

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Rivista quadrimestrale



Fascicolo 3, Novembre 2022

*Coloro che arrivano qui / sulle nostre sponde
già tormentate dal freddo / già malate e già sole
non sanno che in noi / le finestre di grande speranza
sono ormai chiuse.*

(Alda Merini)

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Direttore

Cecilia Corsi (Univ. di Firenze)

Comitato editoriale

Roberta Aluffi (Univ. Torino), Marco Balboni (Univ. Bologna), Matilde Betti (giudice, Bologna), Paolo Bonetti (Univ. Milano-Bicocca), Marco Borraccetti (Univ. Bologna), Annamaria Casadonte (giudice, Roma), William Chiaromonte (Univ. Firenze), Roberta Clerici (Univ. Milano Statale), Pier Luigi di Bari (giudice, Bologna), Alessia Di Pascale (Univ. Milano Statale), Chiara Favilli (Univ. di Firenze), Martina Flamini (giudice, Milano), Monia Giovannetti (responsabile Dipartimento studi e ricerche Cittalia), Luca Masera (Univ. di Brescia), Bruno Nascimbene (Univ. Milano Statale), Massimo Pastore (avvocato, Torino), Giulia Perin (avvocata, Roma), Mariarosa Pipponzi (giudice, Brescia), Enrica Rigo (Univ. RomaTre), Mario Savino (Univ. Tuscia), Guido Savio (avvocato, Torino), Alessandro Simoni (Univ. Firenze), Lorenzo Trucco (presidente ASGI), Nazzarena Zorzella (avvocata, Bologna).

Comitato scientifico internazionale

Mary Bosworth (Univ. Oxford e Univ. Monash, Australia), Jean-Yves Carlier (Univ. Cattolica di Louvain e Univ. di Liège), Harald Dörig (magistrato, Germania), Cristina Gortazar (Univ. Pontificia Comillas), Valeria Ilareva (avvocata, Bulgaria), Henri Labayle (Univ. di Pau e della Regione dell'Adour), Steve Peers (Univ. Essex), Daniel Thym (Univ. Costanza), Filipe César Vilarinho Marques (magistrato, Portogallo), Bostjan Zalar (magistrato, Slovenia).

Redazione

Mauro Nicastro

Rubriche

Rassegna di giurisprudenza europea	Marco Balboni, Marco Borraccetti
Rassegna di giurisprudenza italiana:	
- allontanamento e trattenimento	Enrica Rigo, Guido Savio
- ammissione e soggiorno	Nazzarena Zorzella
- asilo e protezione internazionale	Martina Flamini, Nazzarena Zorzella
- famiglia e minori	Massimo Pastore, Giulia Perin
- non discriminazione	Mariarosa Pipponzi
- penale	Pier Luigi di Bari, Luca Masera
Osservatorio europeo	Alessia Di Pascale, Chiara Favilli
Osservatorio italiano	Paolo Bonetti
Recensioni e materiali di ricerca	Monia Giovannetti, Massimo Pastore

Indice

Editoriale, di *Lorenzo Trucco*

Saggi

The principle of non-refoulement and environmental migration: a legal analysis of regional protection instruments

di *Chiara Scissa*

Verso la riforma del codice frontiere Schengen: le frontiere interne alla prova della nuova centralità delle riammissioni informali

di *Emanuela Pistoia*

La riforma del sistema di informazione visti: tra esigenze di sicurezza dello spazio Schengen e istanze di tutela dei richiedenti il visto

di *Simone Marinai*

La determinazione dell'età dei richiedenti asilo nei paesi di "secondo approdo": *in dubio pro software?*

di *Luca Alessandria*

Si fa presto a dire speciale. La protezione speciale a due anni dal decreto legge 130/2020: un istituto unitario ancora in cerca di una disciplina, un permesso di soggiorno che non può non essere convertibile

di *Livio Neri*

La condizione giuridica delle persone straniere con disabilità. Percorsi di ricerca nella prospettiva delle discriminazioni multiple

di *Giuseppe Arconzo*

La convivenza di fatto e il diritto di soggiorno del partner straniero del cittadino italiano o europeo

di *Paolo Morozzo della Rocca*

Violenza domestica e stupro coniugale nelle leggi di Bangladesh, Egitto, Marocco e Pakistan

di *Deborah Scolart*

Commenti

Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare *vs.* traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)
di *Alessandro Spina*

Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione. Nota a Cass., S.U., 15.02.2022, n. 4873 sul diritto alla salute dei richiedenti asilo ospitati nei CAS
di *Nicoletta Vettori*

Migrazione economica e lavoro altamente qualificato: la direttiva 2021/1883/UE
di *Monica McBritton*

Rassegna di giurisprudenza europea

(periodo 1 maggio 2022 – 31 agosto 2022)

Corte europea dei diritti umani

Art. 2: Diritto alla vita – Art. 3: Divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti – Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza – Art. 8: Diritto al rispetto per la vita privata e familiare – Art. 2, Protocollo 4: Libertà di circolazione – Art. 1, Protocollo 12: Divieto generale di discriminazione.

Corte di giustizia dell'Unione europea

Regolamento 604/2013 e direttiva 2013/32: domanda di protezione internazionale presentata da minore figlio di genitori ai quali era già stato riconosciuto l'asilo in altro Stato membro – Direttiva 2013/32 e direttiva 2013/32: incidenza di una situazione nazionale emergenziale, per eccessivo afflusso di migranti, sul diritto di presentare domanda di asilo e di non essere trattenuto – Direttiva 2013/32 e condizioni materiali di accoglienza: legittimità o meno della revoca per reati commessi all'esterno della struttura di accoglienza – Direttiva 2003/86 e ricongiungimento con figlio rifugiato: rilievo dell'età del figlio e qualificazione del rapporto di vita familiare effettiva tra gli interessati – Art. 20 TFUE e soggiorno di cittadino di Stato terzo, familiare di cittadino dell'Unione, che non ha esercitato il diritto di libera circolazione: rapporto di dipendenza tra coniugi e tra genitori e figli.

Rassegna di giurisprudenza italiana

Allontanamento e trattenimento

ESPULSIONI: Divieto di *refoulement* – Espