contiguità e la somiglianza fra trattenimento e custodia cautelare: infatti, benché in quel caso

il legislatore l'avesse ipocritamente etichettata quale «obbligo di dimora», la restrizione descritta da quella disciplina si avvicinava molto di più a quella caratteristica degli arresti domiciliari.

Il movente di questi datati e maldestri interventi di riforma è chiaro: prima dell'ingresso della detenzione amministrativa nel nostro ordinamento, l'irresistibile esigenza di creare i presupposti giuridici per assoggettare a controllo fisico lo straniero aveva indotto il legislatore a ricorrere a forme di coercizione tradizionali (misure di prevenzione; misure cautelari; misure cautelari che addirittura potevano prescindere dalla pendenza di un procedimento penale!).

In seguito, e dunque una volta entrata in scena la detenzione amministrativa, il rinnovato ricorso anche agli strumenti di restrizione offerti dal sistema penale avrebbe risposto a una logica ben diversa: una logica non più spiegabile con la volontà di sopperire con le misure cautelari alla carenza di un istituto corrispondente al trattenimento, quanto piuttosto – dopo il 1998, e in particolar modo negli anni compresi tra il 2002 e il 2011 – all'intento di moltiplicare i possibili titoli giuridici di detenzione, così da assicurare che lo stato di cattività potesse estendersi anche per un notevole lasso temporale.

Queste interferenze contribuiscono ad attestare la somiglianza tra i due istituti. Non è un caso, del resto, se i critici della compatibilità costituzionale della detenzione amministrativa (in sé e per sé considerata, e dunque prescindendo dal modo in cui questa viene regolata dal dettato legislativo) hanno fatto leva anche sul confronto con le misure cautelari – e specialmente con la custodia in carcere – oltre che con le misure di prevenzione. L'accostamento tra le due forme di coercizione porta infatti a una constatazione decisiva, che può essere così attualizzata (alla luce della legislazione oggi vigente): la custodia in carcere (istituto di per sé in ontologico contrasto con la presunzione di innocenza) può operare solo nei confronti di un soggetto gravemente indiziato di un delitto punito con la pena non inferiore nel massimo a cinque anni, e sempre che il giudice possa pronosticare l'applicazione di una pena in concreto superiore a tre anni; viceversa, il trattenimento – le cui caratteristiche materiali, pur viziate da un clamoroso difetto di tassatività, corrispondono a quelle detentive – è applicabile anche a persone che non hanno commesso alcun fatto penalmente rilevante.

Non presupponendo un reato, il trattenimento non presuppone quindi alcuna verifica circa la sussistenza di un *fumus commissi delicti*. Tuttavia, come segnalato in apertura, detenzione amministrativa e custodia carceraria possono essere accostate, oltre che per la somiglianza di contenuti, innanzitutto per la loro contiguità dal punto di vista funzionale.

In proposito, è necessario tener presente che, storicamente, le esigenze cautelari individuano la giustificazione postuma della carcerazione preventiva, istituto che (nella tradizione inquisitoria, e in ossequio all'idea comune stando alla quale colui che sia seriamente indiziato di un grave delitto *deve* subire una limitazione della libertà personale) preesiste alla codificazione delle sue finalità. Tale codificazione nel nostro sistema è avvenuta solo nel 1982, con la scelta di tipizzare solo tre scopi e non altri. Ne è scaturita la tridimensionalità descritta dall'art. 274 c.p.p.: le misure cautelari personali possono trovare applicazione solo per fronteggiare il rischio di inquinamento probatorio, quello di fuga e quello comunemente definito (con espressione molto poco ortodossa sul piano della compatibilità con l'art. 27 comma 2 Cost.) "di reiterazione del reato".

Dal canto suo, quantomeno sulla carta il trattenimento sembrerebbe rispondere all'esigenza di scongiurare la dispersione sul territorio (la fuga) del soggetto che ne è attinto: sia esso già destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento o si tratti invece di un soggetto che abbia presentato richiesta di protezione internazionale.

Nonostante la vicinanza di scopi, la storia normativa dei due istituti ci consegna un ben diverso atteggiamento da parte del legislatore.

Negli anni, la definizione normativa delle esigenze cautelari è stata fatta oggetto di ripetuti interventi. Fondamentali, in questa prospettiva, le riforme del 1995 e del 2015, che, individuando la risposta parlamentare alla stagione di Tangentopoli (l. 8 agosto 1995, n. 332) e quella alle sollecitazioni della sentenza Torreggiani della Corte Edu (l. 16 aprile 2015, n. 47), hanno inteso contrastare – non si sa con quanta efficacia – l'abuso dell'istituto. Dinanzi alla tendenza a un impiego troppo largheggiante della custodia in carcere, il legislatore si è quindi mosso in un'ottica garantistica, che, attraverso ripetuti interventi positivi, ha reso gli obblighi motivazionali del giudice cautelare sempre più stringenti.

Viceversa, la descrizione positiva dei presupposti del trattenimento è affastellata e mal scritta. Concentrando l'analisi sul solo trattenimento in uscita, è facile osservare come tale descrizione si sia progressivamente slabbrata; oggi, (e in particolare a far data dal d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito con l. 2 agosto 2011, n. 129), il primo comma dell'art. 14 T.U.I. risulta costruito in modo da assicurare la potenziale applicazione del trattenimento alla stragrande maggioranza degli stranieri che versano in condizioni di irregolarità sul suolo nazionale.

Un analogo fenomeno di "slabbramento" ha caratterizzato – specie grazie alle novità apportate dalla "riforma Salvini" (art. 3 d.l. 4 ottobre 2018, n.

113, conv. con l. 1° dicembre 2018, n. 132), e da ultimo, anche dalla “riforma Lamorgese” (art. 3 d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173) all’art. 6 d.lgs. n. 142 del 2015 – anche la disciplina dedicata ai presupposti per imporre il trattenimento al richiedente asilo, dal 2018 divenuto applicabile anche per accertare la nazionalità o la cittadinanza di quest’ultimo.

Queste modifiche contribuiscono a consegnarci un istituto – la detenzione amministrativa – potenzialmente applicabile nei confronti della gran parte degli stranieri irregolari. I numeri però ritraggono una realtà diversa (in particolare rispetto al trattenimento in uscita): e anche questo disorienta (ancorché in senso favorevole) il processualpenalista, avvezzo sì allo scarto tra diritto scritto e diritto vivente, ma non in misura tanto marcata.

L’astratta applicabilità su vasta scala del trattenimento “in uscita” – palesemente irrealizzabile dal punto di vista concreto – ha determinato la creazione di parametri informali, che hanno condotto a individuare i destinatari preferenziali della detenzione amministrativa nei soggetti che risulti effettivamente possibile rimpatriare e in quelli considerati socialmente pericolosi. In particolare questa seconda dinamica porta con sé la sostanziale trasformazione del trattenimento in una misura preventiva detentiva atipica: una misura preventiva *detentiva* (mentre le misure preventive possono al massimo assumere i connotati restrittivi della sorveglianza speciale); una misura preventiva *atipica*, applicata dal questore e non dall’autorità giudiziaria, che va oltretutto a sommare un forte carico di afflittività all’espulsione applicabile dal prefetto nei confronti di soggetti ascrivibili alle categorie di pericolosità di cui agli artt. 1, 4 e 16 del codice antimafia (d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

La genesi di criteri informali che orientano il questore nella scelta se applicare o meno la detenzione amministrativa contribuisce inevitabilmente a trasformare un istituto formalmente istituito per confinare lo *straniero in quanto irregolare* in uno strumento che finisce per colpire lo *straniero in quanto soggetto socialmente pericoloso* (sulla scorta di una valutazione che viene però svolta scansando il procedimento di prevenzione).

Tale fenomeno (che riporta il trattenimento alle sue origini storiche, di gran lunga risalenti rispetto al suo ingresso ufficiale nell’ordinamento) è stato recentemente fatto proprio anche dal legislatore, che, con la “riforma Lamorgese”, ha introdotto inediti criteri di priorità nell’applicazione del trattenimento, “privilegiando” «coloro che siano considerati una minaccia per l’ordine e la sicurezza pubblica o che siano stati condannati, anche con sentenza non definitiva, per i reati di cui all’articolo 4, comma 3, terzo periodo, e all’articolo 5, comma 5-bis, nonché [...] coloro che siano cittadini di Paesi

terzi con i quali sono vigenti accordi di cooperazione o altre intese in materia di rimpatrio, o che provengano da essi». Ferma l'assoluta rilevanza di questa modifica normativa – che, racchiusa nel nuovo comma 1.1 dell'art. 14 T.U. Imm. (inserito dall'art. 3 d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173), costituisce la sostanziale presa d'atto di una prassi consolidata – va però considerato che il legislatore del 2020 si è limitato a introdurre criteri di priorità nell'applicazione del trattenimento, senza toccare il testo del primo comma del medesimo art. 14 T.U. Imm.; ne consegue che l'esteso e caotico catalogo di presupposti descritto da tale disposizione è rimasto intonso, anche all'indomani della riforma.

Come noto, anche le misure cautelari sono interessate da una dinamica simile. E cioè: anche la custodia in carcere viene impiegata per rispondere a funzioni ulteriori e diverse da quelle esplicitate dal legislatore. Si allude intuitibilmente alla sua frequente applicazione in chiave di anticipazione della pena, anche nella prospettiva di assecondare l'urgenza di punizione che spesso agita l'opinione pubblica; addirittura, talora si assiste a un fenomeno ancor più radicale, che vede la custodia surrogare una pena detentiva che non troverà mai concreta applicazione, per via del possibile accesso a misure alternative al trattamento penitenziario. Un'altra funzione surrettizia – e dal sapore inquisitorio – si riscontra ogni qualvolta la misura cautelare miri (ancorché mai esplicitamente) a ottenere condotte collaborative da parte dell'imputato.

Non è solo il trattenimento a esser piegato a scopi non dichiarati, dunque, ma anche la custodia cautelare. Tuttavia, il percorso calcato dal diritto vivente per allontanarsi dal dettato normativo che regola i due diversi istituti segue direzioni diametralmente opposte: se la casistica sulla detenzione amministrativa ci consegna un istituto applicato in misura circoscritta rispetto a quanto ci si potrebbe aspettare osservando il primo comma dell'art. 14 T.U. Imm., la coercizione cautelare trova esecuzione oltre le ipotesi tassativamente descritte dall'art. 274 c.p.p., in genere ricorrendo a motivazioni tautologiche in ordine all'esistenza del rischio di reiterazione del reato (immancabilmente desunto dai medesimi elementi probatori che dimostrano il *fumus commissi delicti*). Ma sia pure in modi diversi, entrambi questi fenomeni realizzano una fuga dalla legalità; una fuga che, rispetto al trattenimento, è patrocinata dalla legge stessa, la quale, nell'approntare un istituto dotato di un ambito operativo tanto vasto, accorda all'autorità di polizia un potere decisivo troppo esteso.

A ben vedere, la differenza riscontrabile nella storia normativa dei due istituti sta proprio nell'atteggiamento del legislatore: un legislatore che ha

cercato di arginare l'eccessivo ricorso alle misure cautelari operando ripetutamente sulla disciplina dei relativi presupposti e sugli obblighi motivazionali stabiliti per l'ordinanza applicativa. Pur non essendo mancati copiosi interventi di stampo securitario, tanto il legislatore quanto la giurisprudenza (di legittimità e costituzionale) hanno infatti contribuito ad innalzare, ancorché con esiti in concreto non soddisfacenti, i livelli di garanzia dell'incidente cautelare.

Ciò è invece totalmente mancato rispetto al trattenimento. Riflettendoci, il paragone è addirittura impietoso. Se i requisiti dell'ordinanza cautelare tracciano un percorso a ostacoli, irto di comminatorie di nullità di cui è costellata la disciplina racchiusa in particolare (ma non solo) negli artt. 274 e 292 c.p.p., la disciplina del trattenimento non detta alcuna specifica disposizione preposta alla motivazione del decreto questorile. In mancanza di una disciplina specifica dedicata all'atto applicativo, i relativi requisiti potrebbero essere ricavati dalla disciplina statica (quella dedicata ai presupposti per poter applicare la misura). Tuttavia, tale disciplina è tutto fuorché rispettosa del principio di tassatività: basti pensare che, oltre a descrivere un elenco di fattispecie formulato come aperto e non chiuso, l'art. 14 T.U.I. goffamente affianca il richiamo alle numerosissime (e apparentemente insuperabili) ipotesi di rischio di fuga (elencate con piglio vessatorio dall'art. 13 comma 4 *bis* T.U.I.) a una formulazione che parrebbe addirittura non richiedere la contestuale sussistenza degli ostacoli transitori all'immediata esecuzione dell'accompagnamento coattivo alla frontiera.

Ove accostate, le due discipline impressionano non poco: da un lato, il legislatore è intervenuto di cesello, sino a rendere la definizione dei presupposti cautelari fin troppo dettagliata e barocca, ma richiamando il giudice a un esame attento e puntuale delle risultanze processuali con l'apprezzabile (benché velleitario) scopo di impedire scorciatoie decisorie. Dall'altro, rispetto al trattenimento il medesimo legislatore ha predisposto un elenco aperto, sfilacciato, potenzialmente onnicomprensivo e redatto con una tecnica normativa a dir poco discutibile, così palesando una volontà politica di segno diametralmente opposto.

Questo diverso approccio comporta evidenti ricadute, poiché (come già ricordato) consegna al questore una discrezionalità pressoché illimitata, e – soprattutto – difficilmente censurabile in sede di convalida, anche grazie alle altre numerose ed eclatanti differenze nella disciplina dinamica che contribuiscono a distanziare sideralmente i due istituti posti in comparazione. Si tratta di differenze note, segnalate dalla dottrina già all'indomani dell'introduzione del trattenimento nel sistema: alla ben diversa identità dei

protagonisti istituzionali coinvolti nel procedimento applicativo delle misure cautelari, che vede interloquire il pubblico ministero, organo titolare della richiesta, e un giudice togato (in genere il giudice per le indagini preliminari, ruolo cui si accede solo ove vengano soddisfatti precisi requisiti di anzianità e di professionalità), la disciplina del trattenimento contrappone l'inversione del rapporto regola-eccezione stabilito dai commi 2 e 3 dell'art. 13 Cost., che affida al questore il monopolio nella scelta di applicare il trattenimento, salva la successiva eventuale convalida da parte del giudice di pace (organo cui nessun altro plesso normativo assegna compiti riconducibili all'*habeas corpus*).

Certo, anche il codice di procedura penale contempla il possibile ricorso alla coercizione direttamente da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Ma in tal caso l'eccezione – ammessa dall'art. 13 comma 3 Cost. – è disciplinata dal codice di rito in linea con le dettagliate indicazioni della Carta fondamentale; infatti, la deroga alla disciplina generale stabilita dagli artt. 291 ss. c.p.p. (che tiene ben fermi i ruoli di pubblico ministero e giudice) opera solo secondo i rigidi dettami stabiliti dalla disciplina dell'arresto in flagranza. E ancora: mentre il codice procedura penale prevede che la convalida dell'arresto abbia effetto solo per il passato – dovendo l'eventuale protrazione della limitazione della libertà personale essere disposta a titolo cautelare, e dunque con l'ordinanza prevista dall'art. 292 c.p.p. –, la convalida del trattenimento proietta i propri effetti anche sul futuro; a differenza di quanto previsto per le misure cautelari penali, per la detenzione amministrativa non è previsto un nuovo provvedimento applicativo emesso dall'autorità giudiziaria che vada ad avvicinarsi a quello emesso in via provvisoria dalla polizia.

Ciò si traduce nell'ennesimo impoverimento di garanzie: infatti, da quest'ultima divergenza discende anche il mancato riconoscimento di un'impugnazione di merito analoga a quella assicurata dal giudizio di riesame previsto dal codice di rito penale. Se è infatti vero che anche la convalida dell'arresto, al pari di quella del trattenimento, è sottoposta al solo ricorso per cassazione (in ossequio a quanto imposto dall'art. 111, comma 7, Cost.), l'analogia tra i due istituti è solo apparente: la circostanza che il codice di procedura penale preveda la necessaria emissione di una nuova ordinanza applicativa, idonea a soddisfare i rigidi dettami prescritti dall'art. 292 c.p.p., affianca al ricorso per cassazione contro il provvedimento di convalida dell'arresto due ulteriori mezzi di controllo, concernenti appunto l'ordinanza applicativa della misura cautelare personale: l'impugnazione nel merito (*ex* artt. 309 o 310 c.p.p.) e quella di legittimità, *ex* art. 311 c.p.p.

In chiusura, è forse superfluo ricordare che queste differenze si sommano

al dato empirico: la disciplina del trattenimento opera infatti nei confronti di individui generalmente deboli (dal punto di vista sociale, economico, linguistico); il che contribuisce inevitabilmente a rendere molto meno effettiva tanto la loro autodifesa quanto la difesa tecnica apprestata da chi li assiste.

LE MISURE ALTERNATIVE
AL TRATTENIMENTO AMMINISTRATIVO
DEI MIGRANTI IN ATTESA DI ESPULSIONE

Guido Savio*

SOMMARIO: 1. Il trattenimento pre-espulsivo: brevi cenni. – 2. Le misure alternative al trattenimento pre-espulsivo. – 3. Il giudizio di costituzionalità. – 4. *Considerazioni conclusive*.

1. *Il trattenimento pre-espulsivo: brevi cenni*

Il trattenimento dei cittadini di Paesi terzi costituisce misura esecutiva dei decreti di espulsione e respingimento differito ai sensi dell'art. 14, co. 1, D.lgs. 286/98. La stessa misura è altresì prevista (art. 10 ter, co. 3, D.lgs. 286/98) per gli stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio statale ovvero soccorsi in mare, che rifiutino reiteratamente di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici, oltre che per i richiedenti protezione internazionale che rientrino nelle previsioni di cui all'art. 6, D.lgs. 142/2015. La presente analisi inerisce, tuttavia, solo alla prima ipotesi.

Qualora non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera o il respingimento differito (art. 10, co. 2, D.lgs. 286/98) a causa di ostacoli che si frappongono temporaneamente all'esecuzione dell'allontanamento, il questore dispone il trattenimento dello straniero in uno dei centri di permanenza per i rimpatri (in seguito C.P.R.) per il tempo strettamente necessario a rimuovere le cause ostative. A titolo meramente esemplificativo, la disposizione citata individua, tra le cause idonee a determinare il trattenimento, la necessità di prestare soccorso allo straniero (come nei casi di respingimento a seguito di operazioni di salvataggio in mare) o di effettuare accertamenti in ordine alla nazionalità e identità dello straniero o l'acquisizione di documenti per il viaggio ovvero la temporanea indisponibilità di un vettore idoneo.

La *ratio* della disposizione consiste nell'evitare il rischio che lo straniero si renda irreperibile nelle more della preparazione del rimpatrio, sottraendosi all'esecuzione del provvedimento di espulsione o respingimento, presupponendo la sussistenza del rischio di fuga.

* Avvocato ASGI.

A questo proposito, pare utile rammentare che la Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri) consente agli Stati membri di non concedere il termine per la partenza volontaria ove sussista il rischio di fuga, e che il legislatore italiano, con L. n. 129/2011, di recepimento della predetta direttiva, ha adottato una nozione di tale rischio particolarmente ampia, tale da comprendere nel suo perimetro la maggior parte degli stranieri da allontanare. Infatti, l'art. 13, co. 4 bis, D.lgs. 286/98, prescrive che ricorra il rischio di fuga al verificarsi di una sola delle seguenti situazioni in cui versi uno straniero da allontanare: mancanza di passaporto valido, carenza di documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove potere essere agevolmente rintracciabile, avere in precedenza declinato false generalità od avere violato specifici obblighi inerenti all'esecuzione di provvedimenti ablativi.

V'è dunque una previsione normativa generalizzata di rischio di fuga, sicché nella prassi la gran parte delle espulsioni e dei respingimenti sono immediatamente esecutivi con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ai sensi dell'art.13, co. 4, D.lgs. 286/98. Conseguenza che ogniqualvolta si verifichi un impedimento materiale all'esecuzione immediata e coattiva dei provvedimenti ablativi (anche per motivi indipendenti dalla volontà del destinatario, come nelle frequenti ipotesi d'indisponibilità del vettore) l'Amministrazione deve procedere al trattenimento amministrativo, che si configura come una sorta di incidente di esecuzione nell'ambito della procedura di allontanamento.

Infine, non pare superfluo rammentare che il trattenimento è misura incidente sulla libertà personale per pacifica giurisprudenza costituzionale (*in primis* Corte cost. sentenza del 10 aprile 2001, n. 105), sicché è misura che soggiace alla riserva di legge e di giurisdizione, la cui durata massima è determinata ordinariamente ai sensi dell'art. 14, co. 3 e 4, D.lgs. 286/98, e, per i richiedenti protezione internazionale, ai sensi degli artt. 6 e ss. D.lgs. 142/2015.

2. *Le misure alternative al trattenimento pre-espulsivo*

Delineata a grandi linee la disciplina del trattenimento amministrativo previsto nell'ambito delle procedure di rimpatrio, passiamo all'esame delle misure a questo alternative, la cui introduzione nell'ordinamento interno è dovuta al recepimento della citata Direttiva 115/2008/CE. Tale direttiva, all'art. 15, § 1, stabilisce che gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare

il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, quando sussiste un rischio di fuga ovvero il cittadino del paese terzo evita o ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Tale previsione è però preceduta dalla precisazione "*salvo che nel caso concreto possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive*": è proprio questa previsione che ha obbligato il legislatore italiano ad inserire nell'art. 14, D.lgs. 286/98 (rubricato "esecuzione dell'espulsione") - con la Legge 129/2011 - il co. 1 bis, che disciplina le misure in esame, fino ad allora non previste dal nostro ordinamento.

Il questore ha facoltà di adottare le misure alternative solo se lo straniero è in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e, inoltre, se l'espulsione non è stata disposta per i motivi di pericolosità sociale previsti dall'art. 13, co. 2, lett. c), D.lgs. 286/98, né si versa nelle ipotesi di espulsioni ministeriali per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato ai sensi dell'art. 13, co. 1, D.lgs. 286/98 e neppure in quelle di prevenzione del terrorismo, anche internazionale, di cui all'art. 3, Legge 31 luglio 2005, n. 155. Conseguo che possa essere sottoposto alle misure alternative solo lo straniero espellendo che sia identificato tramite passaporto valido (e, quindi, che non sia necessario procedere ad ulteriori accertamenti in ordine alla sua nazionalità e identità) e nei cui confronti sia stato emesso un provvedimento ablativo per ragioni di irregolarità amministrativa dell'ingresso e/o del soggiorno (con esclusione delle ipotesi di pericolosità appena indicate).

La disposizione in esame prevede che il questore, a suo insindacabile giudizio, possa disporre - in luogo del trattenimento nel C.P.R. - una o più delle seguenti misure nei confronti dello straniero:

- a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità alla questura, da restituire al momento della partenza;
- b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, ove possa essere agevolmente rintracciato;
- c) obbligo di presentazione, in giorni e orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica.

Al pari del trattenimento, anche le misure alternative attengono alla fase dell'esecuzione coattiva dell'espulsione amministrativa e rispondono alla finalità di garantire, mediante la graduazione della limitazione della libertà personale, l'attuazione dell'ordine di allontanamento dal territorio (Cass. Civ., sez. I, sentenza 30 ottobre 2018, n. 27692).

Quanto alla procedura applicativa, la norma prevede che tali misure siano adottate con provvedimento motivato che esplica la sua efficacia dal momento della notificazione all'interessato, con le garanzie previste dall'art. 3

co. 3 e 4, d.P.R. 394/1999 (notifica a mani proprie, indicazione delle modalità di impugnazione, obbligo di traduzione in lingua conoscibile dal destinatario, informazione circa il diritto di essere assistito da un difensore fiduciario o d'ufficio). Trattandosi di misure incidenti sulla libertà personale, l'art. 14, co. 1 bis, D.lgs. 286/98, prescrive che il provvedimento debba essere comunicato al giudice di pace (ovvero alla sezione specializzata per l'immigrazione del tribunale ove la misura sia disposta nei confronti di un richiedente protezione internazionale) entro 48 ore dalla notifica, per la convalida da effettuarsi nelle successive 48 ore. Al fine di consentire il contraddittorio, è previsto che il provvedimento applicativo debba recare l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare - personalmente o a mezzo difensore - memorie e deduzioni al giudice della convalida, si presume prima della decisione, la cui data non è preventivamente conoscibile giacché non è prevista alcuna fissazione di udienza, trattandosi di procedura di convalida obbligatoria ma meramente cartolare, quindi a contraddittorio eventuale. È comunque consentito all'interessato chiedere la modifica o la revoca di tali misure, senza limitazioni temporali, sempre che l'allontanamento non sia stato nelle more eseguito.

Infine, la contravvenzione anche solo ad una delle misure imposte non solo costituisce reato attribuito alla competenza del giudice di pace e sanzionato con la multa da 3.000 a 18.000 euro, ma determina l'accompagnamento coattivo e immediato alla frontiera con possibilità di disporre il trattenimento nel C.P.R.: quindi determina l'adozione obbligatoria della misura originariamente sostituita. Sono anche queste possibili conseguenze che inducono a riflettere circa il rispetto del diritto di difesa derivante dalla previsione di convalida cartolare, senza udienza e a contraddittorio eventuale.

3. *Il giudizio di costituzionalità*

Con due ordinanze gemelle (Cass. civ. n. 21930 e 21931 entrambe del 7 settembre 2018), la Corte di legittimità sollevò questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 1 bis, D.lgs. 286/98 laddove non prevede che il giudizio di convalida della misura alternativa della presentazione periodica ad un ufficio di polizia si svolga in udienza e con l'assistenza della difesa tecnica, per contrasto con gli artt. 13 e 24, co. 2, Cost., escludendo di poter pervenire ad una interpretazione conforme, atteso il chiaro dettato normativo.

Con la sentenza n. 280, pubblicata il 27 dicembre 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza delle questioni sostanzialmente sulla

scorta di un precedente in parte analogo: infatti, con sentenza n. 144 depositata il 23 maggio 1997, la Corte esclude l'incompatibilità dell'art. 6, co. 3, Legge 13 dicembre 1989, n. 401 (recante disposizioni a tutela della correttezza nello svolgimento di attività agonistiche) con gli stessi parametri evocati ora dal Giudice remittente, nella parte in cui prevede la facoltà del questore di prescrivere l'obbligo di comparizione presso gli uffici di polizia in occasione di manifestazioni sportive nei confronti di persone distintesi in precedenza per comportamenti violenti, senza udienza e salva la facoltà di presentare osservazioni o deduzioni scritte al giudice della convalida.

Va detto che la Corte remittente era ben consapevole di tale pregresso orientamento della Consulta e, tuttavia, sottolineava la peculiarità della condizione in cui versa il destinatario dell'avviso scritto contenente l'informazione relativa alla facoltà di partecipazione cartolare alla convalida, trattandosi di persone straniere "*presumibilmente inibite da limiti culturali e sociali che ne ostacolano le consapevolezze, nonché le capacità di autodifesa*". Tale argomento, ad avviso della Corte costituzionale, non è tuttavia idoneo ad integrare la violazione dei parametri costituzionali evocati, sia in considerazione dell'obbligo di traduzione in lingua conosciuta al destinatario del provvedimento questorile, che della facoltà di ricorrere alla difesa tecnica, fiduciaria od officiosa, beneficiando del patrocinio a spese dello Stato¹.

4. *Considerazioni conclusive*

Al pari del termine per la concessione della partenza volontaria, anche le misure in esame sono scarsamente applicate nella prassi, a riprova della scarsa fiducia che la nostra amministrazione ripone nell'utilizzo di strumenti che prescindano dall'uso della forza nella trattazione delle espulsioni. Ma, al di là del concreto rilievo, la procedura applicativa desta numerose perplessità: oltre a quelle sollevate dalla Cassazione, e sbrigativamente rigettate dalla Consulta, si pensi alla totale discrezionalità del questore nella scelta di una o più delle misure alternative, in assenza di alcun parametro normativo di riferimento, e, soprattutto, alla indeterminatezza dello loro durata, posto che - a differenza del trattenimento - la legge non ne determina i termini massimi di applicazione: una volta convalidate cartolarmente, teoricamente possono durare all'infinito. Con l'inquietante corollario che la previsione di cui all'art.

¹ G. SAVIO, *Misure alternative al trattenimento e garanzie difensive: commento alla sentenza n. 280/2019 della Corte costituzionale*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020.

15, § 4 della Direttiva 115/2008/CE - che subordina il trattenimento alla persistenza di una ragionevole prospettiva di allontanamento - può essere tranquillamente aggirata, pur in costanza di misure restrittive della libertà personale. Forse non è peregrina la prospettazione di ulteriori questioni di legittimità costituzionale, sia con riferimento alla citata disposizione dell'Unione europea che all'art. 13 Cost.

Un maggior ricorso alle misure alternative sarebbe comunque auspicabile in ragione della minore afflittività delle stesse e, soprattutto, attesa la cronica indisponibilità di posti sia nei C.P.R. che negli hotspot, come quello di Lampedusa, oggetto di recenti polemiche conseguenti al sovraffollamento ed al pericolo di diffusione della pandemia in atto. Occorre, però, un realistico ripensamento da parte della P.A. circa gli strumenti più utili per governare la fase prodromica all'esecuzione dei provvedimenti ablativi, una volta constatata l'insufficienza, e la conseguente inefficacia, delle misure detentive in considerazione dell'elevato numero dei potenziali destinatari e della pandemia Covid-19.

DETEZIONE AMMINISTRATIVA E BEST PRACTICE DALLA SPAGNA

Michela Tuozzo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La chiusura dei CIEs durante l'*estado de alarma*. – 3. I nodi irrisolti: le cc.dd. *devoluciones en caliente* e i CETI. – 4. Ritorno alla *nueva normalidad*.

1. *Introduzione*

Nel corso dell'emergenza da SARS-CoV-2 il tema del confinamento (nel confinamento) dei cittadini stranieri nei centri di detenzione amministrativa, in quelli di accoglienza e negli hotspot, ha posto i Paesi dell'UE di fronte alla sfida di garantire il rispetto delle misure nazionali sanitarie per prevenire e contenere la diffusione del virus, anche in questi luoghi di maggiore esposizione al contagio a causa della impraticabilità delle misure raccomandate dalle autorità sanitarie.

Per i cittadini stranieri in attesa di esser rimpatriati, si è poi aggiunto il tema della chiusura delle frontiere e del prevedibile insuccesso nell'esecuzione delle misure di rimpatrio. L'equilibrio su cui si è retta l'impalcatura della direttiva 2008/115/CE – l'efficacia, a discapito della dignità e dei diritti dei migranti – si è subitaneamente incrinato, assieme al principio di proporzionalità inteso nella sua dimensione funzionale.

Le considerazioni qui brevemente svolte sintetizzano e commentano i pareri e nelle raccomandazioni delle autorità garanti della libertà, nazionali e internazionali, caldeggianti l'immediata chiusura temporanea dei centri in cui non vi sia la possibilità materiale di adempiere all'obbligo di protezione degli agenti e delle persone affidate in custodia statale.

Da parte della Commissione europea, nella Comunicazione¹ del 17 aprile 2020, è giunto un vademecum di suggerimenti ai Paesi membri

* Dottoranda di ricerca in Diritti Umani. Teoria, Storia e Prassi. Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ *Comunicazione della Commissione Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento* 2020/C 126/02, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, C 126/12, 17 aprile 2020.

sull'attuazione delle norme dell'UE in materia di asilo, rimpatrio e reinserimento in piena crisi sanitaria. Con specifico riferimento all'ipotesi del trattenimento, essa, in maniera più prudente delle autorità summenzionate, ha suggerito di «utilizzare misure alternative al trattenimento che garantiscano il rispetto delle misure nazionali di salute pubblica, come presentarsi periodicamente mediante videoconferenza alle autorità, nel rispetto delle norme sulla protezione dei dati». Così in alcuni Paesi² (tra cui la Spagna, il Regno Unito, il Belgio) sono state sperimentate misure alternative e meno afflittive della detenzione.

2. La chiusura dei CIEs durante l'estado de alarma

Tra di essi, la vicenda dello svuotamento temporaneo³ dei *Centros de internamiento de extranjeros* (d'ora in avanti *CIEs*) spagnoli appare in proposito tra le più istruttive per due ordini di ragioni: sotto il profilo procedimentale, il dialogo interistituzionale e il coinvolgimento degli attori non-statali, sono stati fattori di efficacia ed efficienza del risultato, raggiunto in breve tempo; quanto alla gestione dell'emergenza *in fieri* nei luoghi dell'internamento, che si è retta sull'applicazione della normativa vigente, hanno ricevuto nuova linfa l'art. 15, par. 1, della direttiva 115/2008 e l'art. 1 del *Real Decreto* 162/2014, dei quali si è fatta una differente ponderazione interpretativa tra libertà e sicurezza, con il baricentro spostato verso una espansione dei diritti degli stranieri. È utile ripercorrere brevemente la cronologia degli eventi, per valutarne l'attuabilità oltre i confini territoriali spagnoli e temporali dell'epidemia.

All'indomani dell'adozione delle prime misure di confinamento da parte delle Comunità Autonome della Catalogna, di Murcia e dei Paesi Baschi del 13 marzo e della dichiarazione dell'*estado de alarma* con il *Real Decreto* n. 463 del 14 marzo e dell'Ordine del Ministero dell'Interno 227 del 15 marzo sono iniziate le prime proteste nei *CIEs*.

² Per una panoramica completa cfr. *COVID-19 Global Immigration Detention Platform*, all'url: www.globaldetentionproject.org

³ Cfr. i commenti di A. MARCHESI, *La detenzione di migranti al tempo del CoViD-19: conseguente a nulla e destinata a nulla*, in *SIDIBlog*, 5 aprile 2020; G. MENTASTI, *Migranti e detenzione amministrativa in tempo di Covid-19: i bollettini del garante dei detenuti pubblicati durante l'epidemia*, in *Sistema Penale*, 23 giugno 2020; E. ROMAN, *Pandemia e rimpatri: ripensare la detenzione amministrativa dei migranti durante e dopo il COVID-19*, in *Fieri*, 26 aprile 2020.

Contestualmente, il *Defensor del Pueblo*⁴ e l'*Organización Internacional de Derechos Humanos* presso la Direzione generale dell'immigrazione e delle frontiere della polizia nazionale e il Segretariato di Stato per l'immigrazione richiedevano il progressivo svuotamento dei centri, evidenziando da un lato il pericolo dell'implosione nei centri dell'epidemia da SARS-CoV-2, e dall'altro lato l'impossibilità di dare esecuzione alle misure di rimpatrio, il che ha reso ancor più manifesto il vuoto dei fini della misura restrittiva.

Il monito del *Defensor* si è soffermato sulla necessità di garantire l'applicazione delle disposizioni sulla salute e la sicurezza di cui allo stato di allarme anche ai cittadini stranieri internati e agli addetti ai lavori nei *CIEs*. Richiesta accolta dagli organi di polizia e dall'Esecutivo, come ha poi confermato dal Ministro dell'Interno, non con un provvedimento che veste il carattere della generalità, ma valutando caso per caso quali rimpatri potessero essere effettivamente eseguiti nel rispetto del limite massimo del periodo di detenzione, quali migranti in attesa di espulsione possedessero già un domicilio ai fini dell'applicazione di misure meno afflittive e per quali altri fosse necessario apprestare un domicilio temporaneo presso strutture pubbliche o private convenzionate.

Da parte dei *Jueces de Instrucción* — cui è affidata la tutela dei diritti fondamentali all'interno dei centri — c'è stata una presa di posizione netta sulla decisione dello svuotamento e della chiusura temporanea dei centri, ispirata alla saldatura tra tutela del diritto alla salute e interesse nazionale. Qui ci si sofferma sulla decisione del 31 marzo con cui è stata disposta la chiusura temporanea del *CIE* di Las Palmas.

Nell'argomentazione del *Juez de Instrucción* è appunto possibile cogliere l'attenzione prioritaria riservata al diritto alla salute nello stato di emergenza pandemico. Ricorrendo all'interpretazione sistematica, il giudice ha ricordato che nell'ordinamento spagnolo il diritto alla salute ha portata universale, come sancito nell'art. 43 della Costituzione, nella Legge Organica 4/2000 e nelle successive riforme introdotte con le LL.OO. 8/2000, 11/2003 e 2/2009, nonché nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, nella Convenzione di Roma del 1950, nel Patto internazionale dei Diritti civili del 19 dicembre 1966.

In aderenza agli orientamenti del *Tribunal Constitucional* e del *Tribunal*

⁴ G. SÁNCHEZ, *El Defensor del Pueblo pide al Gobierno liberar a los inmigrantes de los CIE ante su imposible deportación por el coronavirus*, su *elDiario.es*, 19 marzo 2020; GNPL, *Dal mondo: i Centri per i rimpatri, l'esperienza spagnola*, consultabile all'url: www.garantenazionaleprivatiliberta.it, Bollettino n. 22, 9 aprile 2020.

Supremo, il giudice del caso ha evidenziato che è possibile restringere in via cautelare la sola libertà personale dello straniero, ma non anche altri diritti e le diverse libertà costituzionali riconosciute a tutte le persone, in quanto tali, che si trovassero sul suolo spagnolo.

Tanto più allora questo deve dirsi in ordine al regime di confinamento introdotto per effetto dello stato di allarme, che può incidere solo sulla limitazione alla circolazione degli individui e non anche sul loro diritto alla salute, che anzi proprio nella contingenza pandemica si è come espanso su tutti gli altri diritti senza che si possa discriminare o differenziare il suo godimento in ragione dello *status civitatis* o della presenza regolare o irregolare dello straniero sul territorio nazionale.

Un altro profilo ha sicuramente influenzato la decisione dei giudici, ossia l'attenzione al rispetto del periodo massimo di durata (sessanta giorni) del trattenimento amministrativo, ai sensi dell'art. 21, co. 2 del Real Decreto n. 162/2014, termine entro il quale nessuno straniero espulso avrebbe potuto essere ragionevolmente rimpatriato, in seguito alla chiusura delle frontiere e alla sospensione del traffico aereo internazionale.

Non va infine trascurato il contributo della rete sociale ed assistenziale della società civile organizzata, delle organizzazioni non governative e dei servizi pubblici del territorio, attori coinvolti attraverso l'individuazione e messa a disposizione di soluzioni abitative temporanee per gli stranieri che non avessero un luogo in cui trascorrere la quarantena in condizioni di sicurezza per la salute e nel quale poter essere reperibili.

La vicenda dei *CIEs* evidenzia che, a partire dall'applicazione di disposizioni già esistenti, correttamente reinterpretate e adattate alla situazione, è possibile recuperare quei caratteri che la normativa vigente in materia di trattenimento amministrativo già recava con sé: è infatti nel potere del *juez de instrucción* applicare, ai sensi dell'art. 61 *LOEX*, in luogo della detenzione, misure meno coercitive quali l'obbligo di presentarsi davanti alle autorità competenti, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato (soluzione che ha trovato applicazione nella situazione emergenziale), la consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, o qualsiasi altra *medidas cautelar* che l'autorità giudiziaria «*estime conveniente*».

Tali criteri sono richiamati anche in apertura dell'art. 15 della direttiva 115/2008, ma nelle prassi amministrative e giudiziarie trovano scarso riconoscimento. Da lungo tempo si è invero fatta sentire la voce di chi critica⁵ il ri-

⁵ In dottrina, A. SOLANES CORELLA, *Un análisis crítico de los centros de internamiento de*

corso prioritario e automatico ad una misura che invece dovrebbe costituire (come appena ricordato) l'eccezione alla regola, esplorando all'opposto in via preliminare la possibile individuazione di misure alternative la cui intensità – in termini di restrizione dei diritti – sia retta dai tre principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità.

L'approccio *community-based*⁶ sperimentato potrebbe rientrare nel novero delle misure alternative al trattenimento amministrativo e riuscirebbe a garantire sia le esigenze statali di controllo e sicurezza del territorio, sia misure meno afflittive per la libertà individuale e degli altri diritti, come la libertà di comunicazione, il diritto di difesa, il diritto alla salute (fisica e mentale), il diritto di essere informati sull'evoluzione della pratica di rimpatrio, il diritto alla vita privata e familiare, il diritto di visita.

Siffatto metodo d'intervento consentirebbe altresì il protagonismo dei territori e il coinvolgimento dei livelli di governo più prossimi ai cittadini nella gestione delle migrazioni, più attenti ad intercettarne le problematiche connesse e le relative soluzioni più aderenti al tessuto socio-economico, non solo nella primissima fase dell'accoglienza, ma anche in quella che rappresenta, idealmente, la fine del percorso migratorio.

Tra i risultati disattesi, che ben si sarebbero conciliati con quello appena descritto, vi è stato quello di combinare la chiusura dei centri con il rilascio di un titolo di soggiorno temporaneo, della durata necessaria ad assicurare una permanenza meno precaria sul territorio nel periodo di *lockdown*, sì da accedere in forma piena e non attenuata alle cure sanitarie. Misura, questa, raccomandata dalla Commissione europea, con la Comunicazione del 17 aprile, agli Stati membri, titolari di un ampio potere discrezionale circa il permesso di soggiorno o altra autorizzazione, così da riconoscere ai migranti irregolari il diritto di soggiornare per motivi umanitari o di altra natura, a norma dell'art. 6, par. 4, della direttiva 2008/115/CE.

3. *I nodi irrisolti: le cc.dd. devoluciones en caliente e i CETI*

Il risultato ottenuto per i CIEs è ancora parziale poiché, oltre ad esser stato temporaneo, ha trascurato la posizione dei cittadini "in entrata" e le specifiche criticità dell'unica frontiera esterna dell'area Schengen su terra

extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas, in *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, n. 19 (2016), pp. 37-76.

⁶ E. ROMAN, *Op. cit.*

africana, Ceuta e Melilla: le cc.dd. *devoluciones en caliente* e l'internamento nei *Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes* (d'ora innanzi *CETI*)⁷.

Riguardo le prime secondo le disposizioni generali del Ministro dell'Interno⁸, adottate per fronteggiare la pandemia, «*se podrá proceder a la devolución de aquellas personas que intenten entrar irregularmente en territorio español*». All'art. 3.3 dell'Ordine è stato confermato il ricorso alle *devoluciones en caliente*⁹, ossia i respingimenti “a caldo” alla frontiera terrestre attraverso la collaborazione tra *Guardia civil* spagnola e marocchina, in ossequio alla decima disposizione aggiuntiva al *LOEX*. Uno spiraglio tuttavia verso un'applicazione più sensibile e consapevole alle problematiche dell'istituto proviene dall'art. 3.5 del medesimo Ordine, che dispone l'identificazione del migrante prima dell'eventuale rimpatrio¹⁰.

Un differente approccio ha guidato poi il tema della detenzione all'interno dei *CETI*, a fronte dei medesimi pericoli prospettati per i *CIEs*.

Anche per questi altri centri si è verificata una mobilitazione generale, che è rimasta però inascoltata. Dalla raccomandazione – già citata – della Commissione europea sul trasferimento dei migranti verso altre strutture in caso di sovraffollamento dei centri di accoglienza; la richiesta di trasferimento verso la penisola del *Difensor del Pueblo* e della *Comisión Española de Ayuda al Refugiado*¹¹, che denunciavano la presenza di oltre 1600 persone a

⁷ L. GABRIELLI, *Migrazioni sottosopra. L'impatto del CoViD-19 sui movimenti di persone alle frontiere tra Spagna e Marocco*, in *Fieri*, 4 giugno 2020.

⁸ *Orden INT/248/2020*, del 16 marzo 2020.

⁹ Sull'ambigua legittimità della c.d. *Ley mordaza* si è pronunciata la Corte Edu, che ha mostrato un orientamento ondivago. In prima battuta la Spagna veniva condannata per violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU e dell'art. 13 CEDU, cfr. Corte Edu, sentenza del 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricorsi n. 8675/15 e n. 8697/15. Sottoposta al giudizio della Grande Camera la pronuncia veniva del tutto ribaltata, con una assai dibattuta sentenza, cfr. Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15. Recentemente anche il *Tribunal Constitucional* ha escluso la incostituzionalità della disposizione, cfr. TC, sentenza 172/2020, 19 novembre, in BOE n. 332, 22 dicembre 2020.

¹⁰ In tal senso V. FAGGIANI, *Il diritto alla protezione internazionale in Spagna e in Italia: tra crisi umanitaria dei rifugiati e covid-19*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, p. 353.

¹¹ CEAR, *Traslado urgente a la península de solicitantes de asilo y migrantes desde Ceuta y Melilla*, in *www.cear.es*, 6 aprile 2020; si vedano anche: *Urgent Coordinated Response Needed to the Alarming Conditions of Migrants and Refugees Detained in Melilla*: IOM, UNHCR, 29 agosto 2020; Council of Europe, *Spain's authorities must find alternatives to accommodating migrants, including asylum seekers, in substandard conditions in Melilla*, 3 settembre 2020.

Melilla su un totale di 782 posti disponibili. A tali istanze hanno fatto seguito interventi parziali e poco incisivi per decongestionare il centro, con il trasferimento in totale di poche centinaia di persone.

L'atavica questione che coinvolge i richiedenti asilo di Ceuta e Melilla affinisce al *tarjeta roja* (il documento rilasciato a seguito della valutazione di ammissibilità della domanda d'asilo) con validità limitata territorialmente all'enclave, che si fonda sull'interpretazione restrittiva della LO 12/2009 e sull'assenza di un'espressa disposizione al suo interno sulla libertà di circolazione del richiedente sul territorio nazionale, cui avrebbe dovuto supplire l'adozione di un regolamento di attuazione¹². Sul tema è tornato di recente il *Tribunal Supremo* con la sentenza del 29 luglio 2020¹³, che ha sottolineato come tali limitazioni non trovano giustificazione nelle disposizioni della legge organica che invece contiene come unici riferimenti territoriali il «territorio nazionale» e la «Spagna», autorizzando così il ricorrente a circolare su tutto il territorio.

La pandemia – si è detto spesso in questi mesi – ha contribuito solamente a rivelare e non a creare le criticità emerse, in questo caso: il partenariato con il Marocco per il controllo dell'immigrazione proveniente dall'Africa subsahariana; la mancata adozione del regolamento di attuazione della l. 12/2009; infine un'applicazione delle *devoluciones* al limite del divieto di respingimento.

Problematiche invero che si inseriscono nel più generale quadro della mancata riforma del sistema europeo comune di asilo, che continua a privilegiare una politica della materia funzionale al controllo delle frontiere e, negli ultimi anni, si è diretta verso la loro esternalizzazione. Tant'è che la dottrina ha coniato il termine *neo-refoulement*¹⁴ per indicare le azioni volte a “prevenire” l'ingresso nel territorio dell'Unione.

Del resto, questa lettura pare avvalorata dall'azione programmatica

¹² Più precisamente la legittimità della restrizione della libertà di circolazione nelle due città autonome è oggetto di un insoluto dibattito tra giurisprudenza e la *Secretaría de Estado de Seguridad*. Cfr. I. GARCÍA VITORIA, *Una década sin reglamento de asilo en España: obstáculos e interpretaciones divergente*, in *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2018, pp. 116-28.

¹³ Per un commento alla sentenza A. PELLICCIA, *Tribunale Supremo: illegittimo limitare la libertà di circolazione dei richiedenti asilo di Ceuta e Melilla verso la Penisola*, in *www.meltingpot.org*, 4 novembre 2020.

¹⁴ J. HYNDMAN - A. MOUNTZ, *Another Brick in the Wall? Neo-refoulement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe*, in *Government and Opposition*, 2008, n. 2, p. 249.

dell'UE, emersa da *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*¹⁵. Tra le proposte della Commissione vi sono la realizzazione di una procedura di *screening*¹⁶ sullo status giuridico di chi attraversa lo spazio Schengen, in luoghi ubicati presso le frontiere esterne o nelle loro vicinanze; la procedura di frontiera¹⁷, che ha l'obiettivo esplicitato di concatenazione completa tra la procedura di asilo e di rimpatrio, con efficienza e senza soluzione di continuità per qualsiasi tipo di arrivo irregolare.

4. *Ritorno alla nueva normalidad*

Nella prima versione di questo commento la conclusione provvisoria del testo si rimetteva (speranzosa) agli sviluppi applicativi della *best practice* spagnola nella *nueva normalidad*, soprattutto a partire dal 21 giugno 2020 – data di fine dell'*estado d'alarma* (salvo poi esser stato reintrodotta il 25 ottobre con il Real Decreto n. 926/2020).

Più precisamente la riapertura delle frontiere ha costituito il banco di prova, per verificare se lo svuotamento dei *CIEs* sia stato un obiettivo estemporaneo, o il seme di una gestione delle frontiere più rispettosa della libertà personale e della dignità dei migranti.

Non appena sono venuti meno gli ostacoli al raggiungimento dell'obiettivo utile della direttiva rimpatri la *Policia Nacional* ha ordinato la riapertura¹⁸ dei centri pre-espulsivi. Tuttavia, mentre l'allontanamento dello straniero alla luce della rinnovata mobilità internazionale è divenuto possibile, le condizioni di insalubrità che caratterizzano le strutture e la maggior esposizione al pericolo di contagio sono rimasti invariati.

Nel frattempo, l'8 ottobre 2020 la Corte di Giustizia¹⁹ ha riconosciuto il primato del diritto nazionale spagnolo sulla direttiva 115/2008 in materia di

¹⁵ COM(2020) 609 final.

¹⁶ Proposta di regolamento che introduce uno *screening* dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne, COM(2020) 612 del 23 settembre 2020.

¹⁷ Proposta modificata di regolamento che istituisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 del 23 settembre 2020.

¹⁸ *El Ministeri de l'Interior reobre immediatament i en plena segona onada els CIE tancats per la pandèmia*, su *Públic*, 24 settembre 2020.

¹⁹ CGUE, sentenza dell'8 ottobre 2020, *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-568/19, EU:C:2020:807.

rimpatri. Più precisamente l'art. 55, par. 1, lett. b), *LOEX* punisce il soggiorno irregolare con una sanzione pecuniaria. Soltanto in presenza di circostanze aggravanti riguardanti tale cittadino, che si aggiungono al soggiorno irregolare del medesimo, l'autorità nazionale potrà applicare alternativamente la misura espulsiva. La sentenza dei giudici di Lussemburgo ha risolto la questione pregiudiziale sollevata dal giudice di rinvio, dopo che il *Tribunal Supremo* in una sentenza del 30 maggio 2019 aveva dichiarato che le autorità amministrative e giudiziarie spagnole avrebbero potuto applicare direttamente le disposizioni della direttiva rimpatri e aggravare così la posizione dell'interessato. È stato così chiarito che le autorità nazionali in questi casi debbano privilegiare il diritto interno e nel caso disporre la sola sanzione pecuniaria.

Una pronuncia che insieme all'applicazione delle misure alternative al trattenimento descritta potrebbero condurre la Spagna nel lungo periodo a non disperdere gli effetti, stavolta benefici, indotti dal virus e dei quali è auspicabile una stabilizzazione che ispiri, oltre il tempo della pandemia, le esperienze nazionali europee.

LA (IL)LEGITTIMITÀ DELLA DETENZIONE NEGLI HOTSPOTS GRECI

Michela Castiglione*

SOMMARIO: 1. Fatti di causa e decisioni. – 2. Le conclusioni della Corte sull'art. 3 CEDU. – 3. Le conclusioni della Corte sull'art. 5 CEDU. – 4. Osservazioni sull'art. 3 CEDU – 5. Osservazioni sull'art. 5 CEDU. – 6. La c.d. restrizione geografica ai sensi dell'art. 2, Prot. 4 CEDU.

1. *Fatti di causa e decisioni*

I fatti riguardano cinquantuno cittadini siriani, afgani e palestinesi, tra cui sette minori, i quali, al momento dei loro arrivi sull'isola greca di *Chios*, avvenuti tra il 20 marzo 2016 e il 15 maggio 2016, vengono arrestati dalla Polizia e collocati tra l'*hotspot* di VIAL e il centro di accoglienza di SOUDA. L'arresto è volto alla loro identificazione e registrazione ai fini di attuare la Dichiarazione UE-Turchia¹ del 18 marzo 2016². A tutti i ricorrenti (ad eccezione di tre minori e un adulto, ritenuti vulnerabili) vengono notificati ordini di espulsione verso la Turchia, successivamente sospesi per coloro che hanno manifestato volontà di richiedere protezione internazionale.

I ricorrenti lamentano che le condizioni di vita nell'*hotspot* di VIAL e nel centro di SOUDA avrebbero costituito trattamenti inumani o degradanti in violazione dell'art. 3 CEDU, a causa del sovraffollamento, delle carenze alimentari (cibo insufficiente e avariato), delle condizioni igienico-sanitarie precarie, dell'inadeguata assistenza medica, nonché della mancata o tardiva attivazione delle tutele predisposte per i minori. Tali circostanze vengono confermate dalle visite del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti³ (CPT), da un rapporto

* Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa.

¹ European Council, *EU-Turkey Statement*, 18 March 2016.

² che prevede, tra le altre cose, l'obbligo di rimpatrio di tutti i migranti *irregolari* entrati in Grecia dalla Turchia dopo il 20 marzo 2016 (enfasi aggiunta).

³ Council of Europe, *Report to the Greek Government on the visits to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treat-*

dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa⁴, nonché dalle organizzazioni autorizzate a intervenire in causa come soggetti terzi⁵. Inoltre, i ricorrenti lamentano l'assenza di una base giuridica al loro trattenimento, avvenuto quindi in violazione dell'art. 5, § 1, f) della CEDU, nonché l'impossibilità di ottenere informazioni e assistenza legale e, considerato che gli ordini di espulsione erano stati notificati in lingua greca, l'impossibilità di comprendere i motivi del loro trattenimento in violazione dell'art. 5, §§ 2 e 4.

2. *Le conclusioni della Corte sull'art. 3 CEDU*

Con riferimento al divieto di trattamenti inumani o degradanti, il cui carattere non derogabile è previsto dalla stessa CEDU (cfr. art. 15, § 2), la Corte richiama la propria giurisprudenza ben consolidata secondo cui una forte pressione dovuta ad afflussi massicci di migranti non assolve gli Stati dall'obbligo di garantire condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana (*MSS*⁶, *Hirsi Jaamaa*⁷). Nonostante l'affermazione del principio, la Corte Edu, nella sentenza in commento, ha comunque proceduto a riconoscere in maniera esplicita le difficoltà registrate dalla Grecia dovute a un aumento eccezionale dei flussi migratori verificatisi nelle prime settimane della messa in opera della Dichiarazione UE-Turchia, tali da aver provocato difficoltà organizzative, logistiche e strutturali.

Entrando nel merito, con riferimento al centro di SOUDA la Corte non riscontra la violazione dell'art. 3 CEDU in quanto le sofferenze dovute al suo sovraffollamento sarebbero state alleviate dal fatto che il centro fosse aperto. Inoltre, sotto un profilo probatorio, i ricorrenti avrebbero mancato di individuare con sufficiente chiarezza in che misura gli stessi fossero stati colpiti

ment or Punishment (CPT), from 13 to 18 April and 19 to 25 July 2016, 26 September 2017, CPT/Inf (2017) 26.

⁴ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Les réfugiés en danger en Grèce, Rapport Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées*, 07 Juin 2016, Doc. 14082.

⁵ Il *Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés*, l'associazione *Migreurop*, l'*Association Européenne de Défense des droits de l'Homme*, l'associazione *EuroMeds Droits*, l'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione e il *Greek Council for Refugees*.

⁶ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 gennaio 2011, *MSS c. Belgia e Grecia*, ric. n. 30696/09, § 223.

⁷ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, §§ 122.

dalle condizioni genericamente lamentate. Quanto all'*hotspot* di VIAL, la Corte applica, *mutatis mutandis*, le valutazioni rese con *JR*⁸ dove prende in particolare considerazione le conclusioni del CPT che non aveva ritenuto particolarmente critiche la qualità del cibo, dell'acqua potabile e delle cure mediche. Sulla base di tali osservazioni, e valutata anche la brevità della detenzione dei ricorrenti (massimo trenta giorni), i giudici di Strasburgo non riscontrano alcuna violazione dell'art. 3 CEDU all'interno dell'*hotspot*, né con riferimento agli adulti, né a danno dei minori, successivamente collocati in una *safe zone* all'interno dell'*hotspot*.

3. Le conclusioni della Corte sull'art. 5 CEDU

Quanto alla qualificazione giuridica del trattenimento dei ricorrenti, la Corte Edu affronta prima di tutto la questione se gli stessi fossero stati privati della loro libertà ai sensi dell'art. 5, § 1 CEDU o fossero stati destinatari di una restrizione alla circolazione ai sensi dell'art. 2 Prot. 4 CEDU. Per il centro di SOUDA, si ritiene il trattenimento come una restrizione non inquadrabile nell'art. 5 CEDU. Quanto all'*hotspot* di VIAL, viene distinta la situazione dei ricorrenti in ragione dell'arco temporale d'ingresso e del loro collocamento nell'*hotspot*, facendo riferimento al 21 aprile 2016 come momento decisivo, quando lo stesso venne convertito in un centro semi-aperto. La Corte riconosce pertanto ai soli ricorrenti trattenuti prima di tale data la qualifica di vittime di detenzione.

Venendo alla legittimità della detenzione, la stessa viene fondata sul combinato disposto di tre normative: l'art. 76 della l. 3386/2005⁹; gli artt. 7 e 11 §§ 5 e 13 della l. 3907/2011¹⁰; e gli artt. 9 e 14 della l. 4375/2016¹¹. La

⁸ Corte Edu, sentenza del 25 gennaio 2018, *JR e altri c. Grecia*, ric. n. 22696/16.

⁹ Greece, Law No. 3386/2005, *Codification of Legislation on the Entry, Residence and Social Integration of Third Country Nationals on Greek Territory*, 1 June 2005.

¹⁰ Greece, Law No. 3907 of 2011 on the establishment of an Asylum Service and a First Reception Service, transposition into Greek legislation of Directive 2008/115/EC "on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals" and other provisions, 26 January 2011.

¹¹ Greece, Law No. 4375 of 2016 on the organization and operation of the Asylum Service, the Appeals Authority, the Reception and Identification Service, the establishment of the General Secretariat for Reception, the transposition into Greek legislation of the provisions of Directive 2013/32/EC, 3 April 2016.

Corte ritiene quindi un mese di detenzione non eccessivo alla luce dei procedimenti e formalità amministrative volte alla loro identificazione e registrazione e, accogliendo la ricostruzione giuridica effettuata dal Governo, ritiene la situazione controversa sussunta nell'art. 5, § 1, f) CEDU. Al contrario, la Corte riscontra la violazione dell'art. 5, § 4 CEDU in quanto i ricorrenti non sono stati adeguatamente informati in una lingua a loro comprensibile sui motivi della loro detenzione e sui possibili rimedi legali esperibili.

4. Osservazioni sull'art. 3 CEDU

La Corte Edu non riconosce la violazione dell'art. 3 CEDU, ritenendo di non poter prescindere dal contesto generale nel quale le situazioni sofferte dai ricorrenti si sono verificate. Il suddetto ragionamento (già espresso in *Kblaihia*¹²) mal si concilia però con il carattere assoluto del divieto di trattamenti inumani o degradanti. La singolare opera di bilanciamento resa nella sentenza in commento si contrappone altresì ad altra giurisprudenza ben consolidata di Strasburgo, secondo cui un trattamento può essere costitutivo di una violazione dell'art. 3 CEDU anche in assenza dell'intenzione di umiliare o denigrare la vittima, o quando risulta da difficoltà oggettive legate alla gestione di una crisi migratoria (*Hirsi Jaamaa*)¹³. Ad ogni modo, la decisione della Corte sembra fondarsi anche su una questione di ordine probatorio, non avendo i ricorrenti adeguatamente circoscritto i pregiudizi sofferti. È quindi possibile che in futuro i giudici di Strasburgo decideranno diversamente.

Resta difficile comprendere il ragionamento della Corte anche con riferimento al trattenimento dei minori. La stessa infatti, nel precedente *Rahimi* (2011)¹⁴, dichiarò violato l'art. 3 CEDU nei confronti di un minore detenuto in condizioni che non sembrano discostarsi dal caso in esame e per un tempo significativamente inferiore (due giorni). Infine, desta perplessità il (presunto) collocamento dei minori in una *safe zone* dell'*hotspot*, circostanza che pare sia stata decisiva per determinare la non sussistenza della violazione dell'art. 3 CEDU. Difatti, dalle visite effettuate dal CPT nell'*hotspot* di VIAL emerge un quadro sostanzialmente diverso: ad aprile 2016 i minori vivevano

¹² Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaihia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, § 185.

¹³ Corte Edu, *Hirsi Jaamaa*, § 122.

¹⁴ Corte Edu, sentenza del 11 aprile 2011, *Rahimi c. Grecia*, ric. n. 8687/08

ancora in promiscuità con gli adulti e a luglio, a tre mesi di distanza dalla prima visita, la *safe zone* non era ancora operativa, criticità che continuano a persistere tutt'oggi come confermato da una recente pubblicazione dell'Agencia dei Diritti Fondamentali dell'UE¹⁵.

5. Osservazioni sull'art. 5 CEDU

Quanto alla violazione dell'art. 5 CEDU, la legittimità della detenzione nell'*hotspot* di VIAL solleva alcune perplessità.

In primo luogo, merita osservare che l'art. 14 della l. 4375/2016, ritenuto dal Governo la base legale della detenzione nell'*hotspot* ai fini dell'attuazione della Dichiarazione UE-Turchia, è entrato in vigore il 3 aprile 2016. Per tale motivo, le privazioni della libertà personale verificatesi tra il 20 marzo e il 3 aprile sarebbero avvenute senza una specifica previsione normativa. All'uopo merita evidenziare che ventisei decreti di espulsione sono stati emessi prima di tale data, di cui dieci nei confronti di ricorrenti detenuti nell'*hotspot* di VIAL. La Corte stessa in *Kblaifia* aveva condannato l'Italia per la violazione dell'art. 5, § 1 CEDU con riferimento alla detenzione dei ricorrenti, evidenziando l'assenza di base normativa che disciplini il trattenimento nei centri di accoglienza straordinaria.

In secondo luogo, la detenzione dei ricorrenti sembrerebbe priva di base giuridica per altre ragioni. Per comprendere appieno il quadro giuridico di riferimento richiamato dal Governo, e ritenuto applicabile dalla Corte Edu al caso concreto, sarà opportuno fare riferimento anche al precedente *JR*, richiamato dalla stessa *mutatis mutandis* alla sentenza in commento.

L'art. 46, § 2 della l. 4375/2016 prevede che uno straniero che formalizza domanda di protezione internazionale quando già si trova in stato detentivo *ai sensi* della l. 3386/2005 e l. 3907/2011, rimarrà in detenzione in via eccezionale, sempre che sussistano alcune ragioni tassative che vedremo tra poco (enfasi aggiunta). La privazione della libertà personale in questi casi può durare fino a sei mesi (*ex art.* 76 della l. 3386/2005 e art. 30 l. 3907/2011 richiamato dallo stesso art. 46).

Procedendo per gradi, per quanto riguarda le fattispecie presupposto della detenzione, ai sensi dell'art. 76, § 1 della l. 3386/2005 è prevista

¹⁵ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the 'hotspots' set up in Greece and Italy*, Opinion 3/2019, Vienna, 4 March 2019.

l'*espulsione* amministrativa di uno straniero quando sia stato condannato in maniera definitiva con una pena superiore a un anno per una serie di crimini particolarmente gravi, quando abbia violato le disposizioni della suddetta legge o quando costituisca una minaccia per l'ordine pubblico o per la salute pubblica. Successivamente, la norma, al § 3, stabilisce che, nelle more della sua espulsione (fondata sui motivi sopra elencati), venga ordinata la sua detenzione qualora sussista il rischio di fuga, di pericolo per l'ordine pubblico o che lo straniero eviti od ostacoli la preparazione della stessa.

Dunque, la ragione per la quale uno straniero si possa trovare in stato detentivo ai sensi della suddetta normativa (richiamata dall'art. 46 della l. 4374/2016) non può consistere nel solo fatto di essere entrato irregolarmente nel territorio dello Stato. Ciò contrasterebbe anche con l'art. 46, § 1 della l. 4375/2016 che, in conformità all'art. 31 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato, all'art. 2, § 1, c), chiarisce che le relative disposizioni non si applicano a chi ha proposto domanda di protezione internazionale.

Osservazioni speculari possono essere avanzate anche con riferimento alla l. 3907/2011. Gli artt. 7 e 11, §§ 5 e 13, richiamati dal Governo, prevedono il trattenimento nei *First Reception Centers* e la restrizione alla libertà personale per i cittadini di Paesi terzi entrati irregolarmente nel territorio dello Stato e non legittimano, diversamente, la privazione della loro libertà personale. Parimenti, l'art. 30 della stessa legge (che traspone l'art. 15 della direttiva rimpatri (2008/115/CE)¹⁶ e a cui la Corte fa riferimento in *JR*) disciplina la detenzione per i cittadini di Paesi terzi che sono soggetti a una procedura di rimpatrio. Tuttavia l'art. 17, § 2, a), (*ex art. 2* della direttiva rimpatri), esclude dall'ambito di applicazione della suddetta legge coloro che sono fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro, così come confermato anche nel *Return Handbook*¹⁷ pubblicato dalla Commissione europea.

Sulla base di questa ricostruzione giuridica la l. 3386/2005 e la l.

¹⁶ 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.

¹⁷ Commissione europea, *Allegato della Raccomandazione della Commissione che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*, 16 novembre 2017, C(2017) 6505 final, p. 95.

3907/2011 non sembrerebbero quindi applicabili al caso concreto. Ma anche nel caso in cui si dovesse ritenere diversamente, i motivi per i quali il richiedente asilo rimarrebbe eccezionalmente in stato di detenzione sono: la necessità di determinare la sua identità o nazionalità (ipotesi esclusa dal fatto che era già stato emesso decreto di espulsione individuale); la necessità di determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero essere ottenuti diversamente a causa del rischio di fuga del richiedente; la sussistenza di fondati motivi, basati su criteri obiettivi, di ritenere che lo stesso avrebbe avuto la possibilità di accedere alla procedura di asilo e abbia quindi presentato domanda al solo scopo di ritardare la decisione di rimpatrio.

Diversamente, come emerge dai fatti di causa, la ragione che giustifica la loro detenzione origina in un decreto di espulsione fondato sul solo fatto di essere entrati irregolarmente sul suolo ellenico, come dichiara lo stesso Governo al § 32 della sentenza in commento secondo cui «*les brochures informaient les intéressés sur le fait qu'ils étaient détenus en raison de leur entrée illégale sur le territoire et jusqu'à la fin de la procédure d'expulsion*».

Infine, la l. 4375/2016, legge sull'asilo greco che recepisce anche la direttiva procedure (2013/32/UE), è l'ultima previsione normativa richiamata dal Governo volta a legittimare la detenzione dei ricorrenti i quali, come appena visto, venivano fatti destinatari di un decreto di espulsione per il solo fatto di essere entrati irregolarmente nel territorio ellenico. Tuttavia, una corretta interpretazione e applicazione in buona fede della suddetta normativa avrebbe portato a scenari differenti. Secondo il combinato disposto dell'art. 46, § 1 e art. 14 della l. 4375/2016, chi è fermato all'arrivo o subito dopo per essere entrato in maniera irregolare nel territorio greco dovrebbe essere trattenimento in un *Reception and Identification Centre* (o *hotspot*) (ex art. 9) la cui libertà di movimento, ai fini identificativi, può essere limitata fino a un massimo di venticinque giorni. Diversamente, la privazione della libertà personale per un periodo superiore sarebbe legittima nel caso in cui il cittadino di Paese terzo, una volta trattenuto, non intenda chiedere protezione internazionale o siano accertate la sussistenza delle ipotesi sopra analizzate (ex art. 76 l. 3386/2005 ed ex art. 46 l. 3475/2016).

La prassi operata dal Governo greco, inoltre, non sembrerebbe conforme alla Dichiarazione UE-Turchia la quale, per come resa nota nel comunicato stampa 144/2016¹⁸, prevede che «i migranti che giungeranno sulle isole gre-

¹⁸ Consiglio dell'Unione europea, *Dichiarazione UE-Turchia*, 18 marzo 2016, Comunicato stampa 144/16.

che saranno debitamente registrati e qualsiasi domanda di asilo sarà trattata individualmente [...] i migranti *che non faranno domanda di asilo* o la cui domanda sia ritenuta infondata o inammissibile ai sensi della suddetta direttiva [procedura] *saranno rimpatriati in Turchia*» (enfasi aggiunta).

Per questi motivi la Corte di Strasburgo avrebbe dovuto dichiarare altresì illegittimo il trattenimento dei ricorrenti in quanto il decreto di espulsione è stato emesso senza osservare correttamente le norme sostanziali e procedurali della legislazione nazionale (*Chahal*¹⁹; *Khlaifia*²⁰).

6. *La c.d. restrizione geografica ai sensi dell'art. 2, Prot. 4 CEDU*

Un'ultima osservazione merita la questione irrisolta circa la legittimità della restrizione alla libertà personale dei richiedenti asilo nell'isola di *Chios*. La Corte Edu, come evidenziato sopra, fa ricorso alla data del 21 aprile 2016 come spartiacque ben definito per distinguere la detenzione (art. 5 CEDU) dalla restrizione della libertà personale (art. 2 Prot. 4 CEDU). Lo schema della detenzione negli *hotspot* venne successivamente sostituita dalla c.d. restrizione geografica dei richiedenti asilo sulle isole greche con la decisione amministrativa del *Greek Asylum Service* del 31 maggio 2017 (*ex art. 41, § 1, d) iii, l. 4375/2016*)²¹. Sotto quest'ultimo profilo, sarebbe stato interessante conoscere la posizione dei giudici di Strasburgo in merito alla conformità di tale misura con i requisiti dell'art. 2, § 3, Prot. 4 CEDU, soprattutto con riguardo ai trattenimenti avvenuti tra il 21 aprile 2016 e il 31 maggio 2017. Tuttavia, dal corpo della sentenza, non risulta che i ricorrenti abbiano sollevato alcuna eccezione al riguardo.

¹⁹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, § 118.

²⁰ Corte Edu, *Khlaifia*, § 91.

²¹ Asylum Information Database (AIDA), European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Country Report: Freedom of Movement Greece*, 30 November, 2020.

DIRITTI AL CONFINE E IL CONFINE DEI DIRITTI:
LA CORTE EDU SI ESPRIME SULLE POLITICHE DI CONTROLLO
FRONTALIERO DELL'UNGHERIA
(PARTE I – ESPULSIONE E ART. 3 CEDU)

Francesco Luigi Gatta*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda all'esame della Corte. – 3. Il ricorso a Strasburgo e la prima decisione della Corte nel 2017. – 4. La decisione della Grande Camera. – 5. Le condizioni di trattenimento presso la zona di transito alla frontiera. – 6. L'espulsione verso la Serbia: gli argomenti delle parti. – 7. I chiarimenti della Corte circa gli obblighi dello Stato in caso di espulsione dello straniero verso un paese terzo designato come sicuro

1. *Introduzione*

Con sentenza del 21 novembre 2019, la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha deciso il ricorso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, relativo al trattenimento di due richiedenti asilo presso una zona di transito al confine serbo-ungherese e alla loro successiva espulsione in Serbia¹.

Si tratta di una pronuncia lunga (oltre 80 pagine), complessa (interventi in causa di Stati, organismi internazionali e associazioni) e controversa (opinioni dissenzienti) che va parzialmente a riformare la sentenza resa in prima battuta nel 2017 (al punto che la stessa Corte ha predisposto una scheda di sintesi delle principali differenze tra le decisioni della Camera e della Grande Camera²).

Per stessa ammissione della Corte, inoltre, essa si è trovata di fronte all'inedita questione dell'inquadramento giuridico del trattenimento di un richiedente asilo presso una zona di transito al confine tra due Stati in pendenza dell'esame della propria domanda di protezione internazionale.

L'analisi della sentenza, alla luce della ricchezza dei suoi contenuti, è

* Research Fellow, Université Catholique de Louvain.

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Sezione), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15.

² European Court of Human Rights, Q & A, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, *Grand Chamber Judgment of 21 November 2019*.

suddivisa in due parti. La prima – che si propone di seguito – è incentrata sul profilo della compatibilità con l’art. 3 CEDU, da un lato, dell’espulsione dei ricorrenti verso la Serbia e, dall’altro, delle loro condizioni di detenzione prima che la stessa espulsione fosse eseguita. La seconda – che sarà trattata in separata sede – è dedicata alla compatibilità con l’art. 5 CEDU del trattamento dei ricorrenti presso la zona di transito³.

2. *La vicenda all’esame della Corte*

I due ricorrenti sono originari del Bangladesh. Il primo, Ilias, ritrovatosi privo di famiglia e in condizioni di povertà, intraprendeva un lungo e tortuoso percorso migratorio: dal proprio paese d’origine si recava prima in Pakistan, quindi in India, in Iran e, infine, in Turchia. Viveva di espedienti, svolgendo varie attività lavorative irregolari e, con quanto ricavato, riusciva finalmente a pagare dei trafficanti affinché dalla Turchia lo portassero in Grecia. Lì, incontrava il secondo ricorrente, Ahmed.

Questi è un “migrante climatico”: violente inondazioni travolgevano il suo villaggio in Bangladesh, uccidendo tutti i membri della sua famiglia e distruggendo la sua abitazione. Solo e senza mezzi di sostentamento, Ahmed percorreva una lunga rotta migratoria che lo portava fino in Turchia. Da lì, grazie all’aiuto dei trafficanti, raggiungeva la Grecia.

Nel 2015 i due ricorrenti lasciavano la Grecia e insieme percorrevano la rotta balcanica in risalita verso l’Europa centrale. Raggiungevano prima la Macedonia, quindi entravano in Serbia. Da qui, finalmente, approdavano in Ungheria, presso la frontiera di Röszke, località salita agli onori della cronaca come simbolo della “crisi” ungherese dei migranti e come uno dei principali punti di approdo dei flussi lungo la rotta balcanica.

In Ungheria Ilias e Ahmed presentavano domanda d’asilo. La loro richiesta veniva respinta il giorno stesso, con contestuale ordine di espulsione verso la Serbia. I due contestavano la decisione davanti al tribunale amministrativo e, in pendenza del relativo procedimento, venivano trattenuti presso la zona di transito di Röszke per un totale di 23 giorni.

Davanti alle autorità giudiziarie i ricorrenti sostenevano, tra l’altro, che la decisione di espellerli verso la Serbia – considerata dalle autorità ungheresi

³ F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell’Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2020.

quale paese terzo sicuro – fosse illegittima in quanto adottata in assenza di un adeguato esame, tanto delle loro circostanze individuali, quanto di quelle relative alla situazione serba, segnalata come particolarmente problematica per i richiedenti asilo da parte di vari e autorevoli osservatori internazionali, tra cui l'UNHCR.

I giudici ungheresi respingevano il ricorso e i ricorrenti venivano costretti ad abbandonare l'Ungheria.

3. *Il ricorso a Strasburgo e la prima decisione della Corte nel 2017*

Ilias e Ahmed adivano la Corte Edu lamentando varie violazioni della CEDU. In particolare, essi ritenevano anzitutto violato l'art. 3 sotto due profili: in relazione alla loro espulsione verso la Serbia, eseguita in violazione del principio di *non-reofulement*, e in riferimento alle condizioni di detenzione presso la zona di transito di Röszke, prima che l'espulsione avesse luogo. Sempre in merito alle condizioni del loro trattenimento alla frontiera, i ricorrenti invocavano anche una violazione dell'art. 3 congiuntamente all'art. 13. Infine, la legittimità della privazione della loro libertà personale subita presso la zona di transito veniva contestata invocando l'art. 5(1) e (4) della Convenzione.

Con sentenza del 14 marzo 2017, la Corte, pronunciandosi all'unanimità, dichiarava violato l'art. 3 CEDU in riferimento all'espulsione dei ricorrenti verso la Serbia, e non invece in relazione alle condizioni di detenzione presso la zona di transito. Dichiarava altresì che l'Ungheria aveva commesso una violazione dell'art. 13, considerato congiuntamente all'art. 3, nonché una violazione dell'art. 5, ritenendo che il trattenimento dei ricorrenti presso la frontiera prima dell'espulsione integrasse effettivamente una forma di detenzione non compatibile con la Convenzione⁴.

4. *La decisione della Grande Camera*

In seguito all'accoglimento della domanda di rinvio da parte dell'Ungheria, il caso è passato all'esame della Grande Camera. Diversi gli

⁴ Corte Edu, sentenza del 14 marzo 2017, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15. Per un'analisi e un commento della decisione, v. P. KILIBARDA, *The ECtHR's Ilias and Ahmed v. Hungary and Why It Matters*, EJIL: Talk !, 20 March 2017.

interventi in causa di terzi: da un lato, i governi della Bulgaria, della Polonia e della Russia, dall'altro, varie associazioni ed organismi internazionali, tra i quali, l'UNHCR, la Commissione Internazionale dei Giuristi e l'ECRE (*European Council on Refugees and Exiles*).

La Grande Camera, all'unanimità, ha confermato le decisioni sull'art. 3 CEDU. Dunque, violazione per quanto riguarda l'espulsione verso la Serbia e non violazione in merito alle condizioni di detenzione presso la zona di transito. Ha, invece, riformato le decisioni della Camera sugli artt. 13 e 5 CEDU, dichiarando inammissibili i relativi profili di ricorso.

5. *Le condizioni di trattenimento presso la zona di transito alla frontiera*

La Grande Camera non si sofferma a lungo sul profilo di violazione dell'art. 3 in merito alle condizioni del trattenimento dei ricorrenti nella zona di transito. Allineandosi alla decisione della Camera del 2017, la violazione viene esclusa sulla base di rapporti e documenti di autorevoli osservatori internazionali. Su tutti, in particolare, il Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura, che, in una visita condotta presso le strutture per migranti di Röszke, aveva giudicato come soddisfacenti le condizioni ivi presenti.

Più nello specifico, la Corte, prima di tutto, tiene conto del livello accettabile delle condizioni materiali legate ai bisogni più basilari (servizi igienici, pasti, illuminazione, acqua calda/fredda, contatto con altre persone, ecc.). In particolare, poi, viene valutata positivamente la possibilità di accesso alla struttura di soggetti esterni quali membri di ONG, avvocati, personale dell'UNHCR.

A proposito dell'accessibilità a strutture di trattenimento per migranti e alla possibilità di entrare in contatto con gli stessi da parte di soggetti provenienti dall'esterno, si può osservare come, all'opposto, la Corte Edu ha recentemente condannato l'Ungheria per il negato accesso a un centro di accoglienza nei confronti di un giornalista che intendeva documentarne le condizioni di vita dei richiedenti asilo (*Szurovecz c. Ungheria*, ric. n. 15428/16)⁵.

Nell'escludere una violazione dell'art. 3, viene presa in considerazione anche la durata del trattenimento dei ricorrenti: 23 giorni, ritenuti come un accettabile «*relatively short period*» (§192). In ciò la Corte sembra mostrarsi

⁵ Corte Edu, sentenza dell'8 ottobre 2019, *Szurovecz c. Ungheria*, ric. n. 15428/16. Per un'analisi della decisione v. A. FAZZINI, *L'accoglienza dei richiedenti asilo e il ruolo dei media Public Watchdog*, ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, novembre 2019.

coerente con le proprie recenti decisioni in tema di trattenimento di richiedenti asilo presso strutture di primo ricevimento. In tal senso, nella sentenza *Kaak e altri c. Grecia*, la privazione della libertà personale dei ricorrenti protrattasi per un mese presso l'*hotspot* dell'isola greca di Chios è stata ritenuta non eccessiva, anche tenuto conto delle tempistiche necessarie allo svolgimento dei procedimenti e delle formalità amministrative di identificazione e registrazione⁶.

In conclusione, sul punto, vale la pena osservare che, seppure in questo specifico caso la Corte abbia escluso una violazione dell'art. 3 CEDU (i fatti risalgono al 2015), l'Ungheria appare oggi ancora ben lontana dal garantire condizioni compatibili con gli standard di tutela dei diritti umani nelle proprie strutture di trattenimento per migranti. Evidenza di ciò si rinviene, ad esempio, nel rapporto annuale 2018 sul trattamento di migranti e rifugiati realizzato dall'Agenzia dei Diritti Fondamentali dell'Ue⁷; ovvero in quello relativo all'anno 2017 del Forum Consultivo sui diritti umani dell'Agenzia Frontex⁸. Ancora, sempre a livello di Unione europea, può ricordarsi che nel 2018 la Commissione europea ha deferito l'Ungheria alla Corte di Giustizia per le condizioni di detenzione dei richiedenti asilo presso le zone di transito e, nel 2019, ha aperto una nuova procedura di infrazione per la mancata fornitura di cibo ai migranti trattenuti nelle zone di transito al confine serbo-ungherese.

6. *L'espulsione verso la Serbia: gli argomenti delle parti*

Quanto alla loro espulsione, i ricorrenti lamentavano una violazione dell'art. 3 CEDU sotto tre diversi profili. Primo, l'allontanamento in Serbia avrebbe integrato un caso di **refoulement diretto**, numerose essendo le fonti internazionali attestanti, da un lato, pratiche di violenza, abuso e maltrattamenti sui migranti da parte delle autorità serbe e, dall'altro, le numerose carenze nelle procedure di accesso all'asilo. In secondo luogo, si evidenziavano rischi di **refoulement indiretto o "a catena"**, ancora una volta sulla base di

⁶ Corte Edu, sentenza del 3 ottobre 2019, *Kaak e altri c. Grecia*, ric. n. 34215/16. Per un'analisi della decisione v. M. CASTIGLIONE, *La (il)legittimità della detenzione negli hotspot greci*, ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, ottobre 2019.

⁷ Agenzia dei Diritti fondamentali dell'Unione europea (FRA), *Beyond the peak: challenges remain, but migration numbers drop*, Annual Review 2018.

⁸ Frontex Consultative Forum on Fundamental Rights, *Fifft Annual Report*, 2017.

ben documentante pratiche di respingimenti automatici e collettivi da parte delle autorità serbe verso la Macedonia e la Grecia, dove ben note erano le carenze sistematiche nel sistema d'asilo (certificate dalla stessa Corte Edu, v. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 2011)⁹. Da ultimo, le stesse condizioni nelle strutture di **recepimento e accoglienza di migranti in Serbia** erano state riconosciute da più organismi internazionali come largamente inadeguate.

Nella difesa del Governo ungherese riecheggiano argomentazioni ricorrenti e ormai “tipiche” del blocco di Stati di Visegrad, fortemente insofferenti verso forme di compressione della propria autonomia decisionale nelle politiche d'immigrazione: la difesa della sovranità, il diritto-dovere dello Stato di controllare i propri confini, la protezione della sicurezza interna e dell'ordine pubblico¹⁰.

Con argomenti di carattere più politico che giuridico, l'Ungheria invita la Corte di Strasburgo a un'interpretazione «prudente e realistica» (§108) degli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU e del livello minimo di gravità che il rischio di *refoulement* deve raggiungere per attivare la responsabilità dello Stato. Secondo il Governo ungherese, pretendere dagli Stati standard troppo elevati di tutela dei diritti renderebbe loro impossibile «*to stop fake refugees*», innescando una catena di conseguenze quali «*uncontrollable immigration*», «*social tension*» e «*a feeling of powerlessness and a sense of loss of sovereignty*» (§109). Simili argomentazioni si rinvencono negli interventi in causa di Bulgaria, Polonia e Russia.

Giuridicamente, il Governo ungherese fonda essenzialmente la propria difesa sulla designazione della Serbia quale “paese terzo sicuro” in applicazione della normativa nazionale a sua volta basata su quella dell'Ue (Direttiva procedure)¹¹. In particolare, si avrebbe una presunzione di sicurezza in relazione al fatto che la Serbia è un paese candidato all'ingresso nell'Unione europea. Avendo ormai intrapreso il percorso di adesione, beneficiando della guida e del supporto delle istituzioni europee per uniformare i propri stan-

⁹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09.

¹⁰ Analogamente, per le tensioni tra i Paesi di Visegrad e l'Ue in tema di ricollocazione di richiedenti asilo, v. S. PENASA, *La relocation come “minaccia” alla sicurezza nazionale? Prerogative statali, obblighi di solidarietà e spinte sovraniste nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. Sharpston*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, novembre 2019.

¹¹ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

dard di tutela dei diritti a quelli richiesti dall'Unione, la Serbia potrebbe pienamente considerarsi come un paese affidabile e sicuro per i richiedenti asilo.

7. *I chiarimenti della Corte circa gli obblighi dello Stato in caso di espulsione dello straniero verso un paese terzo designato come sicuro*

La Grande Camera coglie l'occasione del caso *Ilias e Ahmed* per fare chiarezza sugli obblighi gravanti sullo Stato in tema di espulsione di richiedenti asilo. Premesso il valore assoluto e inderogabile dell'art. 3 CEDU, la Corte ribadisce il dovere dello Stato di astenersi dall'espulsione dello straniero in presenza di un rischio di trattamenti contrari a tale norma nel paese di destinazione. Diversi, tuttavia, sono i profili di rischio che le autorità nazionali devono valutare a seconda della meta dell'allontanamento e della circostanza che la domanda d'asilo del soggetto da espellere sia stata o meno vagliata nel merito.

Più nello specifico, in caso di espulsione verso il paese d'origine del richiedente asilo, le autorità nazionali, prima di procedere all'allontanamento, dovranno valutare la fondatezza della domanda di protezione internazionale e, pertanto, i rischi *ex art. 3 CEDU* per il soggetto interessato in relazione alla situazione in detto paese. Laddove, invece, l'espulsione debba avvenire verso un paese terzo e senza che la domanda d'asilo sia stata valutata nel merito, lo Stato che espelle deve assicurarsi che il richiedente possa avere accesso alle procedure d'asilo nel paese di destinazione dell'espulsione.

Per la Corte, insomma, al richiedente deve sempre essere garantito l'accesso alle procedure di esame della propria domanda di protezione internazionale. A tal fine, se lo Stato intende espellere il richiedente senza aver esaminato nel merito la sua domanda (perché, come nel caso di specie, ha fatto applicazione del concetto di paese terzo sicuro), allora dovrà verificare che il sistema d'asilo nel paese di destinazione sia tale da garantire che la domanda del richiedente sarà adeguatamente esaminata.

In risposta alle argomentazioni dell'Ungheria circa i "falsi rifugiati" («*fake refugees*»), la Corte, pur riconoscendo il rischio di abusi e la presenza all'interno dei flussi migratori di soggetti non genuinamente bisognosi di protezione internazionale, sottolinea che la distinzione tra i c.d. migranti economici e quelli effettivamente qualificanti per la protezione internazionale può avvenire correttamente solo in esito all'espletamento di una procedura definita per legge e risultante in una decisione giuridica («*a legal procedure*

resulting in a legal decision », §137). Proprio per questo, in tutti i casi di espulsione di un richiedente asilo verso un paese terzo senza previo esame nel merito della domanda di protezione internazionale, è necessario, per lo Stato che espelle, assicurarsi che, nello Stato di destinazione, la domanda del soggetto in questione sarà adeguatamente presa in carico, esaminata e infine decisa.

Ciò vale, puntualizza la Corte, sempre e in ogni caso, vale a dire, indipendentemente dal fatto che il paese di destinazione dell'espulsione sia stato designato come "sicuro", ovvero che sia uno Stato membro dell'Ue o un candidato che vi possa in futuro accedere, ovvero ancora che lo stesso sia formalmente parte della CEDU o di altri rilevanti strumenti internazionali di tutela dei diritti umani.

La Grande Camera, pertanto, non si fida di presunzioni astratte e definizioni stabilite "a tavolino". Richiede, invece, una verifica in concreto della situazione presente nel paese di destinazione. Il concetto di paese terzo sicuro, pur legittimo di per sé, non può essere applicato in modo meccanico e automatico. Per la Corte, infatti, esso deve essere sottoposto ad un rigoroso esame, che, in particolare, deve vertere sull'affidabilità ed effettiva accessibilità del sistema di asilo e sul suo corretto funzionamento pratico.

Nell'effettuare tali verifiche, lo Stato che intende allontanare il richiedente asilo deve tenere in debita considerazione la situazione del paese di destinazione per come monitorata da organismi internazionali e per come riportata nei loro rapporti e documenti periodici. A questo riguardo, lo Stato ha un obbligo positivo di documentarsi, dovendo attivamente cercare e reperire informazioni rilevanti ed aggiornate circa la situazione presente nello Stato in cui intende espellere il richiedente asilo. Inoltre, secondo la Corte, situazioni di diffuse carenze nel rispetto dei diritti umani in un dato paese, soprattutto se oggetto di documentazione elaborata da soggetti autorevoli e di rilievo internazionale quali l'UNHCR o gli organismi del Consiglio d'Europa, devono essere note dallo Stato, che non può, giustificatamente, ignorarle.

Nel caso di specie, l'Ungheria non poteva non conoscere i rischi cui i ricorrenti sarebbero stati esposti in Serbia, con particolare riferimento alle evidenti carenze del sistema di asilo e nell'accesso alle relative procedure per il riconoscimento della protezione internazionale, nonché in relazione alle diffuse pratiche di *refoulement* a catena verso Macedonia e Grecia.

In questo caso, dunque, si pone sì una presunzione di conoscenza, che opera in favore dei richiedenti asilo: lo Stato deve essere consapevole dei rischi in caso di espulsione verso un dato paese e non può ignorarli, volgendo lo sguardo altrove.

DIRITTI AL CONFINE E IL CONFINE DEI DIRITTI:
(PARTE II – DETENZIONE E ART. 5 CEDU)

Francesco Luigi Gatta*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il trattenimento presso la zona di transito alla frontiera: una questione inedita. – 3. Il discutibile atteggiamento della Grande Camera. – 4. Il fulcro della questione: privazione della libertà personale o mera restrizione della libertà di movimento?

1. *Introduzione*

Il caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria* riguarda il trattenimento di due richiedenti asilo presso la zona di transito di Röszke al confine serbo-ungherese e la loro successiva espulsione in Serbia¹. Per la ricostruzione dei fatti di causa si rinvia al commento alla sentenza pubblicato su ADiM Blog a dicembre².

In quell'occasione ci si era soffermati sui profili di compatibilità con l'art. 3 CEDU, da un lato, dell'espulsione dei ricorrenti verso la Serbia e, dall'altro, delle loro condizioni di detenzione prima che la stessa espulsione fosse eseguita. Sul punto, la Grande Camera ha riscontrato una violazione della Convenzione per quanto riguarda l'allontanamento verso la Serbia, l'ha invece esclusa in riferimento alle condizioni di trattenimento presso la zona di transito. In questo modo è stato confermato il giudizio della Camera reso con sentenza del 14 marzo 2017³.

In questa sede ci si concentra sulla compatibilità con l'art. 5 CEDU del trattenimento dei ricorrenti presso la zona di transito. Qui, al contrario, la Grande Camera ha riformato la precedente decisione della Camera: mentre

* Research Fellow, Université Catholique de Louvain.

¹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15. Per un'analisi e un commento, v. V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, StrasbourgObservers, 23 December 2019.

² F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU)*, ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, dicembre 2019.

³ Corte Edu, sentenza del 14 marzo 2017, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15.

quest'ultima aveva riscontrato – all'unanimità – una violazione dell'art. 5, la prima ha ritenuto invece il ricorso incompatibile *ratione materiae* con la Convenzione, dichiarandolo inammissibile rispetto a tale profilo.

2. *Il trattenimento presso la zona di transito alla frontiera: una questione inedita*

I ricorrenti invocavano una violazione dell'art. 5 CEDU in riferimento alla loro permanenza presso una zona di transito ungherese al confine con la Serbia. Contestavano, in particolare, l'assenza di una base legale che giustificasse il loro trattenimento (art. 5, §1) nonché la mancanza di un ricorso effettivo per contestarne la legittimità (art. 5, §4).

Il punto cruciale affrontato dai giudici di Strasburgo, però, non è la legittimità del trattenimento dei ricorrenti, bensì la preliminare questione se lo stesso potesse effettivamente qualificarsi come forma di detenzione. Più precisamente, si tratta – per la prima volta – di inquadrare giuridicamente la permanenza (da notare la terminologia usata dalle parti: «*confinement*» per i ricorrenti, «*accommodation*» per il Governo, un più neutrale «*stay*» per la Corte) di un migrante presso una zona di transito alla frontiera terrestre tra due paesi europei in pendenza dell'esame della sua domanda d'asilo.

Nel caso di specie, in particolare, i ricorrenti si trattengono per 23 giorni presso la zona di transito, *non potendo entrare* in Ungheria, *ma potendo uscire* e quindi tornare volontariamente in Serbia, da dove erano transitati. Questa situazione integra una vera e propria privazione della libertà personale (come tale idonea a violare l'art. 5 CEDU) o si tratta di semplice limitazione della libertà di movimento?

Per la Camera che si era pronunciata nel 2017 nessun dubbio (decisione presa all'unanimità): si tratta di una forma di detenzione e, poiché la stessa è stata posta in essere in violazione delle garanzie previste dall'art. 5, l'Ungheria ha commesso una violazione della Convenzione.

Nella sentenza del 2017, in particolare, i giudici osservavano come la circostanza che i ricorrenti fossero nella posizione di tornare volontariamente in Serbia non bastasse ad escludere la violazione del loro diritto alla libertà personale durante la permanenza nella zona di transito. Infatti, la «scelta» di tornare in Serbia portava con sé il rischio di conseguenze gravi e negative, legate alle carenze nel sistema d'asilo serbo e al rischio – documentato da autorevoli fonti internazionali – di respingimenti «a catena» verso altri paesi come la Macedonia o la Grecia, in cui le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo erano altrettanto problematiche.

Coerentemente, la Corte nel 2017 aveva concluso – altrettanto all'unanimità – anche per la violazione dell'art. 3 CEDU in riferimento all'allontanamento dei ricorrenti verso la Serbia alla luce degli evidenziati rischi. La Grande Camera, invece, «spezza» questo collegamento tra l'applicabilità dell'art. 5 (qualificazione del trattenimento come detenzione e quindi privazione della libertà personale) e l'art. 3 CEDU (protezione dal *refoulement*).

Così facendo, se la Grande Camera da un lato riscontra e conferma la violazione dell'art. 3 (sì, l'espulsione in Serbia espone i ricorrenti a un rischio di trattamenti inumani e degradanti), dall'altro non ritiene applicabile l'art. 5 (no, non ci fu detenzione, perché i ricorrenti erano liberi di andare in Serbia, dove però avrebbero rischiato di subire quegli stessi trattamenti contrari all'art. 3).

In questo modo, il ragionamento della Grande Camera sembra mancare di coerenza.

3. *Il discutibile atteggiamento della Grande Camera*

Per la Corte non è determinante il fatto che, secondo il diritto ungherese, il trattenimento in una zona di transito alla frontiera non sia considerato detenzione. Ciò che rileva, infatti, non è tanto la qualificazione *de jure* che formalmente viene data a una misura detentiva dal diritto interno (*Khlaifia e altri c. Italia*, GC, 2016, §71)⁴, quanto il suo configurarsi, *de facto*, come forma di detenzione privativa della libertà personale.

Per valutare la sussistenza di una forma di detenzione occorre allora guardare ai fatti e alle specifiche circostanze concrete del caso («*specific situation in reality*», §212). In particolare, la difficoltà, spiega la Corte, consiste nel distinguere la privazione della libertà personale (rilevante *ex art. 5 CEDU*) dalla mera restrizione della libertà di movimento (rilevante *ex art. 2, Prot. 4, CEDU*). La differenza tra le due fattispecie risiede nella diversa intensità della misura (*Khlaifia, cit.*, §71; *De Tommaso c. Italia*, GC, 2017, §80)⁵.

Richiamati questi principi generali, la Grande Camera, prima di procede-

⁴ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12.

⁵ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, ric. n. 43395/09.

re all'analisi del caso concreto, pone una premessa discutibile. Afferma che, nel valutare l'inquadramento nell'una o nell'altra categoria del trattenimento di un richiedente asilo, è necessario adottare un approccio pratico e realistico («*practical and realistic*») che tenga conto delle attuali condizioni e difficoltà («*present-day conditions and challenges*», §213). Quindi, puntualizza che gli Stati hanno non solo il diritto di controllare i propri confini, ma anche quello di prendere provvedimenti contro gli stranieri che cerchino di aggirare le misure di controllo e contenimento dell'immigrazione («*the States' right... to take measures against foreigners circumventing restrictions on immigration*», §213).

Se nella casistica in tema di migrazione la Corte Edu tipicamente inizia il proprio ragionamento richiamando il consolidato principio per cui gli Stati hanno il diritto sovrano di controllare i propri confini, con la sentenza *Ilias e Ahmed* essa aggiunge un ulteriore elemento: gli Stati hanno altresì il diritto di reagire contro gli stranieri che eludono le misure di controllo migratorio.

Questa aggiunta, ulteriore e rafforzativa, rispetto al diritto degli Stati di controllare i propri confini, appare discutibile e inappropriata nel caso *Ilias e Ahmed*, in cui i due ricorrenti in nessun modo avevano cercato di eludere i controlli dell'immigrazione. Raggiunta la frontiera ungherese, infatti, essi avevano semplicemente avanzato domanda d'asilo.

Questo principio è stato affermato anche nella sentenza *Z.A. e altri c. Russia*,⁶ pronunciata, sempre in formazione di Grande Camera, lo stesso giorno di quella *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. Il caso riguardava il trattenimento dei ricorrenti nell'area transito dell'aeroporto internazionale di Mosca in pendenza dell'esame delle loro domande d'asilo⁷. Anche qui la Corte ha affermato il diritto degli Stati di reagire contro gli stranieri che violino le norme sui controlli d'immigrazione (§135). Ma anche in questo caso i ricorrenti avevano solamente presentato domanda d'asilo alle autorità di frontiera.

Se, in generale, questo principio non reca di per sé particolari problemi – non è in discussione il fatto che lo Stato abbia il diritto-dovere di controllare i confini e, se del caso, anche di applicare misure di controllo dell'immigrazione – suscita però una certa perplessità la sua esplicita e doppia affermazione da parte della Corte – peraltro, lo si ribadisce, in formazione di Grande Camera – in casi in cui non ve n'era affatto bisogno. In en-

⁶ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Z.A. e altri c. Russia*, ric. n. 1411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16

⁷ Per un'analisi e un commento v F.L. GATTA, *L'Europa, i muri e la CEDU quale "Magna Carta" del continente europeo*, ADiM Blog, Editoriale, novembre 2019.

trambi i casi, infatti, non vi è stato in alcun modo il tentativo da parte dei ricorrenti di eludere le norme o i controlli sull'immigrazione, bensì solo l'esercizio di un loro diritto: quello di cercare asilo.

L'affermazione della Corte, allora, appare fuori luogo, e lascia uno sgradevole sapore, quasi di pregiudizio, verso una supposta attitudine all'illegalità e a un atteggiamento quasi naturalmente fraudolento dello straniero.

Di più, la Grande Camera va a contestualizzare la vicenda dei ricorrenti *Ilias* e *Abmed* all'interno di quella che viene esplicitamente riconosciuta come una situazione di crisi migratoria. Per la Corte, all'epoca dei fatti, le autorità ungheresi operavano in condizioni di grande pressione a causa del massiccio afflusso di richiedenti asilo, così dovendo affrontare «*very significant difficulties*» (§228). In un tale contesto, le stesse autorità ungheresi si trovavano quindi nella necessità di adottare rapidamente misure per far fronte a quella che «*was clearly a crisis situation*» (§228).

Anche in questo caso, se l'affermazione di una consistente pressione migratoria in sé non appare contestabile – i fatti di causa risalgono al 2015, quando l'Ungheria era effettivamente la principale destinazione dei flussi in risalita dalla rotta balcanica – la rappresentazione della situazione alla stregua di una «crisi» sembra essere funzionale all'esercizio del diritto dello Stato di sorvegliare i confini e volta a giustificare l'adozione di misure contro gli stranieri che premono sugli stessi.

4. *Il fulcro della questione: privazione della libertà personale o mera restrizione della libertà di movimento?*

La Corte passa a esaminare l'inedita questione del trattenimento dei ricorrenti presso la zona di transito al confine serbo-ungherese. Nella giurisprudenza di Strasburgo non manca la casistica relativa a forme di privazione di libertà personale in zone di transito, in particolare presso aeroporti internazionali (tra i molti, *Amuur c. Francia*⁸; *Riad e Idiab c. Belgio*⁹; *Z.A. e altri c. Russia, cit.*) ovvero in centri di accoglienza per migranti sulle coste greche e italiane (*Kblaiifia, cit.*; *J.R. e altri c. Grecia*¹⁰; *Kaak e altri c. Grecia*¹¹). È invece

⁸ Corte Edu, sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92.

⁹ Corte Edu, sentenza del 24 gennaio 2008, *Riad e Idiab c. Belgio*, ric. nn. 29787/03 e 29810/03.

¹⁰ Corte Edu, sentenza del 25 gennaio 2018, *J.R. e altri c. Grecia*, ric. n. 22696/16.

la prima volta che la Corte affronta un caso di una zona di transito situata alla frontiera terrestre tra due paesi europei confinanti.

Sebbene le situazioni siano diverse, la Grande Camera applica al caso di specie i criteri elaborati in occasione dei precedenti relativi alle zone di transito situate presso frontiere aeree (aeroporti) e marittime (*hotspot* o centri di accoglienza su isole o sulla costa). I criteri per valutare l'applicabilità dell'art. 5 CEDU sono i seguenti:

1) Situazione specifica del ricorrente e sue scelte individuali

La Corte prima di tutto considera la situazione specifica dei ricorrenti. Nel caso di specie, questi si erano volontariamente recati in Ungheria, presentandosi alla frontiera. Non avevano legami con questo particolare Stato, avendolo raggiunto di propria iniziativa, passando dalla Serbia. Nel far questo, in particolare, i ricorrenti hanno agito spontaneamente e non in quanto soggetti a un diretto e immediato pericolo per la propria vita o incolumità.

2) Regime giuridico applicabile e sua *ratio*

In secondo luogo, la Corte considera le norme relative al funzionamento della zona di transito. Secondo il diritto ungherese, queste strutture fungono da «*waiting area*» (§224) dove i migranti vengono trattenuti fintantoché una decisione viene presa circa la loro ammissione sul territorio nazionale. La *ratio*, dunque, non è privare della libertà personale, bensì collocare i soggetti in attesa della decisione che li riguarda. Ciò è normale, afferma la Corte, in quanto il necessario espletamento dei controlli di frontiera richiede tempo.

3) Durata del trattenimento e garanzie procedurali in pendenza dello stesso

In terzo luogo, per la Corte è rilevante valutare se la permanenza presso una zona di transito è accompagnata da garanzie, tra cui, soprattutto, la previsione di una durata temporale massima. Nel caso ungherese questo requisito è rispettato: il diritto interno prevede una permanenza massima di 4 settimane nelle zone di transito, i ricorrenti vi rimasero per 23 giorni, avendo inoltre la possibilità di esperire azioni legali dinnanzi alle competenti autorità. Sul punto la Grande Camera poi precisa che, in generale, nel caso di richiedenti asilo trattenuti alla frontiera, il fattore-tempo non deve avere un peso così decisivo ai fini dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU. Ribadisce infatti che, stante la naturale funzione di «*waiting area*» delle zone di transito, in cui

¹¹ Corte Edu, sentenza del 3 ottobre 2019, *Kaak e altri c. Grecia*, ric. n. 34215/16.

i richiedenti permangono in pendenza dell'esame della loro domanda d'asilo, il decorso di un certo periodo di tempo è fisiologico.

4) Natura e intensità delle restrizioni subite dal ricorrente

Da ultimo, la Corte vaglia le condizioni concrete di trattenimento. La zona di transito di Röszke è circondata da barriere protettive e filo spinato, è costantemente sorvegliata e non comunicante con l'esterno. I soggetti ivi trattenuti hanno la possibilità di interagire tra loro e ricevere visite, anche da parte dei loro legali, dietro preventiva autorizzazione delle autorità ungheresi. Inoltre, le condizioni materiali all'interno della zona di transito sono considerate accettabili (infatti sul punto viene esclusa la violazione dell'art. 3 CEDU).

Una volta valutate le circostanze del caso di specie alla luce dei menzionati criteri, la Corte si sofferma sulla questione – a suo avviso decisiva – della possibilità di muoversi e lasciare la zona di transito. Infatti, spiegano i giudici, i ricorrenti avevano una concreta e reale possibilità di tornare volontariamente in Serbia. A differenza di soggetti trattenuti in zone di transito aeroportuali – che, per andarsene, avrebbero bisogno di un biglietto aereo, di documenti, di un eventuale visto, ecc. –, *Ilias e Ahmed* erano liberi di recarsi in Serbia, il cui territorio era «immediatamente adiacente» alla zona di transito ungherese (§236), al punto che essi potevano semplicemente attraversare il confine a piedi (§241).

Questa libertà fisica di lasciare la zona di transito e camminare («*physical liberty to move out of the transit zone by walking*», §248) è decisiva per la Corte. Sul punto, è amaro il commento dei giudici Bianku (Albania) e Vučinić (Montenegro) che, nella loro opinione dissenziente, osservano come la questione dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU venga ricondotta al mezzo di trasporto utilizzato dai ricorrenti per attraversare la frontiera.

Ma per la Grande Camera i ricorrenti erano liberi di andarsene in Serbia anche perché lì non risultavano esposti a un rischio immediato e diretto per la propria vita o incolumità. I rischi legati alle carenze del sistema d'asilo serbo e alla possibilità di respingimenti a catena verso altri paesi rilevano ai fini dell'art. 3 CEDU, ma non dell'art. 5, la cui applicabilità rimane esclusa.

In conclusione, questa sentenza solleva non poche perplessità. Considerato complessivamente, infatti, il giudizio della Grande Camera è incoerente, in quanto reca due pronunce che mal si conciliano l'una con l'altra. La Corte decide che, poiché i ricorrenti non erano esposti a un rischio diretto e imminente in Serbia, essi non erano in detenzione in Ungheria. Nel contempo, però, l'Ungheria ha violato l'art. 3 CEDU per non aver considerato

i rischi cui i ricorrenti andavano soggetti alla luce del loro allontanamento in Serbia.

Un ragionamento artificioso, che si scontra con il coro di voci a livello internazionale e europeo che denuncia il trattamento dei richiedenti asilo detenuti nelle strutture per migranti in Ungheria.

LA CORTE DI GIUSTIZIA RIPORTA
LE 'ZONE DI TRANSITO' UNGHERESI
DENTRO IL PERIMETRO DEL DIRITTO (EUROPEO)
E DEI DIRITTI (FONDAMENTALI)

Luisa Marin*

SOMMARIO: 1. La difficile situazione dei richiedenti asilo trattenuti a Röszke in Ungheria arriva alla Corte di Giustizia. – 2. La Corte di Giustizia mette a nudo le numerose violazioni dei principi dello stato di diritto da parte dell'Ungheria. – 3. Tutti i nodi arrivano al pettine? – 4. C'era una volta... Montesquieu. – 5. La Corte di Giustizia sorpassa la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella propria area di gioco. – 6. La Corte di Giustizia come giudice costituzionale del Sistema europeo comune di asilo.

1. *La difficile situazione dei richiedenti asilo trattenuti a Röszke in Ungheria arriva alla Corte di Giustizia*

Questa sentenza¹ è l'esito di un rinvio pregiudiziale di urgenza. Una famiglia afgana, una coppia di 58 e 63 anni, ed una iraniana, padre e figlio minorenni, sono arrivate, attraverso varie vicissitudini, alla zona di transito di Röszke, al confine serbo-ungherese. Come è noto, l'Ungheria non lascia accedere i migranti nel proprio territorio, ma li trattiene in due 'zone di transito', ai confini con la Serbia, presso le località di Tompa e Röszke. Da questi centri di trattenimento, recintati e sorvegliati, ci si può allontanare solo in direzione Serbia².

A Röszke i ricorrenti hanno presentato, in momenti distinti, delle do-

* Istituto Universitario Europeo. Questo scritto si sviluppa all'interno di un progetto che ha ricevuto un finanziamento dal programma Horizon 2020 dell'UE, Marie Skłodowska-Curie grant agreement N. 891762. Esso rappresenta unicamente le opinioni dell'Autore e non esprime in alcun modo la posizione dell'Istituzione finanziatrice.

¹ Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, FMS, FNZ e Altri c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság e Országos Idegenrendészeti Főig.

² B. Nagy, 'From Reluctance to Total Denial: Asylum Policy in Hungary 2015-2018' in V. Stoyanova and E. Karageorgiou (eds) *The New Asylum and Transit Countries in Europe during and in the Aftermath of the 2015/2016 Crisis* (Brill 2019) 17.

mande di asilo, che sono state dichiarate inammissibili, secondo la legislazione ungherese. Allo stesso tempo, le autorità ungheresi hanno adottato una decisione che obbligava i richiedenti a ritornare in Serbia. La Serbia ha tuttavia rifiutato la riammissione, negando che ne ricorressero i presupposti. In seguito a ciò, le autorità ungheresi hanno emendato la decisione di rimpatrio indicando il paese di origine dei richiedenti asilo come la destinazione del rimpatrio, senza tuttavia aver esaminato la richiesta di asilo dei richiedenti.

I ricorsi (amministrativi) contro suddette decisioni sono stati respinti e, pur in assenza di mezzi di impugnazione avverso tali decisioni nel diritto ungherese, i richiedenti asilo hanno ricorso avverso tali decisioni presso il tribunale amministrativo e del lavoro di Szeged (di seguito: il giudice amministrativo), giudice del rinvio, chiedendo l'annullamento delle decisioni di rigetto delle loro domande di asilo, con tanto di ingiunzione alle autorità di rinnovare la procedura di esame delle stesse.

Allo stesso tempo le famiglie di richiedenti asilo hanno lamentato di essere stati detenuti e trattenuti per mesi nella zona di transito di Röszke, dapprima nella zona destinata ai richiedenti asilo, senza che la loro domanda sia stata esaminata e quindi senza poter essere qualificati come richiedenti asilo, ed in un secondo momento nel settore per le persone che devono essere rimpatriate, senza aver avuto una decisione di rimpatrio fornita di una motivazione, al fine di permettere una qualche forma di controllo in sede giurisdizionale.

2. *La Corte di Giustizia mette a nudo le numerose violazioni dei principi dello stato di diritto da parte dell'Ungheria*

La lunga e molto articolata sentenza della Grande Sezione (55 pagine e 302 paragrafi, più il dispositivo in 8 punti), ha esaminato diverse questioni, che tuttavia non possono essere qui presentate in modo esaustivo, per motivi di spazio.

Come accade, la Corte, nel rispondere alle questioni pregiudiziali, decide l'ordine della sua analisi. La prima questione esaminata dalla Corte riguarda la legislazione ungherese che permette all'autorità amministrativa di modificare il paese di destinazione nel caso di una decisione di rimpatrio anteriore. Secondo la legislazione ungherese, la modifica del paese di destinazione da parte dell'autorità amministrativa non può essere riesaminata da parte di un giudice indipendente, ma solo dall'autorità amministrativa. La Corte chiarisce che il primato del diritto dell'Unione (Direttiva Rimpatri) e l'art. 47 della Carta dei diritti, che sancisce il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, de-

vono essere interpretati nel senso che richiedono che il giudice nazionale davanti al quale viene contestata la legittimità della decisione di rimpatrio, debba dichiararsi competente a decidere tale ricorso.

Un altro gruppo di questioni esaminate riguarda la Direttiva Procedure e la prassi ungherese dei rimpatri verso la Serbia. La legislazione ungherese prevede che possa essere dichiarata irricevibile una domanda di protezione presentata da un richiedente che è arrivato in Ungheria attraversando un altro paese terzo sicuro, la Serbia: è la cd. regola del paese terzo sicuro che viene usata dalla legislazione ungherese per dichiarare irricevibili moltissime domande. Su questo, la Corte stabilisce che la Direttiva Procedure e l'art. 18 della Carta dei diritti, che garantisce il diritto di asilo, lette insieme all'obbligo di leale cooperazione, debbano essere interpretate nel senso che, quando una domanda di asilo è stata rigettata ed è stata confermata da una decisione di un giudice, prima che la contrarietà al diritto dell'Unione sia stata accertata, l'autorità amministrativa responsabile non è obbligata a riesaminare d'ufficio la domanda. Tuttavia, l'esistenza di una sentenza della Corte che sancisce l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della legislazione ungherese che permette di dichiarare irricevibili tutte le domande dei richiedenti che hanno attraversato la Serbia costituisce un elemento nuovo relativo all'esame di una domanda di protezione internazionale. Se il richiedente presenta una nuova domanda, questa non può essere dichiarata irricevibile perché la sentenza europea che dichiara un motivo di irricevibilità previsto dalla legge nazionale incompatibile con il diritto europeo deve essere letta come un elemento nuovo.

Un altro aspetto importante di questa sentenza-fiume è quello relativo al regime giuridico delle persone trattenute nella zona di transito di Röszke, esame che viene effettuato con riferimento alle Direttive Procedure e Accoglienza, per i richiedenti asilo, e con riferimento alla Direttiva Rimpatri, per le persone migranti in stato di soggiorno irregolare. Un primo aspetto deciso dalla Corte di Giustizia riguarda la qualificazione del trattenimento dei migranti nelle zone di transito come detenzione. Il concetto di detenzione ha lo stesso significato in tutte le direttive esaminate ed indica una misura che presuppone la privazione della libertà di movimento e l'isolamento dal resto della popolazione. La Corte qualifica le condizioni di accoglienza e trattenimento nella zona di transito di Röszke come detenzione perché la situazione del 'campo' di Röszke integra una privazione della libertà dal momento che le persone non possono uscire liberamente dal campo. Infatti, il perimetro di questa zona è recintato e chiuso, all'interno della stessa i movimenti sono limitati e sorvegliati, e lo spazio non può essere lasciato volontariamente: tutto

ciò costituisce una privazione della libertà che va qualificata come detenzione ai sensi delle menzionate direttive.

Allo stesso tempo, la Corte stabilisce che, conformemente alla Direttiva Accoglienza e alla Direttiva Rimpatri, la detenzione di un richiedente asilo deve rispettare determinate garanzie procedurali e di tutela giurisdizionale dei diritti, arrivando a qualificare come illegittima la sistemazione dei migranti presso il centro di Röszke. Il giudice nazionale, anche su questo aspetto, è investito dalla Corte di Giustizia dell'obbligo di 'autodichiararsi' competente ad esaminare la legalità della detenzione e abilitato a liberare immediatamente i migranti detenuti illegittimamente. La Corte chiude il cerchio sostenendo che il richiedente asilo può rivolgersi al giudice nazionale affinché lo stesso possa statuire sul suo diritto ad un sostegno finanziario o a un alloggio in natura, anche con misure *ad interim*, e che il giudice nazionale, pur in assenza di rimedi previsti dal diritto interno, debba dichiararsi competente a statuire sui relativi ricorsi.

3. *Tutti i nodi arrivano al pettine?*

Con questa sentenza la Corte di Giustizia continua il suo percorso di affermazione della legalità (anche costituzionale) europea, attraverso il controllo della compatibilità con i Trattati ed il diritto derivato di alcuni aspetti del sistema ungherese di 'accoglienza' dei richiedenti asilo. Si tratta di un tassello di un puzzle più complesso, che coinvolge anche altri aspetti della politica ungherese in materia di gestione dei migranti, quale ad esempio, la scelta di questo paese, in primis, di non dare attuazione alle decisioni di ricollocamento adottate dal Consiglio nel 2015, arrivando ad un approdo di netta disobbedienza. Come noto, la vicenda è sfociata, dapprima, in un ricorso per annullamento promosso da Slovacchia e Ungheria contro le decisioni citate, ricorso che ha avuto come esito la conferma da parte della Corte di Giustizia della legittimità delle decisioni contestate³; poi, in una procedura di infrazione, questa volta avviata dalla Commissione contro Repubblica Ceca, Ungheria e Polonia, proprio per non aver ottemperato alle decisioni sui ricollocamenti; quindi, nella decisione del 2 aprile 2020 con la quale la Corte di Giu-

³ Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, cause riunite C-643/15 e C-647/15, sentenza del 6 settembre 2017, Rep. Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea, ECLI:EU:C:2017:631

stizia ha accertato l'infrazione commessa da questi paesi⁴. Il filone di contenzioso ricordato sopra si caratterizza per una contestazione aperta della sovranità europea da parte di alcuni stati, tra i quali vi è l'Ungheria. In un'altra prospettiva, questa sentenza si inserisce in un filone che affronta il complesso nodo della *rule of law* ungherese e, più in generale, del 'modo di stare nell'Unione Europea' da parte delle democrazie illiberali dei paesi dell'ex blocco comunista, meglio noti come gruppo di Visegrad.

4. *C'era una volta... Montesquieu*

Una prima questione che la Corte affronta riguarda la possibilità per l'autorità amministrativa ungherese di modificare il paese di destinazione di una procedura di rimpatrio, senza che la persona destinataria possa proporre ricorso davanti ad un giudice, ma semplicemente un'opposizione presso le autorità incaricate dell'asilo, in qualità di polizia migratoria. Vale la pena di sottolineare che la disciplina ungherese tratta il cambio di destinazione di una decisione di rimpatrio alla stregua di un cambio di destinazione per un biglietto di viaggio 'aperto', senza nessuna garanzia di tutela dei diritti di tipo giurisdizionale. A questo proposito viene chiesto alla Corte se l'art. 13 della Direttiva Rimpatri, che prevede il diritto a mezzi di ricorso effettivi contro la decisione di rimpatrio, letto insieme all'art. 47 della Carta dei diritti, ostacoli siffatta normativa, e non imponga invece al giudice davanti al quale è stata contestata la legalità di tale modifica, di riconoscersi competente per esaminare detta questione.

La Corte smonta la costruzione ungherese che punta sull'economicità del sistema di atti amministrativi, perché ritiene che una decisione assunta in precedenza ma nella quale venga modificato il paese di destinazione debba essere interpretata come una nuova decisione, visto che la destinazione è parte costitutiva di una decisione di rimpatrio⁵. E siccome nella procedura di rimpatrio, le autorità devono valutare il rispetto del principio di non *refoulement*, la decisione deve dare conto di questa valutazione nella sua motivazione.

Quanto alla natura del ricorso previsto all'art. 13 della Direttiva Rimpatri, siccome la direttiva rimpatri non richiede necessariamente che il ricorso

⁴ Corte di Giustizia dell'UE, Terza Sezione, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, Commissione c. Polonia, Ungheria, e Rep. Ceca, ECLI:EU:C:2020:257

⁵ Sentenza in commento, paragr. 116.

sia esperito davanti ad un organo giurisdizionale, ma richiede, un mezzo di ricorso effettivo davanti ad una autorità giudiziaria o amministrativa, la Corte declina la *Berlioz Investment Fund* nel caso concreto, richiedendo che se un ricorso viene esperito davanti ad una autorità non giurisdizionale, almeno questa decisione amministrativa debba poter essere oggetto di impugnativa davanti ad una autorità giurisdizionale competente a decidere dette questioni.

Siccome nella normativa ungherese la decisione amministrativa non è impugnabile, la Corte deve sciogliere un ultimo punto, ovvero se l'autorità amministrativa ungherese possa essere considerata come giurisdizione, perché soddisfa requisiti di indipendenza. Su questo punto la Corte ritorna nel solco della sua giurisprudenza recente in materia di indipendenza dei giudici, come *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ma soprattutto *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire, caso L.M.)*, e *A.K. e altri* (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)⁶, andando a ripercorrere i requisiti fondamentali dell'indipendenza della magistratura, che stanno nell'assenza di etero-direzione da parte di altri poteri, in primis esecutivo e legislativo. In sostanza, la Corte coglie l'occasione per ripercorrere le basi del funzionamento dello stato di diritto, ritornando a Montesquieu, che la Corte indirettamente evoca, ricordando il principio di separazione dei poteri ed i suoi postulati. La Corte arriva alla conclusione che la legge ungherese non soddisfa questo requisito previsto dalla Direttiva Rimpatri, disconoscendo il contenuto essenziale del diritto previsto dalla Carta, applicando ai migranti da rimpatriare un ragionamento sviluppato sulla Direttiva Procedure con la sentenza relativa all'imprenditore russo Torubarov⁷.

L'aspetto più interessante del ragionamento della Corte è proprio l'investitura del giudice ungherese della legittimazione ad esaminare la legittimità del provvedimento⁸. Questo aspetto viene costruito sulla base del diritto dell'Unione e del suo primato, che implica un dovere di disapplicazione di una normativa interna non conforme all'art. 47 della Carta, che quindi non necessita di attuazione. Questo impone che sia il giudice del rinvio a dichiararsi competente ad effettuare un tale riesame, in virtù della Direttiva Rimpatri, unitamente al primato del diritto europeo e alla natura dell'art. 47 della Carta. In questo modo, attraverso un processo di interpretazione del diritto europeo, la Corte di Giustizia entra nell'ordinamento ungherese e ri-

⁶ Ibidem, paragr. 132.

⁷ Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, sentenza del 29 luglio 2019, causa C-556/17, Alekszj Torubarov c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal

⁸ Sentenza, paragrafo 138.

mescola le carte sul tavolo, di fatto re-investendo la magistratura di compiti dei quali è stata privata dalle riforme di Orbàn, congelando gli aspetti della normativa ungherese che contrastano platealmente con i principi relativi allo stato di diritto.

In questa parte della sentenza si apprezza come il caso ungherese della crisi della *rule of law* abbia molti punti di contatto con il caso polacco, come osservato anche dal Parlamento Europeo⁹, e questa sentenza può essere ascritta al filone della crisi della *rule of law*, che vede appunto le incerte democrazie dell'ex blocco comunista protagoniste di veri e propri affronti al diritto europeo e alle sue istituzioni, in un processo di contestazione della stessa sovranità dell'ordinamento europeo.

5. *La Corte di Giustizia sorpassa la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella propria area di gioco*

Un'altra questione rilevante affrontata nella pronuncia riguarda la qualificazione come detenzione (illegittima, alla luce delle fonti europee) del trattenimento dei richiedenti asilo presso la zona di transito di Röszke. È molto interessante che la Corte di Giustizia qualifichi come detenzione questa forma di trattenimento, giacché sovverte la posizione assunta proprio in riferimento alla medesima zona di transito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso 'Ilias II' del novembre 2019¹⁰.

In una prima sentenza del 2017¹¹, la Quarta Sezione della Corte EDU aveva ritenuto che la 'sistemazione' dei migranti a Röszke costituisse detenzione, mentre la Grande Sezione aveva ribaltato questa valutazione. Per la Grande Sezione, in primo luogo, i ricorrenti erano entrati nella zona di transito di propria iniziativa, per poter accedere al territorio ungherese; in secondo luogo, la durata della permanenza era stata di 23 giorni, tempo ritenuto congruo dalla Corte EDU per valutare la domanda di asilo; in terzo luogo, la limitazione riguardava l'ingresso in Ungheria, perché i ricorrenti erano 'liberi' di ritornare in Serbia, cosa che però avrebbe comportato la rinuncia alla domanda di asilo in Ungheria. Pur avendo ritenuto, non senza contraddizione, che l'accompagnamento alla frontiera serba violasse l'art. 3 CEDU, per le inefficienze del sistema di asilo serbo, e per il

⁹ Parlamento europeo, News, Rule of law in Poland and Hungary has worsened, 16.1.2020.

¹⁰ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, Ilias e Ahmed c. Ungheria, ric. n. 47287/15

¹¹ Corte Edu, sentenza del 14 marzo 2017, Ilias e Ahmed c. Ungheria, ric. n. 47287/15

rischio di *refoulement*, la Grande Sezione ha ritenuto, a maggioranza, e sulla base di una diversa valutazione dei fatti del caso, che la detenzione nella zona di transito non costituisca privazione della libertà personale¹².

In linea con una tendenza restrittiva in atto a Strasburgo anche su altri fronti, quale ad esempio quello del divieto di espulsioni collettive ai confini terrestri dell'UE¹³), la Corte EDU ha adottato un approccio formalistico, non dando adeguata attenzione all'effettività della tutela dei diritti degli individui. Come è stato osservato¹⁴, con questa giurisprudenza la Corte EDU crea incertezza sui criteri che definiscono la detenzione dei richiedenti asilo come violazione della libertà personale, e, più in generale, fa un passo nella direzione opposta a quanto necessario per portare il fenomeno della 'cimmigration' nel solco della tutela dei diritti e delle libertà personali¹⁵.

Per quanto riguarda la sentenza qui in commento, la Corte di Giustizia, nel valutare la sussistenza della detenzione, valorizza tutte le limitazioni imposte ai migranti, quali, ad esempio, la presenza di recinzioni e di sorveglianza armata, gli spazi esegui dei containers e l'impossibilità di ricevere visite senza previa autorizzazione. Non viene accettata l'obiezione del governo ungherese sulla libertà di allontanarsi a piedi verso la Serbia, visto che questo comporta rinuncia alla domanda di asilo, e che l'ingresso in Serbia comporta l'esporsi a sanzioni da parte serba. Per quanto riguarda l'aspetto della qualifica dei trattenimenti nelle zone di frontiera come detenzione, la Corte di Giustizia offre senz'altro una maggiore protezione agli individui, e supera la Corte EDU nel proprio terreno di gioco, la protezione dei diritti fondamentali.

Stabilendo che la detenzione è illegittima, la Corte di Giustizia ha sancito

¹² F. L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: la Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2020.

¹³ Sulla sentenza *Asady e altri c. Slovakia*, si veda il commento di A. BUFALINI, *L'insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2020; si ricordino anche i casi *N.D. e N.T. c. Spagna*, e poi *M.N. e altri c. Belgio*, sul quale si veda il commento di A.-N. REYHANI, *Expelled from Humanity: Reflections on M.N. and Others v. Belgium*, in *VerfBlog*, 6.5.2020.

¹⁴ V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, at *StrasbourgObservers.com*

¹⁵ L. MARIN, A. SPENA, *Introduction: The Criminalization of Migration and European (Dis)Integration*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, pp. 147–156

un obbligo di liberazione dei migranti trattenuti nella zona di transito. Dopo un primo comunicato stampa nei confronti della sentenza e della Corte dai toni decisamente sopra le righe, l'Ungheria ha repentinamente mutato atteggiamento, procedendo alla liberazione dei migranti detenuti, per lo più minorenni, ed estendendo la possibilità di richiedere asilo oltre quel valico di frontiera. A questo punto pare corretto non illudersi sul perché di questa giravolta, che pare motivata non tanto da una svolta filantropica del governo, quanto dalla necessità di 'ritoccare' l'immagine dell'Ungheria e raffreddare i toni del confronto con le istituzioni europee, anche in vista del supporto europeo per il periodo post-pandemia e per la negoziazione del budget pluriennale dell'Unione¹⁶. È noto che la minaccia della condizionalità vincolata al rispetto della *rule of law* è uno spettro che aleggia per l'Europa¹⁷, ed anche il vero motivo del ripensamento di Orbán sul campo di detenzione dei richiedenti asilo di Röszke.

Oltre a questo aspetto, è altrettanto certo che le implicazioni della sentenza potrebbero andare aldilà del caso ungherese, e riguardare anche altri paesi che avessero adottato soluzioni simili.

6. *La Corte di Giustizia come giudice costituzionale del Sistema europeo comune di asilo*

Oltre alla qualificazione dei trattenimenti nelle zone di transito come detenzione, un tratto fondamentale di questa sentenza è dato dall'interpretazione della Corte di Giustizia sul primato e sugli effetti dell'art. 47 della Carta. Per tutte le tre direttive interpretate, la Corte sostiene che il primato e che il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo impongono ai giudici nazionali di 'autodichiararsi' competenti a conoscere dei ricorsi promossi dai migranti, che, deve essere ricordato, sono cittadini di paesi terzi. Questo deve poter accadere, anche se il diritto interno non prevede delle procedure specifiche a tal fine, perché ha deciso di 'disobbedire' al diritto europeo¹⁸.

¹⁶ Come si legge in M. STEINBEIS, *Watching the Peacock Dance*, in *VerfBlog*, 22.5.2020

¹⁷ Sulla quale si veda I. GOLDNER LANG, *The Rule of Law, the Force of Law and the Power of Money in the EU*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2019

¹⁸ Cfr. I. GOLDNER LANG, *No Solidarity without Loyalty: Why Do Member States Violate EU Migration and Asylum Law and What Can Be Done?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, pp. 39-59.

Per questo motivo questa sentenza fa parte dei '*grands arrêts*' della Corte di Giustizia, perché è una sentenza che, riprendendo lo spirito della *Van Gend en Loos* (e della *Costa / ENEL*) crea rapporti giuridici tra persone e corti, laddove il governo ungherese li aveva interrotti. Nonostante una legislazione interna che ha deciso di ridimensionare il ruolo dei giudici, la Corte di Giustizia cancella questo ordine moncato del rispetto della *rule of law*, e del più ampio novero dei principi costituzionali che questa formula sintetica sottende, e lo sostituisce con una legalità costituzionale europea, della quale l'Ungheria aveva pur fatto parte. I veri vincitori di questa sentenza sono le corti ungheresi ed i migranti. Proprio per questi ultimi, la forza emancipatrice di questa sentenza riprende lo spirito della *Van Gend en Loos*, perché la Corte interviene per ripristinare i diritti conferiti loro dal diritto europeo, diritti che dovranno essere tutelati da giudici, altrettanto re-investiti di un ruolo del quale sono stati privati, lavoro che la Corte aveva già iniziato con la *Torubarov*.

In sostanza, se il vento populista aveva spostato le zone di transito al di fuori del perimetro del diritto e dei diritti, la Corte di Giustizia ridefinisce questo perimetro, riportando, a suon di sentenze, lo stato di diritto in Ungheria.

CHI VUOLE UN TERRORISTA?
LA DETENZIONE DELLO STRANIERO IN VISTA
DELL'ESPULSIONE VIOLA LA CEDU IN ASSENZA
DI UNA PROSPETTIVA REALISTICA
DI CONCRETIZZARE IL SUO ALLONTANAMENTO DALLO STATO

Francesco Luigi Gatta*

SOMMARIO: 1. Background della vicenda. – 2. La prima decisione della Corte Edu e i successivi sviluppi. – 3. La decisione della Corte. – 4. La questione dei combattenti musulmani nel conflitto in Bosnia. – 5. I requisiti di liceità della detenzione – 6. Formalismo vs pragmatismo. – 7. Le altre violazioni invocate dal ricorrente (art. 5, §§4 e 5; art. 3 CEDU).

1. *Background della vicenda*

Il caso in commento riguarda Imad Al Husin, cittadino siriano¹. All'età di 20 anni, egli si recava nell'allora Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia per condurre i propri studi. Lì si sposava secondo il rito musulmano e, successivamente, otteneva la cittadinanza bosniaca.

Durante la Guerra in Bosnia negli anni 1992-1995, Al Husin prendeva parte al conflitto come membro del «*El Mujahedin*», unità combattente inquadrata all'interno dell'esercito della Repubblica bosniaca nella quale venivano fatti confluire i guerrieri volontari provenienti dall'esterno – prevalentemente dal Medio Oriente – in supporto dei musulmani bosniaci. In questo contesto egli ricopriva una posizione apicale, quale leader di un gruppo di “*foreign fighters*” ispirato alle linee ideologiche dell'Islam più austero e conservatore (movimento di pensiero wahhabita-salafita).

Al termine del conflitto, il ricorrente, classificato quale pericolo per la sicurezza nazionale, veniva privato della cittadinanza bosniaca e, a partire dal 2008, posto in detenzione in un centro di reclusione per stranieri. Applicava per l'asilo, ma la sua domanda veniva respinta. Quindi, nel 2011, veniva fatto

* Research Fellow, Université Catholique de Louvain.

¹ Corte Edu, sent. 25 giugno 2019, *Al Husin c. Bosnia ed Erzegovina* (No. 2), ric. n. 10112/16.

destinatario di un provvedimento di espulsione accompagnato dal divieto di reingresso in Bosnia per 5 anni.

2. *La prima decisione della Corte Edu e i successivi sviluppi*

Tali ultime vicende generavano un'intricata sequenza di azioni giudiziarie che portavano anche al coinvolgimento della Corte Edu, adita da Al Husin con un ricorso introdotto nel 2008 nel quale egli lamentava, in particolare, una violazione dell'art. 3 CEDU in caso di sua espulsione verso la Siria, dove egli avrebbe rischiato di subire trattamenti inumani e degradanti.

La Corte di Strasburgo, dapprima faceva applicazione dell'art. 39 del suo regolamento di procedura, indicando al Governo bosniaco di non procedere con l'espulsione di Al Husin, quindi, con propria sentenza del 2012, dichiarava la violazione dell'art. 3 CEDU in caso di esecuzione dell'espulsione verso la Siria². La Corte accertava altresì una violazione dell'art. 5(1) della Convenzione, con riguardo al periodo di detenzione subito dal ricorrente dall'ottobre 2008 fino al febbraio 2011, in quanto avvenuto senza che fosse stato emesso un ordine di espulsione.

A seguito di questa pronuncia, nel 2012, le autorità bosniache emanavano un nuovo ordine di espulsione, iniziando la ricerca di un Paese terzo disposto a ricevere Al Husin (non espellibile verso il suo Paese d'origine, la Siria, stante l'intervenuta sentenza della Corte Edu). Nel mentre, lo stato di detenzione del ricorrente veniva regolarmente prorogato di anno in anno, per motivi di sicurezza nazionale. Ne seguiva una pluriennale "battaglia" giudiziaria, tale da coinvolgere varie giurisdizioni interne, compresa la Corte Costituzionale bosniaca, che si pronunciava con più decisioni.

Tuttavia, nonostante plurimi ricorsi, appelli e riesami, il ricorrente restava in detenzione: in base alle evidenze dell'Agenzia Nazionale per la Sicurezza, infatti, numerosi fattori portavano a considerare Al Husin come una minaccia (tra l'altro, presunti contatti con cellule terroristiche internazionali, supporto ai "foreign fighters" operanti in Medio Oriente, conti bancari all'estero e capitali gestiti in modo illecito, influenze e collegamenti con militanti e gruppi armati siriani).

Non rilasciabile in Bosnia, in quanto fortemente pericoloso per la sicurezza interna, e nemmeno rimpatriabile nel proprio Paese di origine, Al

² Corte Edu, sentenza del 7 febbraio 2012, *Al Husin c. Bosnia ed Erzegovina*, ric. n. 3727/08.

Husin veniva “offerto” a decine di Paesi terzi, nel tentativo di dare esecuzione all’ordine di espulsione. In particolare, il Ministero degli Esteri bosniaco, nel corso degli anni a partire dal 2012, procedeva a sondare la disponibilità di 43 diversi Stati a livello mondiale, inclusi Paesi appartenenti all’area del Medio Oriente (es. Turchia, Qatar, Emirati Arabi Uniti, Arabia Saudita), Paesi Africani (Egitto, Marocco), Stati membri dell’Ue (tra cui l’Italia), così come destinazioni più remote (Canada, Russia). Ma nessuno si dichiarava disposto ad accogliere Al Husin.

Da ultimo, nel febbraio 2016, poiché la detenzione del ricorrente aveva raggiunto la durata massima consentita dalla legge bosniaca, egli veniva rilasciato e sottoposto a una serie di misure cautelari (tra cui divieto di lasciare Sarajevo, obbligo di presentazione periodica alla polizia, confisca del passaporto).

Al Husin quindi adiva nuovamente la Corte di Strasburgo, invocando una violazione dell’art. 5, paragrafi 1, 4 e 5 della CEDU, in riferimento alla pretesa illiceità della sua detenzione, protrattasi complessivamente per 8 anni (dal 2008 al 2016), nonché dell’art. 3, per le condizioni in cui la stessa si era svolta.

3. *La decisione della Corte*

La Corte, pronunciandosi all’unanimità, ha riscontrato una violazione dell’art. 5(1) CEDU con riferimento ad una determinata porzione di tempo nell’arco della complessiva durata della detenzione del ricorrente. Per i giudici di Strasburgo, in particolare, la detenzione di Al Husin è divenuta illegittima e incompatibile con la Convenzione a partire dal momento in cui era ormai divenuto evidente che l’espulsione dello stesso non si sarebbe potuta concretizzare, stante il rifiuto di numerosi Paesi terzi ad accoglierlo. Non sono state invece riscontrate violazioni delle altre norme invocate dal ricorrente.

4. *La questione dei combattenti musulmani nel conflitto in Bosnia*

La vicenda di Al Husin s’inserisce nel solco di una problematica che nel periodo recente ha particolarmente interessato la Bosnia-Erzegovina: il trattamento degli ex-combattenti musulmani dell’esercito *mujaheddin* coinvolti

nel conflitto dell'ex-Jugoslavia negli anni '90³. Si tratta di una delicata e diffusa questione, che negli anni ha dato luogo a una lunga serie di vicende giudiziarie a livello interno, coinvolgendo varie giurisdizioni, inclusa, a più riprese, la Corte Costituzionale bosniaca.

A livello internazionale, il fenomeno dell'afflusso di militanti musulmani stranieri nella Guerra in Bosnia è stato affrontato dal Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia che per primo ha esaminato sistematicamente la questione del loro coinvolgimento in formazioni para-militari e in gruppi armati inquadrati nell'esercito della Repubblica bosniaca (casi *Hadžibasanić & Kubura* del 2006 e *Delić* del 2008).

La stessa Corte di Strasburgo ha già avuto modo di pronunciarsi su questa tematica (v. le decisioni nei casi *Al Hanchi* del 2011⁴ e *Al Hamdani* del 2012⁵). Peraltro, secondo l'opinione dissenziente espressa dal Giudice bosniaco Mijović nel giudizio *Al Husin* del 2012, la questione della gestione post-conflitto dei militanti stranieri *mujabeddin* ha una portata così considerevole in Bosnia da rappresentare un problema strutturale, che, come tale, avrebbe giustificato un coinvolgimento della Corte Edu nella sua massima e più autorevole formazione giudicante, la Grande Camera⁶.

Inserendosi in questo contesto, la sentenza in commento arricchisce la casistica della giurisprudenza di Strasburgo in materia, fornendo, in particolare, degli interessanti chiarimenti circa i profili di liceità della detenzione dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione.

5. I requisiti di liceità della detenzione

Nella propria decisione, innanzitutto, la Corte esamina la detenzione subita dal ricorrente secondo il proprio schema di valutazione "classico" relativo all'art. 5(1) CEDU: per essere ammissibile, una misura privativa della libertà personale deve, da un lato, avere fondamento giuridico («*lawfulness of*

³ In argomento v. J. MUSTAPHA, *The Mujabideen in Bosnia: the foreign fighter as cosmopolitan citizen and/or terrorist*, in *Journal of Citizenship Studies*, Vol. 17, 2013, Issue 6-7, pp. 742-755.

⁴ Corte Edu, sentenza del 15 novembre 2011, *Al Hanchi c. Bosnia ed Erzegovina*, ric. n. 48205/09.

⁵ Corte Edu, sentenza del 7 febbraio 2012, *Al Hamdani c. Bosnia ed Erzegovina*, ric. n. 31098/10.

⁶ Sul punto v. I. POPOVIC, O. ŠEVO, *The neverending story of Al Husin and Bosnia and Herzegovina: from El-Mujabedin to freedom?*, in *Law and Politics*, Vol. 15, n. 2, 2017, pp. 57-69.

detention») e, dall'altro, non deve avere carattere arbitrario («*protection from arbitrariness*»).

Quanto al primo profilo, la Corte ribadisce la necessità che la detenzione sia inquadrabile in una delle sei ipotesi espressamente elencate dalle lettere da *a*) ad *f*) dell'art. 5 CEDU: si tratta di una lista esaustiva di motivi che rendono ammissibile privare un individuo della propria libertà personale. Pertanto, una misura detentiva che non rientri in tale elenco risulterà contraria alla Convenzione (*Khlaifia e altri c. Italia*, GC, §93)⁷.

Quanto al secondo profilo, i giudici di Strasburgo riaffermano che la nozione di arbitrarietà ai sensi e ai fini dell'art. 5(1) si estende oltre l'aspetto formale di non conformità alla legge: la privazione della libertà di un individuo, ancorché formalmente conforme ai termini della legislazione domestica di uno Stato, può ben configurarsi nella pratica come arbitraria e quindi contraria alla CEDU. Per valutare l'arbitrarietà della detenzione la Corte ricorre a indicatori quali il fatto che la misura detentiva sia condotta in buona fede, che la stessa risulti strettamente legata al motivo che giustifica la privazione di libertà, che abbia una durata ragionevole e si svolga in condizioni appropriate.

Ribaditi questi principi generali, la Corte procede ad effettuare il *test* di conformità con la Convenzione della detenzione di Al Husin, inquadrandola nell'ipotesi di cui alla lettera *f*) dell'art. 5(1), disposizione che consente allo Stato di incidere sulla libertà personale degli stranieri per finalità di controllo migratorio, specificamente al fine di impedirne l'ingresso irregolare nel territorio nazionale ovvero per allontanarli dallo stesso. In questo senso, i giudici di Strasburgo riconoscono che la detenzione del ricorrente si è svolta in conformità con la legge bosniaca, essendo stata disposta per motivi di sicurezza nazionale e in vista della sua espulsione.

Ciò a cui, allora, la Corte rivolge la propria attenzione è la questione se, nell'eseguire il provvedimento di espulsione, le autorità nazionali abbiano agito correttamente. Sul punto, infatti, viene ribadito che, poiché l'art. 5(1)(f) ammette la detenzione di una persona contro la quale «è in corso un procedimento di espulsione o estradizione», fintantoché l'allontanamento dell'individuo non è perfezionato, le autorità nazionali sono tenute a condurre con diligenza la procedura espulsiva (così da evitare il protrarsi del periodo di detenzione in vista dell'espulsione, *Chabal c. Regno Unito*⁸).

⁷ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12.

⁸ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 novembre 1996, *Chabal c. Regno Unito*, ric. n. n. 22414/93.

La Corte Edu ha chiarito in che termini si sostanzia detto obbligo di diligenza: da un lato, le autorità nazionali hanno il dovere di verificare la sussistenza di prospettive realistiche di portare effettivamente a compimento l'allontanamento dello straniero, così da valutare se la sua detenzione in vista dell'espulsione sia, o continui ad essere, giustificabile (*Amie e altri c. Bulgaria*, 2013, §77⁹; *Kim c. Russia*, 2014, §53¹⁰); dall'altro, laddove sorgano ostacoli all'allontanamento di un soggetto verso un determinato Paese, è dovere delle autorità nazionali attivarsi e compiere sforzi («*active efforts*») al fine di cercare altre destinazioni verso cui indirizzare l'espulsione (*M. e altri c. Bulgaria*, 2011, §73)¹¹.

È sull'analisi di questi ultimi profili, allora, che si incentra il caso in esame.

6. *Formalismo vs pragmatismo*

Sulla detenzione di Al Husin si scontrano due opposte visioni: l'una pragmatica, sostenuta dal ricorrente stesso, l'altra formalista, propria del Governo bosniaco.

Quest'ultimo, in particolare, pone l'accento sulla conformità alla legge della detenzione: la misura privativa della libertà personale di Al Husin poggiava su una base legale chiara ed era stata eseguita nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali prescritte dal diritto interno. Inoltre, tutte le decisioni di estensione del periodo di detenzione erano state sottoposte a controllo giurisdizionale. Infine, l'espulsione rappresentava un'ipotesi realistica, le autorità nazionali avendo a tal fine agito con la dovuta diligenza nel tentativo di implementarla, come testimoniato dai numerosi contatti avviati con diversi Paesi terzi.

Per il ricorrente, invece, doveva essere chiaro fin dall'inizio che la sua espulsione era altamente improbabile, in quanto egli era stato categorizzato come soggetto recante un forte rischio per la sicurezza (circostanza, peraltro, esplicitamente indicata dalle autorità bosniache in tutte le richieste rivolte a Paesi terzi per accoglierlo). In ogni caso, la scarsa probabilità di portare a compimento l'espulsione, a un certo punto, doveva ormai considerarsi come certezza: dopo anni di detenzione e molteplici rifiuti ricevuti da decine di

⁹ Corte Edu, sentenza del 12 febbraio 2013, *Amie e altri c. Bulgaria*, ric. n. 58149/08.

¹⁰ Corte Edu, sentenza del 17 luglio 2014, *Kim c. Russia*, ric. n. 44260/13.

¹¹ Corte Edu, sentenza del 26 luglio 2011, *M. e altri c. Bulgaria*, ric. n. 41416/08.

Paesi terzi, doveva essere chiaro che i tentativi di allontanarlo dalla Bosnia erano inesorabilmente destinati al fallimento.

Tra formalismo e pragmatismo, la Corte effettua una scelta netta e decisiva a favore del secondo, così mostrandosi fedele alla propria missione di garantire l'effettività della tutela offerta dalla Convenzione, il cui obiettivo, secondo una celebre e risalente formula consacrata dalla giurisprudenza di Strasburgo, è quello di «proteggere non dei diritti teorici o illusori, ma dei diritti concreti ed effettivi» (*Airey c. Irlanda*, 1979)¹².

Il caso in commento offre allora alla Corte un'ulteriore occasione per ricordare tale principio, portandola alla conclusione per cui la detenzione del ricorrente viola l'art. 5(1) CEDU in quanto posta in essere in assenza di una prospettiva realistica di poter completare con successo il procedimento di suo allontanamento, così da rendere l'espulsione una mera illusione o un'ipotesi puramente teorica, non più idonea a giustificare lo stato di detenzione.

Ma quando, concretamente, l'espulsione doveva considerarsi come ipotesi ormai irrealizzabile? Dove si colloca lo spartiacque, superato il quale, la diligenza e gli “sforzi attivi” delle autorità nazionali si trasformano in tentativi irrealistici?

La Corte non fornisce una definizione chiara e univoca di “prospettiva realistica di espulsione”, optando invece per un approccio più pragmatico, legato all'analisi del caso concreto. Propende così per un criterio di valutazione quantitativo, basato sul numero dei rifiuti ricevuti dalle autorità nazionali nell'ambito della ricerca di un Paese disponibile ad accogliere il ricorrente.

In particolare, viene osservato che dal 2012 (emissione del provvedimento espulsivo) al 2016 (termine della detenzione) le autorità bosniache avevano contattato 43 diversi Paesi terzi; tuttavia, ad agosto 2014, esse avevano già ricevuto il rifiuto di 38 di questi: per la Corte è da questo momento in poi che doveva essere ormai evidente che i tentativi di allontanare il ricorrente verso un altro Paese erano destinati a fallire. Pertanto, la detenzione di Al Husin a partire da tale momento e fino alla sua liberazione deve considerarsi in violazione dell'art. (5)(1)(f) in quanto non più poggiante su una prospettiva realistica di concretizzare l'espulsione.

¹² Corte Edu, sentenza del 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ric. n. 6289/73.

7. *Le altre violazioni invocate dal ricorrente (art. 5, §§4 e 5; art. 3 CEDU)*

La Corte si dimostra più sbrigativa nel vagliare le altre violazioni invocate dal ricorrente. Quanto all'art. 5(4) CEDU, egli lamentava in particolare di non aver potuto adeguatamente sviluppare la propria difesa e contestare validamente la pretesa illegittimità della sua detenzione a causa del mancato accesso a rilevanti informazioni, classificate come riservate per motivi sicurezza nazionale. A detta del ricorrente, anche quando gli stessi documenti, successivamente, erano stati messi a sua disposizione, si era trattato di una divulgazione solo parziale, tardiva e relativa a informazioni generiche, tali da non consentirgli la preparazione di un'adeguata difesa.

La Corte, dopo aver ricordato che laddove sussistano questioni legate alla sicurezza nazionale le garanzie di cui all'art. 5(4) vanno soggette ad un bilanciamento con esigenze di interesse pubblico, esclude una violazione della Convenzione nel caso di specie. Al Husin ha avuto accesso, ancorché parziale, a dati confidenziali, e sulla base di questi ha potuto intraprendere diverse azioni giudiziali. La Corte ritiene pertanto che il ricorrente abbia avuto una «ragionevole opportunità» di contestare la legittimità della sua detenzione: non c'è, dunque, violazione dell'art. 5(4) CEDU.

Sulle pretese violazioni degli artt. 5(5) e 3 la Corte è ancor più laconica. Quanto alla prima disposizione – che riconosce il diritto alla riparazione in caso di illegittima detenzione – i giudici di Strasburgo osservano che il ricorrente avrebbe dovuto esperire gli specifici rimedi interni previsti dal diritto bosniaco. La doglianza è dunque inammissibile per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne.

Stesso esito si ha con riguardo alla violazione dell'art. 3 a causa delle pretese condizioni di detenzione di Al Husin. La Corte, da un lato nota che le allegazioni del ricorrente al riguardo risultano formulate in maniera troppo vaga e generica e, dall'altro, riconosce che il Governo ha fornito sufficiente prova del rispetto degli standard sviluppati dalla propria giurisprudenza (dimensione della cella e spazio personale a disposizione, condizioni igieniche e pasti adeguati, visite familiari, cure mediche, disponibilità di attività ricreative, ecc.).

IL SOCCORSO IN MARE

DOVERE DI SOCCORSO IN MARE, DIRITTO INTERNAZIONALE E CAUSE DI ESCLUSIONE DELL'ILLICEITÀ PENALE

Massimo Starita*

SOMMARIO: 1. Introduzione: le vicende *Sea Watch 3* e *Vos Thalassa*. – 2. Il problema della rilevanza delle norme internazionali sul soccorso in mare e sul divieto di respingimento per la soluzione di questioni concernenti l'applicabilità delle scriminanti per reati commessi a bordo della nave. – 3. L'irrelevanza del comportamento dei naufraghi ai fini dell'operatività del dovere internazionale di soccorso in mare e dell'obbligo di non respingimento.

1. *Introduzione: le vicende Sea Watch 3 e Vos Thalassa*

Due vicende giudiziarie recenti, entrambe oggetto di notevole attenzione mediatica, oltre che di diversi commenti della dottrina, soprattutto penalistica¹, consentono di ragionare sui rapporti che intercorrono tra diritto internazionale e diritto interno nel regime giuridico del dovere di soccorso in mare². Più precisamente, la lettura di tali vicende permette di formulare

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo.

¹ F. CANCELLARO, *Caso Vos Thalassa: una discutibile sentenza della Corte d'Appello di Palermo sui rapporti tra legittima difesa e non-refoulement*, in *ADIM Blog, Osservatorio della giurisprudenza*, agosto 2020; C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2020, pp. 185-214; F. PARISI, *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete: note a margine*, in *Il Foro italiano*, n. 5, 2020, col. 289-316; S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in *Sistema penale*, 24 febbraio 2020; L. MASERA, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement*, in *Sistema penale*, 21 luglio 2020.

² Per considerazioni più ampie sul dovere internazionale di soccorso e sui rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale in questo ambito cfr. F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 2, 2018, pp. 443-452; M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave priva-*

alcune osservazioni sul rilievo da riconoscere alle norme internazionali quando il giudice penale nazionale sia chiamato a pronunciarsi in merito all'applicabilità delle scriminanti a beneficio di soggetti che si oppongono a ordini dell'autorità che impediscono il completamento delle attività di soccorso.

Le vicende alle quali ci riferiamo sono quelle delle navi *Sea Watch 3* e *Vos Thalassa*, per certi aspetti simili, per altri, invece, molto diverse. Ad accomunarle è la duplice circostanza che, in entrambe, una nave privata soccorre in alto mare persone che con un'imbarcazione di fortuna avevano tentato di raggiungere le coste europee, e che i comandanti ricevono dall'autorità costiera italiana ordini il cui rispetto avrebbe impedito il completamento delle attività di soccorso così come prescritto dal diritto internazionale. Un primo elemento di distinzione riguarda il contenuto dell'ordine ricevuto e il contegno tenuto dai comandanti. Nel primo caso, noto anche come *Rackete*, dal nome della comandante della nave, il divieto di ingresso nel porto di Lampedusa, protratto per diversi giorni e non accompagnato dall'indicazione di altro accessibile porto di sbarco sicuro, aveva contribuito al deterioramento delle condizioni di vita a bordo dei naufraghi, tanto da spingere la comandante ad attraccare nonostante il divieto ministeriale e la manovra di interposizione di una motovedetta della guardia di finanza. Nel caso *Vos Thalassa*, l'ordine ricevuto dal comandante dall'MRCC italiano era di coordinarsi con le autorità libiche ai fini del completamento delle attività di soccorso, con la conseguenza inevitabile di trasferire i naufraghi in un luogo non sicuro, essendo stato più volte accertato, tanto da giudici italiani che dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che la Libia non offre al momento porti qualificabili come sicuri, a causa del fondato rischio dei migranti di essere sottoposti a gravissime violazioni dei diritti fondamentali. Il comandante, in un primo momento, aveva dato esecuzione all'ordine ricevuto e, solo in un secondo momento, per i disordini scoppiati a bordo e le minacce ricevute

ta, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1, 2019, p. 5-46.; A.A. V.V., *Symposium. Search and Rescue: Balancing Humanitarian and Security Reasons*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 28 (2018), Leiden/Boston, 2019; L. MAGI, *L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto ad un porto di rifugio*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2020, pp. 691-728. Per una cornice dei rapporti tra diritti umani e diritto del mare v. T. TREVES, *Human Rights and the Law of the Sea*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2010, n. 1, 2010, pp. 1-14; T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARIN, *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 212; S. TREVISANUT, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *QIL, Zoom-in* 4 (2014), p. 3-15.

da alcuni dei naufraghi, aveva cambiato rotta, dirigendo la prua verso le coste italiane, per poi trasbordare questi ultimi su una nave di stato.

Il principale elemento di distinzione tra le due vicende sta comunque nel fatto che, nel primo caso si apre un processo penale a carico della comandante, imputata di violenza o resistenza contro nave da guerra (art. 1100 c. nav.) e resistenza a un pubblico ufficiale (art. 337 c. p.); nel secondo invece gli imputati dei reati di violenza e resistenza ad un pubblico ufficiale sono i naufraghi accusati di minacce rivolte al comandante (articoli 336 e 337 c.p.).

Nel primo caso, la Corte di Cassazione ha confermato la decisione del giudice delle indagini preliminari di non convalidare l'arresto in flagranza della comandante eseguito dai militari della guardia di finanza³. L'arresto è stato considerato illegittimo in ragione della verosimile sussistenza della scriminante dell'adempimento del dovere, così come derivante da una lettura congiunta delle norme interne e delle norme internazionali sul dovere di soccorso. Nel secondo caso, i naufraghi si difendono invocando la legittima difesa, sostenendo che avrebbero agito per tutelare il loro diritto a non essere respinti verso la Libia, Paese in cui rischiavano di essere sottoposti a tortura. La Corte d'appello di Palermo, però, ribaltando il giudizio di primo grado, considera la scriminante non applicabile, in base alla considerazione che gli imputati avrebbero contribuito a creare la situazione di pericolo dell'offesa al diritto invocato. Ciò in quanto i migranti avrebbero pianificato il proprio viaggio nel Mediterraneo, conoscendone i pericoli e provocando, anche qui con una richiesta di soccorso già "studiata in anticipo", l'assistenza della nave *Vos Thalassa*⁴.

2. *Il problema della rilevanza delle norme internazionali sul soccorso in mare e sul divieto di respingimento per la soluzione di questioni concernenti l'applicabilità delle scriminanti per reati commessi a bordo della nave*

Come anticipato più sopra, lo scopo di questo brevissimo commento è mettere in luce il ruolo che possono avere le norme internazionali che disciplinano il dovere di soccorso in mare nella soluzione di questioni attinenti all'applicabilità delle scriminanti. Dal punto di vista dei rapporti tra i due ordinamenti, ci sembra corretto partire dalla premessa che la questione tecnico-giuridica del riconoscimento di una scriminante in un caso concreto rientra, *in linea di principio*, nella discrezionalità dei giudici nazionali e che

³ Cass. Pen., sez. III, sentenza del 16 gennaio 2020- 20 febbraio 2020, n. 6626.

⁴ Corte di Appello di Palermo, sez. IV penale, 3 giugno 2020, n. 1525.

assai difficilmente questi ultimi, nel risolverla, mettono in gioco il rispetto di obblighi internazionali dello Stato di cui sono organi. Questa presunzione di indifferenza del diritto internazionale rispetto alla questione delle scriminanti può, però, essere superata, come dimostrano appunto le due vicende in esame, le quali permettono di comprendere in quali situazioni il mancato riconoscimento delle esimenti da parte del giudice è in violazione di tali norme, e contribuisce dunque al perfezionarsi di un fatto illecito dello Stato italiano, e in quali no. Ci sembra che le considerazioni da fare al riguardo siano essenzialmente tre.

In *primo* luogo, in alcuni casi il mancato riconoscimento al comandante di una nave delle scriminanti dello stato di necessità e dell'adempimento di un dovere può violare gli obblighi posti dal diritto internazionale a carico dello Stato in materia di soccorso in mare. Da questo punto di vista, si può agevolmente notare come la sentenza della Cassazione nel caso *Rackete* consolidi la tendenza della giurisprudenza italiana ad accordare le scriminanti al comandante della nave le cui operazioni di soccorso siano astrattamente qualificabili come penalmente rilevanti. Già in casi precedenti, in cui è venuta in rilievo la possibile qualificazione delle attività di soccorso come favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, i giudici italiani hanno ritenuto che operino le scriminanti dell'adempimento del dovere⁵ o dello stato di necessità⁶. La sentenza *Rackete* estende questo orientamento al tema della legittimità dell'arresto in flagranza in rapporto alla configurabilità dei reati di violenza e resistenza a pubblico ufficiale, in una situazione come quella prima sommariamente descritta, in cui viene in rilievo l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica internazionale.

A parere di chi scrive, questo atteggiamento è da salutare con favore in un'ottica di rapporti tra gli ordinamenti poiché *consente di prevenire il perfezionarsi di un fatto illecito dello Stato*. È vero che il giudice penale deve solo porsi il problema della responsabilità penale individuale e non certo quello della responsabilità internazionale dello Stato, ma è pur vero che il ricorso alle scriminanti da parte del giudice nazionale consente ugualmente di rimediare per tempo ad una possibile violazione degli obblighi che gravano sullo Stato italiano in forza di più convenzioni internazionali in materia di soccorso. È bene ricordare, infatti, che tra questi obblighi non vi è solo quello di esigere dai comandanti il rispetto delle norme internazionali in materia di soccorso in mare, ma anche quello di assicurare e, prima ancora, di *non im-*

⁵ Cfr. ad es. Trib. Agrigento, uff. GIP, ordinanza del 2 luglio 2019.

⁶ Cfr. ad es. Trib. Ragusa, uff. GIP, decreto del 16 aprile 2018.

pedire l'adempimento del dovere⁷. Non è difficile osservare allora che un ordinamento statale in cui, a causa delle leggi vigenti o di prassi amministrative e orientamenti giurisprudenziali consolidati, l'esecuzione di operazioni di salvataggio metta il comandante di fronte al fondato rischio di esporsi a responsabilità penale è un ordinamento che di certo non favorisce né tantomeno assicura, ma piuttosto scoraggia l'adempimento di simili obblighi.

La *seconda* considerazione da fare è che la questione del riconoscimento della legittima difesa ai naufraghi imputati di resistenza a pubblico ufficiale e violenza, sempre nell'ottica del rispetto degli obblighi internazionali dello Stato, è più delicata. Se è vero che il migrante soccorso vanta un diritto – di origine internazionalistica – a non essere respinto verso uno Stato in cui corra il rischio di essere sottoposto a tortura, non si può non ricordare che i trattati in materia cercano di preservare un equilibrio tra l'esigenza di garantire la protezione della vita e l'interesse alla sicurezza a bordo. Basti rammentare, a titolo di esempio, che l'art. 98 della Convenzione di Montego Bay chiede sì agli Stati di esigere dal comandante di prestare soccorso, ma pur sempre “nella misura in cui gli sia possibile senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri”. Altro, insomma, è riconoscere al comandante della nave, incaricato di pubbliche funzioni, il diritto/dovere di dare esecuzione alle norme sul soccorso in mare in modo completo, anche in contrasto con ordini palesemente illegittimi (quale, ad esempio, ci pare, l'ordine dell'MRCC italiano di coordinarsi con l'autorità costiera libica, e dunque in sostanza di consegnare i migranti a tale autorità, in violazione del divieto di tortura, data la situazione dei diritti umani in quel Paese), altro è riconoscere (o meglio: affermare che il diritto internazionale riconosca) alle persone soccorse il diritto a “farsi giustizia” a bordo della nave che ha prestato soccorso.

D'altra parte, quanto sin qui considerato non significa neppure che sia vera la prospettiva opposta, e cioè che l'applicazione della scriminante della legittima difesa da parte del giudice statale in una situazione quale quella della *Vos Thalassa* integri una violazione del diritto internazionale. Si deve piuttosto sottolineare che dal punto di vista di questo ordinamento la decisione del giudice interno circa l'operatività dell'esimente è in linea di principio lasciata alla sua discrezionalità, e più precisamente al bilanciamento che

⁷ L'obbligo di “assicurare” che i comandanti adempiano al dovere di soccorso è espressamente previsto a carico dello Stato di bandiera nell'art. 94 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. Si può affermare peraltro che l'obbligo “minimo” di non ostacolare l'adempimento del dovere discenda dall'art. 98 della Convenzione, e dallo stesso diritto internazionale generale, a carico di tutti gli Stati. Sul punto si può vedere M. STARITA, *Il dovere...*, cit.

quest'ultimo farà tra il bene o il valore minacciato a bordo e il diritto per la cui difesa l'imputato ha agito, alla luce di tutte le circostanze del caso, entrambi protetti dal diritto internazionale.

La terza e ultima considerazione è che la corretta ricostruzione, da parte del giudice, del tessuto normativo sul quale la sua valutazione si colloca, e dunque anche la corretta ricostruzione delle norme internazionali in materia di soccorso, è di notevole importanza proprio ai fini dell'operazione di bilanciamento che il giudice è chiamato a svolgere.

Ed è sotto questo profilo che la sentenza d'appello nel caso *Vos Thalassa* lascia perplessi. Ci riferiamo a diverse considerazioni della Corte d'Appello di Palermo. Si pensi alla tesi, solo accennata, e del tutto priva di fondamento, per cui il divieto di *refoulement* varrebbe solo nei rapporti tra gli Stati e non potrebbe essere fatto valere da un individuo davanti al giudice interno (mentre si sa bene, a tacer d'altro, che, secondo consolidata giurisprudenza della Corte EDU, l'art. 3 della CEDU protegge il diritto individuale a non essere respinto verso un Paese in cui vi sia un fondato rischio di subire atti di tortura, trattamenti inumani o degradanti).

Ma si pensi anche alla tesi, anch'essa solo accennata nella sentenza, per cui il giudice non potrebbe fidarsi di "rapporti generali sulle condizioni di vita in Libia..., nonché sulle condizioni esistenti in Sudan, Paese dal quale giungevano alcuni migranti", ma dovrebbe decidere sulla sussistenza di una situazione di rischio di trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU in base a "prove specifiche di tale asserito stato di necessità con riferimento al caso di specie". Anche simili affermazioni lasciano perplessi perché in aperto contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU, in base alla quale, se il rischio paventato dall'individuo non deriva da circostanze personali, ma dalla situazione politica generale di un Paese, le autorità statali sono tenute a compiere diligentemente tali verifiche anche prendendo in considerazione gli *authoritative reports* delle organizzazioni internazionali e delle organizzazioni non governative maggiormente affidabili⁸, con la conseguenza che la mancata presa in considerazione di tali rapporti può contribuire alla violazione del divieto di respingimento, così come protetto dall'art 3 CEDU⁹.

⁸ V. ad es. Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, par. 344 ss.

⁹ Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15, par. 141.

3. *L'irrelevanza del comportamento dei naufraghi ai fini dell'operatività del dovere internazionale di soccorso in mare e dell'obbligo di non respingimento*

Ma il profilo della ricostruzione del quadro normativo fornito dai giudici di Palermo sul quale vogliamo adesso brevemente concentrarci è quello più sviluppato nella sentenza, attinente alla pretesa volontarietà del pericolo. Si tratta della tesi secondo la quale i migranti avrebbero consapevolmente deciso di affrontare un viaggio estremamente pericoloso e in questo modo avrebbero causato, o quantomeno accettato, il rischio del naufragio. Conseguentemente, afferma la Corte d'Appello, i loro comportamenti non potrebbero essere giustificati, in base al consolidato orientamento giurisprudenziale per cui chi contribuisce a causare, o quantomeno accetta, la situazione di pericolo non può poi invocare la legittima difesa.

Ora, come è stato notato in dottrina, il pericolo di naufragio – che, secondo i giudici di Palermo, i migranti avrebbero accettato – e il pericolo di essere sottoposti a tortura non possono essere confusi: è per sfuggire al secondo e non al primo che gli imputati hanno posto in essere atti di resistenza a bordo¹⁰. Ciò che merita di essere aggiunto, nella prospettiva dei rapporti tra gli ordinamenti, è che nel diritto internazionale la circostanza che il naufrago abbia contribuito a creare o abbia accettato la situazione di pericolo in cui si trova non costituisce un presupposto di applicabilità del dovere di soccorso. Tale dovere scatta per il solo fatto che sia in pericolo la vita. Una simile distinzione è estranea a qualunque convenzione internazionale, e non soltanto a quelle meno recenti, risalenti ad un tempo in cui – a volte si è sostenuto – gli Stati non potevano immaginare di far beneficiare del dovere di soccorso anche i migranti – ma è stata espressamente vietata con un emendamento alla Convenzione SAR adottata nel 2004 proprio per rispondere al crescere del fenomeno delle migrazioni via mare. Ci riferiamo alla regola 33 del Capitolo V, dove si precisa che il dovere di soccorso “applies regardless of the nationality or the status of such persons or the circumstances in which they are found”. E questo divieto di distinzione vale in ogni fase del soccorso, che non termina con il mero salvataggio, ma con lo sbarco in un “porto sicuro”, da intendersi, secondo le *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea* del Comitato per la sicurezza marittima dell'OIM, come luogo in cui i naufraghi non rischiano di subire gravi violazioni dei loro diritti (“the need to avoid disembarkation in territories where the lives and freedoms of

¹⁰ L. MASERA, *I migranti...*, cit.

those alleging a well-founded fear of prosecution would be threatened is a consideration in the case of asylum-seekers and refugees recovered at sea”¹¹.

La ricostruzione proposta dal giudice d’appello va evidentemente nella direzione opposta e rischia di causare incertezze di vario tipo. Potrebbe ad esempio essere seguita in futuro per rifiutare l’applicazione anche di altre scriminanti, e segnatamente dello stato di necessità, in cui l’elemento della causazione volontaria del pericolo è espressamente previsto nel testo dell’art. 54 c.p., a differenza di quanto accade nella legittima difesa in cui è, invece, il frutto di elaborazione giurisprudenziale.

Del resto, anche se simili estensioni del ragionamento dei giudici palermitani non dovessero prodursi, già la sua sola conferma in tema di legittima difesa finirebbe con il creare una certa incoerenza nell’ordinamento italiano, il quale per un verso, come si è detto, non può distinguere tra “naufraghi comuni” e “naufraghi-migranti” senza violare le norme internazionali sul soccorso in mare, ma poi, per altro verso, ammetterebbe questa distinzione ai fini dell’operatività dell’esimente. Ciò sembra ancor più criticabile se si pensa che la distinzione tra naufraghi comuni e naufraghi migranti, operando sui presupposti di operatività della scriminante, impedisce al giudice di effettuare qualsiasi operazione di bilanciamento tra i valori in gioco.

In altri termini, e per concludere, ciò che non convince nella sentenza della Corte d’appello di Palermo non è tanto il fatto che, in un caso concreto, il bene della vita che i naufraghi-migranti intendono proteggere sia considerato soccombente rispetto ad altri valori in gioco, ma la diversa circostanza che la sua posizione sia “in partenza” e “in astratto” considerata con disvalore e non meritevole di rientrare nel perimetro di applicazione della scriminante in base ad un argomento insostenibile dal punto di vista del diritto internazionale, e cioè quello del preteso contributo che questi ultimi darebbero al formarsi della situazione di pericolo.

¹¹ IMO, MSC 167 (78) del 20 maggio 2004, punto 6.17.

IL CASO ALAN KURDI:
TRA OBBLIGHI INTERNAZIONALI DI SALVATAGGIO IN MARE
E PROFILI DI DIRITTO PENALE INTERNO

Francesca De Marinis*

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. I reati contestati. – 3. L’obbligo di salvataggio gravante sugli Stati costieri. – 4. Configurabilità dei reati di abuso d’ufficio e di rifiuto di atti del proprio ufficio.

1. *La vicenda*

Il caso Alan Kurdi rappresenta, seppur con le sue peculiarità, la replica di una vicenda ormai nota. La c.d. crisi dei migranti, che in realtà, alla stregua dei dati disponibili, appare essere un fenomeno pressoché costante e non emergenziale, ha dato luogo a gravi tensioni in rapporto all’osservanza di principi codificati nel diritto internazionale, ma che prima ancora rappresentano diritti consuetudinari comuni a tutti gli Stati e, pertanto, costituiscono norme cogenti *ex art. 10, co. I Cost.*¹. Facciamo riferimento, in particolare, all’obbligo di salvare vite umane in mare, che negli anni si è andato arricchendo e specificando, individuando con maggiore precisione i vincoli imposti ai capitani delle navi e, come meglio si preciserà in seguito, agli Stati di bandiera delle navi concretamente impegnate nel salvataggio e agli Stati costieri.

Nel caso di specie, in data 3 aprile 2019, il MRCC di Roma ricevette una comunicazione via mail dal comandante della nave Alan Kurdi, il quale informava le autorità competenti – in primo luogo quella libica, trattandosi di un evento che aveva luogo all’interno della relativa zona SAR, e per conoscenza anche quelle tunisina, maltese e, appunto, italiana – della presenza di un evento di *distress*.

A seguito di diverse comunicazioni indirizzate alla Guardia costiera libica, inutilmente esperite, e dopo aver concluso le operazioni di salvataggio, la

* Dottoressa di ricerca in “Diritti umani. Teoria, storia e prassi”, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Vd. I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 2, 2019, pp. 507 ss.

nave Alan Kurdi si diresse verso la Tunisia, chiedendo a quest'ultima l'indicazione di un porto sicuro. Dopo alcune ore trascorse senza ricevere risposta neppure dalle autorità tunisine, la nave fece rotta prima verso Malta ed infine, non avendo ottenuto risposta ed in previsione del peggioramento delle condizioni metereologiche, verso Lampedusa. Pertanto, il comandante della Alan Kurdi chiese al MRCC di Roma l'indicazione di un porto sicuro.

Il MRCC di Roma inoltrò la richiesta al Ministro dell'Interno, il quale, con direttiva n. 14100/141(8) del 4 aprile 2019, vietò alla nave Alan Kurdi l'ingresso ed il transito nelle acque territoriali italiane, ritenendo che il ruolo di controllo e coordinamento delle attività successive al soccorso fosse di competenza dello Stato di bandiera, ossia, nel caso di specie, della Germania.

Allo stesso tempo, però, il MRCC italiano offrì la possibilità di sbarcare esclusivamente a due minori con le rispettive madri. L'offerta fu rifiutata dagli stessi migranti soccorsi in ragione del diniego di estendere l'autorizzazione anche ai padri dei minori; decisione, quest'ultima, che stride con il rilievo dato ai legami familiari dall'art. 8 CEDU.

A seguito della direttiva citata e dopo alcune ore di trattativa, la nave Alan Kurdi fece rotta verso Malta, senza effettuare alcuna comunicazione alle autorità italiane.

2. *Reati contestati e decisione del Tribunale dei Ministri*

A seguito della vicenda sono stati contestati a Matteo Salvini, allora Ministro dell'Interno, e al suo Capo di Gabinetto, Matteo Piantedosi, i seguenti reati: a) rifiuto di atti d'ufficio *ex art. 328 c.p.*; b) abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.*; c) omissione di soccorso *ex art. 1113 cod. nav.*

Anticipiamo che i giudici del Tribunale dei Ministri hanno concluso la vicenda con un decreto di archiviazione che, tuttavia, si distacca parzialmente nella parte motiva da quanto affermato dal Pubblico Ministero nella corrispondente richiesta di archiviazione.

Analizzeremo, pertanto, *in primis* le ragioni che hanno condotto alla richiesta di archiviazione dei diversi reati contestati, per poi verificare le motivazioni del Tribunale.

In primo luogo, la Procura chiedeva l'archiviazione del reato di rifiuto di atti d'ufficio sul presupposto che la responsabilità nella gestione e nel coordinamento delle operazioni di soccorso gravasse sul Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto, in ossequio a quanto previsto dal D.P.R. n. 662/94, di attuazione della l. n. 147/1989.

Attraverso una ricostruzione in alcuni punti contraddittoria, la Procura riconosceva che vi era stato un effettivo ritardo da parte del MRCC di Roma, in quanto quest'ultimo non si era attivato dinanzi alle 3 richieste di assegnazione di un POS intervenute prima dell'emanazione della Direttiva del Ministero dell'Interno - in violazione della Convenzione di Amburgo, cap. 5.1.4, che prevede, fin quando non vi sia un'assunzione formale di responsabilità da parte di uno dei *Rescue coordination center*, che l'obbligo permanga in capo a tutti i MRCC che hanno avuto notizia dell'evento -; ma allo stesso tempo riteneva che non potesse configurarsi il reato in capo al Ministro dell'Interno, né al suo Capo di Gabinetto, poiché essi non rivestivano alcuna posizione di garanzia nei confronti dei soggetti soccorsi.

La Procura affermava inoltre che non era stato possibile raccogliere elementi probatori circa la presenza di una situazione di pericolo per i beni giuridici tutelati dall'art. 328 c.p., individuati, nel caso di specie, nei beni dell'igiene e della sicurezza pubblica, nei quali ritenevano potesse rientrare «la salvaguardia e la cura della salute di persone singole» (richiesta di archiviazione, p. 7), adeguatamente individuando i beni giuridici collettivi come sintesi di beni giuridici individuali costituzionalmente protetti. Su tale punto sia consentito sollevare delle perplessità circa il metodo di accertamento della situazione di pericolo, che appare basata su una valutazione *ex post* e non sul più corretto giudizio di prognosi postuma².

In secondo luogo, con riguardo al reato di abuso d'ufficio, la richiesta di archiviazione era motivata sulla scorta dell'assenza del dolo intenzionale richiesto dall'art. 323 c.p..

Il Pubblico ministero sosteneva, infatti, che sebbene la Direttiva emanata dal Ministro dell'Interno fosse in contrasto con diverse norme di rango legislativo, tra cui l'art. 17 Conv. di Montego Bay, nonché con gli obblighi di soccorso che emergono dal complesso delle norme di rango internazionale (Convenzioni cc.dd. "SOLAS" e "SAR"), non potesse dirsi integrato il dolo intenzionale di "arrecare ad altri un danno ingiusto", in quanto il Ministro aveva agito con l'esclusivo fine di perseguire un pubblico interesse, senza alcuna intenzione di arrecare un danno ad altri, circostanza che al più avrebbe potuto costituire un effetto meramente indiretto della condotta.

² In tal senso si sono espressi anche S. ZIRULIA, F. DE VITTOR, *Il caso della nave Alan Kurdi: profili di diritto penale e internazionale in punto di omessa assegnazione di un porto sicuro*, in *Sistema penale* del 5.12.2019, par. 4. Sulle modalità di accertamento del pericolo *ex plurimis* F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, II ed., Milano 1994, spec. pp. 184 ss., pp. 299 ss.

Con riguardo al reato di omissione di soccorso in mare, disciplinato dall'art. 1113 cod. nav., è necessario effettuare una precisazione preliminare circa il soggetto attivo del reato, che è individuato nel comandante di una nave, il quale, avendo la disponibilità di mezzi per l'espletamento del soccorso, ometta di intervenire a seguito di una richiesta dell'autorità competente. È evidente che tale reato non poteva ascrivarsi né al Ministro dell'Interno, né al suo Capo di gabinetto, se non, eventualmente, a titolo di concorso nel reato del comandante; ma, ancor prima, il MRCC di Roma non aveva inviato alcuna richiesta di soccorso ad un mezzo navale, cosicché la questione circa l'inottemperanza ad un ordine di intervento non poteva porsi.

Il Tribunale dei Ministri, da un lato, ha condiviso le motivazioni alla base della richiesta di archiviazione per quest'ultimo reato, dall'altro si è distaccato dalle considerazioni effettuate dal Pubblico ministero circa l'individuazione del soggetto responsabile per l'indicazione di un POS e, quindi, circa il soggetto attivo del reato di rifiuto degli atti di ufficio *ex art. 328 c.p.*

In premessa il Tribunale ha effettuato una ricostruzione del sistema normativo interno ed internazionale che disciplina l'obbligo di soccorso in mare, nonché il conseguente obbligo di indicare un *place of safety*, dal quale è emersa la competenza, e quindi la responsabilità, del Ministro dell'Interno.

Il Tribunale ha fondato la competenza del Ministro dell'Interno sulle previsioni della Convenzione internazionale di Amburgo del 1979 c.d. "SAR" (*Search and Rescue*), così come emendata nel 2004 dalla risoluzione MSC 167-78 del 20 maggio. Quest'ultima risoluzione, adottata per il precipuo intento di ridurre i ritardi nell'individuazione di un luogo sicuro, prevede infatti che ogni Stato costituisca un Centro nazionale di coordinamento delle operazioni di soccorso ("MRCC") e si doti di appositi piani operativi.

In Italia il piano operativo richiesto è stato disciplinato dalla direttiva SOP 009/15, nella quale si prevede che la richiesta di POS debba essere trasmessa dal MRCC di Roma al Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione del Ministero dell'Interno, sancendo – ad avviso del Tribunale – la responsabilità in capo a quest'ultima Amministrazione in caso di omessa indicazione di un POS. Il che troverebbe conferma nell'assoluta assenza di discrezionalità che residuava in capo al MRCC di Roma a seguito dell'adozione della direttiva ministeriale che aveva vietato l'ingresso della nave Alan Kurdi nelle acque territoriali italiane.

Tuttavia, il Tribunale ha altresì affermato che la responsabilità amministrativa, nel caso di specie, non poteva tramutarsi in responsabilità penale né ai sensi dell'art. 328 c.p., né *ex art. 323 c.p.*, in quanto la normativa internazionale non pone obblighi precettivi chiari, tali da poter integrare il requisito

richiesto dalle fattispecie penali, le quali sono vincolate al rispetto del principio di legalità, *sub specie* determinatezza, di cui all'art. 25, co. 2 Cost.

Il Tribunale, infatti, ha ritenuto che un preciso obbligo di indicazione del POS si instauri solo in capo allo Stato di "primo contatto" che, secondo un'incerta interpretazione del cap. 3.1.3. della Convenzione SAR, ha ritenuto doversi individuare nello Stato di bandiera della nave che effettua il salvataggio ovvero nello Stato che ha competenza sulla determinata zona SAR. Concludendo, quindi, nel senso di un'inefficienza della normativa internazionale, che non prevede precisi obblighi per gli Stati costieri nel caso in cui il salvataggio sia effettuato da una nave privata in un luogo molto distante dallo Stato di bandiera, né tantomeno meccanismi per l'individuazione di un POS laddove gli Stati competenti non giungano ad un accordo.

3. *L'obbligo di salvataggio gravante sugli Stati costieri*

Alla luce delle affermazioni del Tribunale appare utile effettuare alcune precisazioni circa gli obblighi di soccorso che, ai sensi della normativa internazionale, si impongono sugli Stati costieri.

Il Tribunale, infatti, fa due affermazioni discutibili: in primo luogo, ritiene che «"lo Stato di primo contatto" non può che identificarsi in quello della nave che ha provveduto al salvataggio»; inoltre, prosegue sostenendo che laddove lo Stato di bandiera sia molto distante dal luogo in cui sono intervenuti i soccorsi «e il soccorso sia stato attuato in autonomia dal comandante senza alcun coordinamento con i centri di soccorso di Stati limitrofi, è evidente che la normativa sopra delineata non offre soluzioni precettive idonee ai fini di un intervento efficace volto alla tutela della sicurezza dei migranti in pericolo: dopo la prima fase in cui i migranti in pericolo vengono messi in sicurezza a bordo della nave che effettua il salvataggio, la fase successiva di completamento della fase di soccorso (ovvero il raggiungimento del POS) resterà priva di idonea regolamentazione» (p. 7).

La prima affermazione non appare corretta, in quanto, *ex cap.* 6.7. della risoluzione MSC 167/78, lo Stato di primo contatto è lo Stato che per primo riceve notizia dell'accaduto, cosicché nel caso di specie possono essere considerati tali tutti e quattro gli Stati contattati (Libia, Italia, Malta e Tunisia). Inoltre, lo Stato di primo contatto - che non deve coincidere con lo Stato che ha competenza nella specifica zona SAR - è gravato dell'obbligo di coordinare le operazioni di salvataggio, finché lo Stato competente per la zona SAR in cui è avvenuto l'evento di *distress* ne assuma il coordinamento.

La seconda affermazione, invece, sebbene descriva la situazione così come si è concretamente verificata, finisce per legittimare un paradosso logico, ancor prima che giuridico: sottrarsi agli obblighi di coordinamento dei soccorsi nella prima fase delle operazioni di salvataggio, espressamente previsti per tutti gli Stati costieri, equivarrebbe a giustificare anche le omissioni compiute nella seconda fase, ossia quella di indicazione di un POS (come previsto dal cap. 1.3.1 dell'allegato alla Convenzione SAR).

Infatti, nonostante non siano previste nel quadro normativo internazionale procedure di risoluzione nelle ipotesi in cui nessuno Stato assuma il coordinamento delle operazioni di salvataggio, non deve dimenticarsi che in diverse norme è invece previsto un generale obbligo in tal senso in capo a tutti gli Stati costieri. L'art. 98, co. II, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1982 prevede un generale dovere per gli Stati costieri di prevedere un servizio adeguato ed effettivo di *search and rescue*, nonché di concludere accordi multilaterali con gli Stati limitrofi per rendere efficace tale servizio, che viene poi ulteriormente specificato nei diversi testi sovranazionali. L'allegato alla Convenzione SAR prevede al cap. 2.1.1. che le autorità competenti dei singoli Stati debbano prendere tutte le misure urgenti necessarie a garantire assistenza, non appena ricevono informazioni circa la presenza di persone in situazione di *distress* in mare. Tale obbligo è completato dal punto 6.5 della risoluzione MSC 167/78, nel quale si precisa che l'obbligo di soccorso riguarda anche gli eventi che si svolgono fuori dalla propria zona SAR.

Tuttavia, è bene ricordare che la presenza di tali obblighi per gli Stati costieri – come precisato anche dal Tribunale – non fonda di per sé una responsabilità penale in capo alle autorità competenti, essendo necessario ricondurre gli obblighi internazionali nelle più strette maglie della normativa penale.

4. *Configurabilità dei reati di abuso d'ufficio e di rifiuto di atti del proprio ufficio*

Entrambi i reati contestati sono stati, in tempi relativamente recenti, interessati da interventi di modifica tesi a ridurre il *deficit* di determinatezza ed il conseguente eccessivo ambito di applicazione, anche con l'intento di ridurre l'ampiezza del sindacato del giudice sull'attività della p.a.

In particolare, il reato di abuso d'ufficio, di cui all'art. 323 c.p., nella parte che qui interessa, incrimina la condotta del p.u. o dell'incaricato di pub-

blico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio, violando norme di legge o di regolamento, procuri ad altri un danno ingiusto. La condotta di abuso deve, quindi, radicarsi nella “violazione di una norma di legge o di regolamento”, così ancorando la rilevanza penale della condotta ad un dato formale, rinvenibile nell’esistenza di una norma precettiva positivamente indicata dall’ordinamento, la quale deve prescrivere precise modalità di svolgimento dell’attività della p.a.. Si consente in tal modo al giudice di effettuare una concreta e puntuale verifica della loro trasgressione, evitando di interferire in valutazioni rientranti nell’ambito della discrezionalità amministrativa.

Ferme restando le imprecisioni prima segnalate, appare dunque corretta la valutazione effettuata dal Tribunale, laddove ha escluso che gli obblighi internazionali possano integrare il parametro legislativo richiesto.

È, infatti, oltremodo complesso ritenere che gli obblighi internazionali descritti possano giungere a quel grado di determinatezza e tassatività necessario per fondare una responsabilità penale del p.u. Manca in tali norme un obbligo o un divieto che presenti un contenuto precettivo sufficientemente specifico, tale da vincolare il comportamento del pubblico agente durante lo svolgimento della sua funzione.

Avrebbe, invece, meritato un ulteriore approfondimento da parte del Tribunale la scelta di escludere la configurabilità del delitto di rifiuto di atti del proprio ufficio, sanzionato *ex art.* 328, co. I c.p. Quest’ultimo reato si configura allorquando un p.u. indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo.

La circostanza che il Tribunale abbia individuato nel Ministro dell’Interno la competenza a rispondere alla richiesta di POS apre alla possibilità di individuare nella direttiva di diniego emanata dal Governo dei profili di responsabilità penale, in particolare, laddove si accedesse alla tesi sostanzialistica – meno rispettosa dei principi costituzionali, ma pur autorevolmente sostenuta³ – che equipara il rifiuto di atti d’ufficio all’adozione di un atto diverso rispetto a quello dovuto, valutandone la rilevanza penale alla luce della obiettiva situazione di pericolo per i suddetti interessi qualificati.

Viceversa, volendo rimanere fedeli al dato letterale della norma, in ossequio al principio di legalità *sub specie* divieto di analogia, l’adozione della direttiva ministeriale, seppur di contenuto negativo, in assenza di uno specifico

³ Così M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, art. 314-335-bis cod. pen., 4ª ed., Milano 2019, p. 451.

obbligo di indicazione del POS, appare sufficiente ad escludere la condotta di “rifiuto” di un atto del proprio ufficio; ciò, tuttavia, non avrebbe escluso la possibilità di configurare un rifiuto di atti d’ufficio rispetto al più specifico obbligo di coordinamento delle operazioni di soccorso, gravante su tutti gli Stati costieri.

NAVIGARE IN ACQUE TRASPARENTI:
I DOCUMENTI SULLE ATTIVITÀ DI RICERCA E SALVATAGGIO
IN MARE DI FRONTEX INTORBITI DALL'ECCEZIONE
DI SICUREZZA PUBBLICA

Eleonora Frasca *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fatti di causa e decisione. – 3. La motivazione del Tribunale. – 4. Discussione: le attività di Frontex tra opacità e trasparenza. – 5. L'opacità di Frontex: rimedi giudiziali e extra-giudiziali. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il diritto di accesso del pubblico ai documenti è garantito dall'Art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'Art. 15 Tue. Qualsiasi cittadino dell'Unione ha diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione. Il Regolamento (CE) 1049/2011 garantisce le modalità di esercizio di tale diritto.¹ Nel sistema CEDU, il diritto d'accesso alle informazioni deriva dalla libertà di espressione all'Art. 10. Lo stesso diritto è tutelato, su simili premesse, negli ordinamenti nazionali, anche se numerosi paesi europei hanno adottato solo di recente legislazioni di questo tipo, fondate sul *right to know* e ispirate al modello del *freedom of information act*.

La sentenza *Izuzquiza e Semsrott/Frontex* (T-31/18) evidenzia i limiti dell'accesso ai documenti come disciplinato dal Regolamento 1049/2011 nel caso di operazioni di salvataggio in mare messe in atto da Frontex.² L'Agenzia europea è stata oggetto di ripetute e spesso repentine modifiche legislative e di un'evoluzione che non ha eguali nel panorama delle Agenzie europee, dalla sua creazione nel 2004³ fino alla sua recente trasformazione

* Dottoranda di ricerca, Université Catholique de Louvain.

¹ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, GU L 145, 31.5.2001, p. 43-48.

² Tribunale UE, sentenza del 27 novembre 2019, *Izuzquiza e Semsrott / Frontex*, Causa T-31/18, EU:T2019:815.

³ Regolamento (CE) N. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004 che istituisce

nella Guardia di frontiera e costiera europea nel 2016⁴ e agli sviluppi legislativi posteriori avvenuti nel 2019⁵. Certamente la regolamentazione dell’Agenzia rappresenta uno dei maggiori esempi di iper-legislazione in materia di immigrazione e sicurezza, ma presenta anche un altro tratto distintivo, più preoccupante, relativo alla mancanza di formalizzazione delle sue attività e ad un certo loro tasso di tecnicismo.⁶ Ciò si traduce nella discrezionalità politica conferita all’Agenzia senza che questa sia accompagnata da un susseguente controllo (*accountability*) sul suo operato. In questo senso, si comprende come la trasparenza delle attività di Frontex sia un tema di interesse pubblico.

Questo commento si concentra sulle potenzialità e al tempo stesso sulle difficoltà che riguardano l’esercizio del diritto di accesso del pubblico ai documenti. A tal fine, si analizzeranno i limiti incontrati dalla disciplina a livello europeo, con riguardo al controllo diffuso sulle attività di Agenzie europee come Frontex, nel caso *Izuzquiza e Semsrott/Frontex*.

2. *Fatti e circostanze di causa*

Il 20 gennaio 2018, due attivisti per la libertà d’informazione, Luisa Izuzquiza e Arne Semsrott, hanno introdotto un ricorso fondato sull’Art. 263 TFUE al Tribunale dell’Unione europea. I ricorrenti chiedevano l’annullamento della decisione con cui Frontex aveva negato loro accesso ai documenti contenenti informazioni relative alle attività di ricerca e salvataggio in mare avvenute nel Mediterraneo nel contesto dell’operazione congiunta Triton, iniziata nel novembre del 2014 e terminata al principio del 2018.

un’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea, GU L 349, 25.11.2004, p. 1-11.

⁴ Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624, GU L 295, 14.11.2019, p. 1-131.

⁵ Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

⁶ Per un commento sulla recente riforma si veda D. VITIELLO, E. DE CAPITANI, *Il regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della Guardia di frontiera e costiera europea: da “fire brigade” ad amministrazione europea integrata?*, in *SIDIBlog*, 6 dicembre 2019.

Attraverso l'utilizzo di imbarcazioni messe a disposizione dagli Stati membri, questa operazione navale, che ha sostituito l'operazione *Mare Nostrum*, aveva come obiettivo principale il controllo e la sorveglianza delle frontiere attraverso pattugliamenti nel Mediterraneo, e solo come obiettivo secondario la ricerca e il salvataggio in mare.

A norma dell'Art. 6 del Regolamento 1049/2011 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, i due attivisti hanno presentato domanda di accesso ai documenti contenenti le informazioni sul *nome*, il *tipo* e la *bandiera* di ogni imbarcazione coinvolta nell'operazione Triton tra il 1° giugno e il 20 agosto 2017 nel Mediterraneo centrale. Il Regolamento 1049/2011 si applica a Frontex in virtù dell'Art. 74 (1) del Regolamento 2016/1624 (attualmente Art. 114 (1) "Trasparenza e comunicazione" del recente Regolamento (EU) 2019/1896).

Sebbene Frontex non sia provvista di un registro pubblico a norma dell'Art. 11 Regolamento 1049/2011, l'Agenzia deve comunicare, di propria iniziativa, informazioni sulle materie rientranti nell'ambito dei suoi compiti, attraverso strumenti come la relazione annuale di attività, e garantire a qualsiasi soggetto interessato informazioni obiettive, dettagliate, complete, affidabili e facilmente comprensibili riguardanti la sua attività dell'Art. 74 (1) del Regolamento 2016/1624 (Art. 114 (1) Regolamento (EU) 2019/1896).

Il diniego dell'accesso ai documenti richiesti dai ricorrenti è stato fondato da Frontex sull'eccezione prevista relativa alla tutela dell'interesse pubblico in materia di sicurezza pubblica prevista dall'Art. 4 (1)(a) del Regolamento 2016/1624. Si è rilevato che, combinando le informazioni contenute nei documenti richiesti con informazioni pubblicamente disponibili su alcuni siti web relativi al traffico marittimo, sarebbe stato possibile venire a conoscenza della posizione attuale delle imbarcazioni di pattuglia. Venute in possesso di tali informazioni, le organizzazioni criminali coinvolte nel traffico illecito di migranti e nella tratta degli esseri umani sarebbero state informate delle zone e degli orari di pattugliamento delle imbarcazioni e avrebbero potuto quindi adattare il loro modus operandi al fine di eludere la sorveglianza delle frontiere, così attraversarle in modo irregolare e quindi accedere al territorio di uno Stato membro dell'Unione europea (così la decisione impugnata citata dal Tribunale nel §17 della sentenza).

A seguito della domanda di conferma presentata dai ricorrenti in data 29 settembre 2017. Frontex ha confermato il diniego con la decisione impugnata del 10 novembre 2017, ribadendo le originali giustificazioni basate sull'eccezione di pubblica sicurezza: "la divulgazione di dettagli sulle attrezzature tecniche impiegate nelle operazioni attualmente in corso arrecherebbe pregiudizio alla sicurezza pubblica" (§16).

I ricorrenti chiedevano al Tribunale di annullare la decisione impugnata sulla base di cinque motivi di ricorso, ritenendo che Frontex avesse commesso un errore manifesto di valutazione e che avesse violato l'obbligo di motivazione. Alcuni motivi hanno riguardato il modo con cui Frontex ha proceduto all'esame dei documenti richiesti (primo motivo), due l'errore manifesto nell'utilizzo dell'eccezione di pubblica sicurezza (secondo e terzo motivo) e altri due l'eccezione con riferimento alla possibilità dell'accesso parziale a informazioni già in parte divulgate (quarto motivo) e il periodo oggetto della richiesta (quinto motivo)

3. *La motivazione del Tribunale*

Il Tribunale respinge i cinque motivi di ricorso in quanto infondati. Osserva che, così come le altre istituzioni, Frontex dispone di un ampio margine discrezionale per determinare se il rifiuto della divulgazione di un documento ricade nelle eccezioni basate sugli interessi tutelati ai sensi dell'Art. 4 Regolamento sull'accesso del pubblico ai documenti. Queste eccezioni sono assolute: anche nel caso di presenza di un interesse pubblico alla divulgazione, questi documenti ricadrebbero sempre nell'eccezione poiché l'interesse pubblico alla diffusione non può pesare sull'eventuale bilanciamento con la tutela del concorrente interesse da proteggere (in questo caso: la pubblica sicurezza).

Come corollario dell'ampio margine di discrezione a disposizione dell'Istituzione che opta per il rifiuto all'accesso, il potere di controllo esercitato dal Tribunale sulla legittimità della decisione di diniego fondata sull'Art. 4 è limitato – secondo la decisione in commento - alla verifica del rispetto delle norme procedurali, alla motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, nonché dell'assenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere (§65).

a) La decisione di diniego di Frontex è basata su fatti manifestamente inesatti?

I ricorrenti lamentano che la decisione di diniego di Frontex si fonda su fatti manifestamente inesatti (secondo motivo di ricorso). I ricorrenti sostengono che i terzi non potrebbero venire a conoscenza della posizione delle imbarcazioni al momento del pattugliamento, come ritenuto da Frontex, poiché esse non trasmettono i dati relativi all'identificazione della loro posizione, proprio per evitare di rendersi tracciabili attraverso i comuni mezzi relativi al traffico marittimo.

Pur riconoscendo che la delicatezza e complessità di ogni decisione di diniego giustifica in linea di principio una discrezionalità in capo all'amministrazione (in questo caso a Frontex), il Tribunale si limita a controllare l'esercizio di discrezionalità limitatamente alla plausibilità della spiegazione di Frontex: l'informazione cui si richiede l'accesso, se divulgata, sarebbe sufficiente per localizzare e quindi monitorare un'imbarcazione, se abbinata a mezzi di sorveglianza *low-tech* come l'osservazione dei movimenti delle navi dalla costa, e a mezzi di sorveglianza *high-tech*, come l'utilizzo di droni. Secondo il Tribunale, gli argomenti dedotti da Frontex "mantengono la loro plausibilità e dimostrano l'esistenza di un rischio prevedibile e non meramente ipotetico per la sicurezza pubblica che giustifica l'uso dell'eccezione" (§74).

b) Frontex ha commesso un errore manifesto di valutazione?

I ricorrenti lamentano che la loro richiesta di accesso ai documenti riguardava esclusivamente informazioni relative a imbarcazioni impiegate in passato e che la divulgazione non comporterebbe automaticamente inconvenienti per la sorveglianza delle frontiere (terzo motivo di ricorso). Inoltre, secondo i ricorrenti, Frontex non ha tenuto in considerazione il fatto che parte delle informazioni richieste erano state originariamente pubblicate su *Twitter* dall'Agenzia stessa e che informazioni risalenti al 2016 erano già state rese pubbliche (quarto motivo di ricorso).

Il Tribunale ritiene che, nonostante le informazioni richieste riguardino effettivamente un periodo già terminato al momento della presentazione della domanda, l'operazione congiunta *Triton* era ancora in corso e il rischio che l'informazione, se divulgata, avrebbe potuto essere utilizzata dalle reti di trafficanti era ancora presente. La richiesta fu avanzata il 1° settembre 2017 per il periodo tra il 1° giugno e il 30 agosto 2017, mentre l'operazione si sarebbe poi conclusa il 31 gennaio 2018. Il fatto che Frontex abbia pubblicato parte delle informazioni sulle imbarcazioni impiegate nell'operazione *Triton* su *Twitter*, secondo il Tribunale, "non può essere considerato un precedente che la costringa a comunicare informazioni a suo parere potenzialmente pericolose per la sicurezza pubblica" (§93).

Secondo i ricorrenti, Frontex avrebbe potuto accordare l'accesso parziale ai documenti a norma dell'Art. 4 (6), che impone di divulgare parte dei documenti richiesti che non sono interessati da una delle eccezioni. I ricorrenti ritengono che il tipo e la bandiera dell'imbarcazione non sarebbero informazioni che permetterebbero di identificare le stesse sui siti relativi al traffico marittimo, come invece è possibile grazie alla conoscenza del nome (quinto motivo di ricorso). Il Tribunale ritiene che, oltre all'utilizzo dei siti relativi al

traffico marittimo, il tipo e la bandiera delle imbarcazioni possono essere utilizzati per monitorare le stesse attraverso altri mezzi (semplice osservazione, uso di droni), e che pertanto il diniego di Frontex è stato legittimo anche nella parte riguardante la bandiera ed il tipo di imbarcazioni interessate dall'operazione Triton.

c) *Frontex ha violato l'obbligo di motivazione del diniego?*

Il diniego di accesso ai documenti deve essere debitamente motivato. I ricorrenti ritengono che Frontex avrebbe dovuto esplicitare in che modo l'informazione richiesta avrebbe potuto essere utilizzata per determinare, con probabilità, la posizione futura delle imbarcazioni partecipanti all'operazione Triton (primo motivo di ricorso).

Secondo il Tribunale, le spiegazioni fornite da Frontex per giustificare l'uso dell'eccezione relativa alla tutela dell'interesse pubblico in materia di sicurezza pubblica sono sufficienti e lasciano apparire "in forma chiara e non equivoca l'iter logico seguito dall'istituzione da cui esso promana, onde consentire agli interessati di conoscere le ragioni dei provvedimenti adottati e al giudice competente di esercitare il suo controllo" (§107). Il Tribunale respinge i cinque motivi di ricorso in quanto infondati.

4. *Discussione: le attività di Frontex tra opacità e trasparenza*

Nell'ordinamento costituzionale europeo, il diritto fondamentale di accesso del pubblico ai documenti è legato al principio di trasparenza istituzionale che è emanazione dal principio democratico. Nell'ordinamento europeo, vige una presunzione generale di accessibilità dei documenti, che garantisce "alle amministrazioni una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità nei confronti dei cittadini in un sistema democratico" (secondo considerando del Regolamento sull'accesso del pubblico ai documenti). Il diritto di accesso del pubblico dovrebbe garantire l'accesso più ampio possibile ai documenti delle amministrazioni, nonostante l'esistenza di eccezioni al principio dell'accessibilità che permettono di mantenere i documenti segreti, come nel caso in esame.

Sebbene Frontex sia soggetta all'obbligo di comunicazione e debba assicurare la trasparenza sulle sue attività così come il dovere di "fornire al pubblico informazioni precise, dettagliate, tempestive ed esaustive sulle sue attività" (Art. 10(2) Regolamento 2019/1896), nello stesso Art. 10 si afferma che "tale comunicazione non può divulgare informazioni operative che, se rese pubbliche, comprometterebbero il raggiungimento dell'obiettivo delle ope-

razioni”. La non divulgazione delle “informazioni operative”, che potrebbe mettere in pericolo il raggiungimento degli obiettivi delle Operazioni di Frontex, rappresenta dunque il limite all’accesso del pubblico ai documenti sulle questioni che rientrano nel mandato della Agenzia.

A seguito del giudizio del Tribunale nel caso *Izuzquiza e Semsrott/Frontex*, l’eccezione relativa alla tutela dell’interesse pubblico in materia di sicurezza pubblica potrà essere utilizzata da Frontex per negare accesso a documenti simili.

5. *L’opacità di Frontex: rimedi giudiziali e extra-giudiziali*

Il caso *Izuzquiza e Semsrott/Frontex* è il primo che riguarda questo tipo di contenzioso con riferimento all’Agenzia Frontex⁷. Controlli extra-giudiziali sono stati più volte effettuati dal Mediatore europeo, il cui compito è quello di controllare e vegliare sull’operato delle Istituzioni ed Agenzie europee così come di promuovere la buona amministrazione. Fino ad oggi, cinque decisioni del Mediatore europeo hanno riguardato le attività Frontex sotto l’angolo della trasparenza in casi di diniego di accesso del pubblico ai documenti, ma nessuna di queste ha concluso per la presenza di cattiva amministrazione da parte di Frontex⁸.

⁷ I rari casi che riguardano Frontex sono legati agli appalti pubblici, nel caso di azioni portate dinanzi al Tribunale della Funzione Pubblica (e.g.: Ordinanza del Tribunale UE del 11 Gennaio 2017, *Wahlström v. Frontex*, Causa T-653/13 P, ECLI:EU:T:2017:12 e Ordinanza del Tribunale della Funzione Pubblica del 18 luglio 2016, Causa F-68/15 *Possanzini v Frontex*, EU:F:2016:150]). Un’altra sentenza è indirettamente legata a Frontex e riguarda questioni relative al rispetto delle regole relative alla procedura legislativa ordinaria; nello specifico, il Parlamento europeo lamentava il suo mancato coinvolgimento nella decisione di conferire a Frontex poter di pubblico imperio. La Corte ha stabilito che eccede i limiti delle competenze d’esecuzione stabilite nel Codice frontiere Schengen (CGUE (Grande Sezione), sentenza del 5 settembre 2012, Parlamento europeo contro Consiglio dell’Unione europea, Causa C-355/10; ECLI:EU:C:2012:516).

⁸ I casi relativi alla cattiva amministrazione relativi al diniego dell’accesso pubblico denunciati al Mediatore europeo sono di gran lunga i più numerosi sottoposti alle indagini del Mediatore. Rispetto alle azioni per annullamento dinanzi al Tribunale UE, le denunce presentate da cittadini relativamente a casi di cattiva amministrazione (in questo caso: possibili episodi di cattiva amministrazione nel modo in cui Frontex gestisce le richieste di accesso del pubblico ai documenti) godono di una procedura rapida dinanzi al Mediatore europeo e hanno costo zero. I casi relativi alla cattiva amministrazione relativi al diniego dell’accesso pubbli-

Ad esempio, nel caso case 1767/2017KM del 31 ottobre 2017, il Mediatore conclude che non c'è stata cattiva amministrazione da parte di Frontex con riguardo al modo in cui l'Agenzia aveva gestito una domanda di accesso del pubblico a documenti relativi all'operazione congiunta *Triton*⁹. I richiedenti chiedevano l'accesso a informazioni relative alla posizione delle imbarcazioni facenti capo all'operazione nel momento in cui alcune imbarcazioni di migranti erano state intercettate. Anche in questo caso, il diniego di Frontex si basava sull'eccezione relativa alla tutela dell'interesse pubblico in materia di sicurezza pubblica poiché la divulgazione dei documenti avrebbe privato l'operazione *Triton* di "qualsiasi elemento di sorpresa durante i pattugliamenti per il controllo delle frontiere" (così la spiegazione di Frontex citata dal Mediatore europeo nella sua decisione).

6. Conclusione

I ricorrenti nel caso *Izuzquiza e Semsrott/Frontex* chiedevano l'accesso, ai sensi della disciplina europea sull'accesso del pubblico di *documenti*, a informazioni di tipo limitato e preciso (nome, tipo e bandiera delle imbarcazioni). L'eccezione relativa alla tutela dell'interesse pubblico in materia di sicurezza è stata utilizzata per impedire la conoscenza del modo in cui Frontex fornisce assistenza alle Operazioni di ricerca e salvataggio in mare nel Mediterraneo. Le operazioni di ricerca e salvataggio in mare sono state, negli ultimi anni, ostacolate da una serie di misure di tipo repressivo: da un lato, tali misure sono state dirette a contrastare l'attività delle ONG presenti a questi fini nel Mediterraneo, dall'altro, è stata considerevolmente incentivata la cooperazione con la Libia¹⁰. Il governo italiano, con la complicità dei vertici

co denunciati al Mediatore europeo sono di gran lunga i più numerosi sottoposti alle indagini del Mediatore.

⁹ Mediatore europeo, decisione nel caso 1767/2017/KM, aperto il 31 ottobre 2017, istituzione coinvolta: Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) (Cattiva amministrazione non riscontrata).

¹⁰ COMMISSARIO PER I DIRITTI UMANI PRESSO IL CONSIGLIO D'EUROPA - D. MIJATOVIC, *Raccomandazione del 18 giugno 2019. Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, disponibile su www.coe.int: fino a quando non verranno poste in essere misure che garantiscano il pieno rispetto dei diritti umani e saranno sufficientemente sostenuti gli sforzi delle organizzazioni internazionali per la liberazione di rifugiati, richiedenti asilo e altri migranti dai Centri di detenzione in Libia, il Commissario esorta i Paesi membri alla sospensione di qualsiasi attività di cooperazione con la Libia.

europei, ha alimentato un clima di sospetto e discredito nei confronti delle operazioni di ricerca e salvataggio in mare, culminato nella fase di “chiusura dei porti” che ha provocato una serie di controversie a livello europeo, su cui recentemente si è espressa la Corte di cassazione¹¹.

Questo commento a sentenza dimostra l'esistenza di un interesse crescente ad utilizzare lo strumento dell'accesso civico generalizzato come esercizio di un controllo democratico sullo svolgimento dell'operazioni di ricerca e salvataggio in mare, certamente alimentato dalla mancanza di un sistema europeo SAR, dato che contribuisce negativamente al tasso di mortalità nel Mediterraneo¹².

¹¹ Cass. Pen., Sez. 3, sentenza del 16 gennaio 2020, n. 6626.

¹² Queste conclusioni sono approfondite in E. FRASCA, *Il controllo democratico sulle operazioni di ricerca e soccorso in mare nel Mediterraneo centrale: il potenziale dell'istituto dell'accesso civico generalizzato nell'ordinamento interno e in quello europeo*, in *federalismi.it*, 2020, n. 23, pp. 72-95.

CASO VOS THALASSA:
UNA DISCUTIBILE PRONUNCIA
DELLA CORTE D'APPELLO DI PALERMO
SUI RAPPORTI TRA LEGITTIMA DIFESA E *NON-REFOULEMENT*

Francesca Cancellaro *

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La pronuncia di primo grado. – 3. La sentenza d'appello. – 4. Il problema (travisato) della volontarietà del pericolo. – 5. Il diritto al *non-refoulement* dimenticato. – 6. Una sentenza controcorrente.

1. *Il caso*

I fatti che hanno dato origine alla pronuncia in commento risalgono al luglio del 2018, quando 67 migranti a bordo di un piccolo natante in legno in procinto di affondare venivano soccorsi in area SAR libica dal Vos Thalassa, un rimorchiatore battente bandiera italiana. Dell'operazione venivano informate le autorità italiane (MRCC Roma: Centro nazionale di coordinamento del soccorso marittimo), che a loro volta inoltravano la comunicazione al MRCC libico. In assenza di risposte da parte di quest'ultimo, il MRCC di Roma comunicava al comandante del Vos Thalassa di fare rotta verso Lampedusa; in un secondo momento, tuttavia, la Guardia costiera libica contattava direttamente il Vos Thalassa, ordinandogli di dirigersi verso le coste nord-africane, onde consentire la presa in carico del soccorso e il trasbordo dei naufraghi sulle proprie motovedette. Il comandante interpellava nuovamente il MRCC italiano, il quale lo invitava a seguire le indicazioni delle autorità libiche. Il Vos Thalassa, a quel punto, invertiva la rotta per dirigersi verso sud e raggiungere il punto indicato dai libici.

Senonché, nel corso della notte, uno dei migranti si accorgeva, grazie al sistema GPS del proprio smartphone, che l'imbarcazione aveva cambiato rotta e stava procedendo in direzione sud, ossia verso le coste libiche. Ne derivava uno stato di grande tensione e concitazione tra i migranti, i quali si rivolgevano in modo minaccioso e aggressivo ai membri dell'equipaggio del Vos Thalassa per non essere riportati in Libia.

Data la difficile situazione che si era determinata a bordo, il comandante

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi della Tuscia.

della Vos Thalassa si rivolgeva nuovamente alle autorità italiane chiedendone un intervento volto a garantire l'incolumità dell'equipaggio; l'MRCC, a quel punto, inviava sul posto l'unità navale della Guardia costiera U. Diciotti che, presi a bordo i migranti, li conduceva in Italia. Ai due soggetti ritenuti a capo delle proteste venivano contestati i reati di violenza o minaccia a pubblico ufficiale (artt. 336 c.p.) e di resistenza a pubblico ufficiale (337 c.p.), nonché il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 12 d.lgs. 286/98).

2. *La pronuncia di primo grado*

Con sentenza resa in data 23 maggio 2019, il giudice dell'udienza preliminare di Trapani, in sede di giudizio abbreviato, riteneva che le condotte ascritte ai due migranti imputati integrassero gli estremi dei reati contestati; tuttavia, li assolveva riconoscendo la sussistenza della scriminante della legittima difesa di cui all'art. 52 c.p., sul presupposto che avessero agito per tutelare il proprio diritto a non venire rinviiati in Libia, dove sarebbero stati esposti al concreto pericolo di violenze e trattamenti inumani o degradanti¹.

Dopo aver ricostruito la disciplina internazionale in materia di soccorsi in mare e aver dato conto del contenuto di una nota dell'UNHCR nella quale si descrivevano le condizioni di vita dei migranti presenti in territorio libico, il trattamento riservato loro dalle autorità libiche e la sistematica violazione dei diritti fondamentali (cfr. pp. 46 e ss. della motivazione), il giudice riconosceva l'esistenza dell'obbligo di soccorso, che comprendeva il trasporto dei naufraghi in un porto sicuro (Place of Safety, POS) e il corrispondente diritto soggettivo di quest'ultimi ad esservi condotti. Il giudice ricordava altresì che il POS deve essere determinato nel rispetto dei diritti fondamentali, tenuto conto del principio di non-respingimento, del divieto di "espulsioni collettive", nonché del diritto a chiedere protezione internazionale (p. 27 della motivazione).

Sulla scorta di tale ricostruzione, il gup riteneva che i migranti «stavano vedendo violato il loro diritto ad essere condotti in un luogo sicuro [essendo] l'ordine impartito dalle autorità libiche alla Vos Thalassa palesemente contrario alla Convenzione di Amburgo» (p. 65 della motivazione). Il perico-

¹ GUP Trapani, sentenza 23.5.2019. Tra i commenti, cfr. L. MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa)*, in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2019.

lo derivante dalla riconsegna ai libici «non era stato volontariamente determinato dai migranti», essendo il viaggio in mare «parte di un lungo percorso intrapreso per allontanarsi da luoghi per loro pericolosi e non più vivibili» (pp. 66-67 della motivazione). Evidenziava a tal proposito il gup che uno dei due imputati proveniva dal Darfour e che anche l'altro, proveniente dal Ghana, comunque avrebbe potuto beneficiare di qualche forma di protezione internazionale, meritevole di un attento vaglio individuale da parte delle autorità italiane. Infine, secondo il giudice, l'azione dei due imputati era da ritenersi proporzionata rispetto al pericolo di esposizione a tortura e altri trattamenti inumani e degradanti, che con le loro condotte violente e minacciose volevano scongiurare (pp. 67 e s. della motivazione).

3. *La sentenza d'appello*

La Corte d'Appello di Palermo, ribaltando il giudizio di primo grado, ha condannato entrambi gli imputati per i reati loro contestati, ritenendo che il giudice di prime cure non avesse fatto corretto uso dei principi che regolano la causa di giustificazione della legittima difesa².

In particolare, la circostanza che i migranti avessero volontariamente causato lo stato di pericolo in cui versavano avrebbe dovuto escludere, secondo i giudici palermitani, la configurabilità della legittima difesa per difetto del requisito della necessità. Secondo la Corte, infatti, le condotte violente contestate agli imputati «non sono state poste in essere per la necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo di un'offesa ingiusta, bensì come atto finale di una condotta delittuosa, studiata in anticipo e che correva il rischio (per i migranti) di non essere portata a termine a causa dall'adempimento da parte della Vos Thalassa di un ordine impartito da uno stato sovrano che aveva la competenza sulla zona SAR ove vennero messi in atto i soccorsi».

Secondo i giudici di appello, inoltre, il gup avrebbe erroneamente ravvisato «l'esistenza di una causa di giustificazione quale lo stato di necessità [che] avrebbe spinto i migranti a determinare uno stato di pericolo, sulla ba-

² Corte d'Appello Palermo, Sez. IV pen., sent. 3. 6. 2020, n. 1525. Tra i commenti alla decisione, cfr. L. MASERA, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement*, in *Sistema penale*, 21 luglio 2020; A. NATALE, *Caso Vos Thalassa: il fatto; la lingua e l'ideologia del giudice*, in *Quest. Giust.* 23 luglio 2020.

se del quale sarebbero poi stati scriminati nel loro comportamento illecito da un'altra scriminante, ossia la legittima difesa» (pp. 7-8 della motivazione). Così ragionando, sostengono i giudici palermitani, «sembrerebbe trovarsi davanti ad una serie di cause di giustificazione operanti a catena, *che francamente fanno trasparire più un approccio ideologico alla soluzione della vicenda in punto di diritto*, che non una serena analisi degli istituti giuridici che vengono in rilievo».

Per dichiarate ragioni di economia processuale, i giudici palermitani non si sono invece espressi sulla sussistenza del requisito del "diritto proprio o altrui" alla cui tutela doveva essere volta la condotta dei migranti ai fini del riconoscimento della scriminante di cui all'art. 52 c.p., essendo tale questione assorbita dal difetto del presupposto della non volontaria causazione del pericolo. Hanno comunque richiamato le argomentazioni spese dal PM nel suo atto d'impugnazione, secondo cui il non-*refoulement* non sarebbe un vero e proprio diritto della persona ma un mero «principio di condotta imposto ai singoli Stati», specificando a tal proposito che sarebbe stata da verificare la correttezza sotto il profilo esegetico dell'esistenza di «un diritto al ricovero immediatamente tutelabile da parte del migrante soccorso in mare».

La sentenza d'appello resa nel caso Vos Thalassa – benchè non ancora definitiva – costituisce un tassello significativo nel mosaico giurisprudenziale relativo alla materia del soccorso in mare e, in particolare, del coordinamento tra la disciplina penalistica delle cause di giustificazione e gli obblighi di salvataggio posti dal diritto internazionale in capo ai comandanti delle navi.

Il compito a cui erano chiamati i giudici palermitani era particolarmente delicato in ragione dei beni giuridici coinvolti nella vicenda: da un lato il diritto dei migranti al *non-refoulement* verso il Paese da cui tentavano di fuggire e nel quale correvano il concreto pericolo di violazione dei propri diritti fondamentali; dall'altro, l'incolumità dell'equipaggio del rimorchiatore che dopo aver soccorso i naufraghi ha seguito le indicazioni degli MRCC a cui si era rivolto per ricevere istruzioni sulla destinazione in cui condurre i migranti.

4. *Il problema (travisato) della volontarietà del pericolo*

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte d'Appello per escludere l'operatività della scriminante si basano su quell'orientamento giuri-

sprudenziiale – criticato dalla dottrina prevalente³ – che estende anche alla legittima difesa il requisito della involontaria causazione del pericolo, espressamente previsto dal codice penale (solo) per lo stato di necessità (art. 54 c.p.). Nel caso di specie, gli imputati e, più in generale, tutti i migranti che si trovavano sull'imbarcazione soccorsa dalla *Vos Thalassa*, si sarebbero posti volontariamente in una situazione di pericolo, riconducibile alla scelta di imbarcarsi su un natante inidoneo alla traversata.

Tale argomento non pare convincente per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, l'imputazione si riferisce specificamente al contegno minaccioso e violento tenuto dagli imputati nei confronti di alcuni membri dell'equipaggio, che si è manifestato solo quando i migranti si sono resi conto che la *Vos Thalassa* era diretta verso le coste libiche; ma la volontaria causazione del pericolo avrebbe potuto al massimo essere considerata in rapporto al pericolo di naufragio (già stato scongiurato e non più "attuale" grazie all'operazione di soccorso), ma non al pericolo di respingimento verso la Libia. Considerato che le norme internazionali e nazionali prevedono tutte il divieto di respingimento anche nel contesto delle operazioni di soccorso, non è sostenibile affermare che i migranti abbiano volontariamente causato il pericolo del proprio respingimento.

In secondo luogo, il pericolo di respingimento verso la Libia, al quale si riferisce la legittima difesa riconosciuta dalla sentenza di primo grado, non deriva – come ritiene la Corte palermitana – da "una serie di cause di giustificazione operanti a catena", poiché la condotta antecedente alla reazione aggressiva nei confronti dell'equipaggio del *Vos Thalassa* non integra gli estremi di alcun fatto tipico di reato. D'altra parte, che non sia necessario invocare la causa di giustificazione di cui all'art. 54 c.p. con riferimento ai migranti che tentano di attraversare il Mediterraneo su un'imbarcazione di fortuna e vengono poi condotti in Italia grazie all'opera dei soccorritori rappresenta un dato consolidato sia in giurisprudenza che in dottrina: i migranti non commettono, infatti, il reato di cui all'art. 12 t.u. imm., a meno che non emergano prove di un legame con i trafficanti, oppure abbiano ricoperto un ruolo attivo nella organizzazione o gestione del viaggio⁴, circostanza quest'ultima del tutto smentita dalla ricostruzione dei fatti; non commettono neppure il reato di cui all'art. 10 *bis* del t.u. imm., posto che in caso di soccorso in acque internazionali l'ultimo segmento della condotta tipica non è

³ Per una compiuta ricostruzione, cfr. F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI e G.L. GATTA, IV ed., 2015, p. 924 ss.

⁴ Cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. I, 3.6.2010, n. 23872.

imputabile ai migranti, e dunque il reato di ingresso irregolare si arresterebbe alle soglie del tentativo, che come noto non è punibile trattandosi di reato contravvenzionale⁵.

5. *Il diritto al non-refoulement dimenticato*

Si comprende il punto di vista della Corte d'Appello quando sostiene che le problematiche dell'immigrazione dovrebbero trovare «adeguata soluzione nell'unica sede a ciò deputata, ossia quella politica, del confronto interstatuale», senza che sia consentito ai giudici «*creare scorciatoie, anche pericolose*, ritenendo scriminati in partenza comportamenti dotati di grande disvalore penale, quali atti di resistenza ai limiti dell'ammutinamento» (pp. 8-9 della motivazione). In questo passaggio motivazionale la Corte coglie l'esigenza di una più adeguata regolamentazione della materia a livello politico, finalizzata, tra l'altro, a scongiurare le drammatiche situazioni d'incertezza e tensione che si possono determinare in alto mare. Tuttavia, contrariamente a quanto la Corte d'Appello assume, il giudice di primo grado non aveva ritenuto «scriminate in partenza» le condotte degli imputati: aveva riconosciuto la sussistenza del diritto al *non refoulement* in capo ai migranti soccorsi e lo aveva letto in rapporto al pericolo di riconsegna alla guardia costiera libica in modo rigoroso.

Più in generale, ed è forse questo l'aspetto più preoccupante rinvenibile nella pronuncia, la Corte d'Appello pare non comprendere appieno la portata che il diritto al *non refoulement* può rivestire anche sul piano dell'accertamento della responsabilità penale e segnatamente della sussistenza di cause di giustificazione. I giudici censurano l'interpretazione della legittima difesa fornita dal gup di Trapani, definendola «in contrasto con i principi di ragionevolezza dell'ordinamento giuridico e persino in qualche modo criminogena», nonché in grado di giustificare «comportamenti obiettivamente illeciti nei confronti di equipaggi marittimi che non assecondassero la loro volontà [dei migranti] di raggiungere le coste europee». Contrariamente a quanto tale passaggio motivazionale sembra suggerire, il diritto al *non refoulement* non protegge le aspirazioni migratorie coltivate dagli individui, bensì rappresenta un diritto soggettivo pacificamente riconosciuto a livello nazionale (art. 19 t.u. imm.) e sovranazionale (artt. 4 e 19 Carta dei diritti fonda-

⁵ *Ex multis*, Cass. pen., sez. I, 1.10.2015, n. 39719; Cass., Sez. un., 28.4.2016, n. 40517; Cass. pen., sez. I, 16.11.2016, n. 53691.

mentali dell'Unione europea; art. 3 Cedu e 4 Prot. 4 Cedu, secondo l'interpretazione fornita dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*). In quanto tale, il *non-refoulement* rappresenta il "diritto proprio o altrui" che la causa di giustificazione di cui all'art. 52 c.p. è finalizzata tutelare e che nel caso di specie risultava esposto ad un "pericolo attuale". Il rimprovero mosso ai migranti protagonisti della vicenda, lungi dall'essere letto in rapporto alla reale condizione di coazione a cui erano sottoposti, addossa su di loro tanto il peso della fuga dalla Libia quanto la reazione disperata per evitare di esservi ricondotti, sub specie di volontaria sottoposizione al pericolo.

6. *Una sentenza controcorrente*

La pronuncia appare in contrasto con i principi già affermati dalla giurisprudenza penale intervenuta nella materia dei soccorsi in mare⁶. Il riferimento, anzitutto, è alle statuizioni contenute nella sentenza della Corte di Cassazione sul caso *Rackete*⁷. I giudici di legittimità, in quell'occasione, avevano autorevolmente ribadito che il comandante di una imbarcazione che ha notizia di una situazione di "distress" ai sensi dell'art. 98 UNCLOS deve recarsi più velocemente possibile sul luogo dell'evento, trarre in salvo i naufraghi e condurli fino ad un POS; quest'ultimo da identificarsi avuto riguardo non solo alla posizione geografica ma anche al rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. Come si ricorderà, la comandante tedesca aveva soccorso i naufraghi in acque internazionali e li aveva trasportati fino ad un porto italiano, violando sia il divieto ministeriale d'ingresso nel mare territoriale, che l'alt delle autorità di frontiera. Tale condotta, pur essendo astrattamente riconducibile, tra l'altro, al reato di resistenza a pubblico ufficiale, è stata giudicata dai giudici di legittimità – in sede cautelare – scriminata dall'adempimento del dovere di soccorso (art. 51 c.p.). Ebbene, mentre il

⁶ C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare – Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1.

⁷ Cass. pen., sez. III, 16.1.2020, n. 6626. Tra i commenti alla decisione, cfr. C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2020, pp. 659-687; S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in *Sistema penale*, 24 febbraio 2020.

conflitto tra il dovere di effettuare il soccorso in mare, comprensivo del segmento finale dello sbarco in un porto sicuro, e quello di rispettare gli ordini delle autorità di frontiera, viene risolto dalla Cassazione a favore del primo; nel caso *Vos Thalassa* la Corte d'Appello di Palermo approda alla soluzione opposta, facendo prevalere il dovere di rispettare gli ordini statali rispetto alla salvaguardia dell'incolumità psicofisica dei migranti.

Eppure, l'operatività di una causa di giustificazione (segnatamente lo stato di necessità) era già stata riconosciuta proprio in rapporto al pericolo di *refoulement* verso la Libia, in considerazione delle gravissime e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali che subiscono i migranti in quel Paese. Nel caso *Open Arms*, infatti, il gip di Ragusa aveva ritenuto in sede cautelare che la riconsegna dei migranti alla guardia costiera libica avrebbe determinato un "pericolo attuale di un danno grave alla persona" rilevante ai sensi dell'art. 54 c.p.⁸, senza adombrare in alcun modo l'assenza del requisito dell'involontaria esposizione a pericolo, pur previsto, oltretutto esplicitamente, dall'art. 54 c.p.

La questione resta dunque molto dibattuta e il caso *Vos Thalassa* offrirà verosimilmente alla Corte di Cassazione una nuova occasione per affrontare – oltre alle questioni di natura processuale, su cui non ci si è soffermati in questa sede – il delicato tema dell'operatività delle scriminanti in rapporto alla disciplina del soccorso in mare.

⁸ G.i.p. Trib. Ragusa, decr. 16.4.2018. Tra i commenti alla decisione, cfr. M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Quest. Giust.*, 19 aprile 2018.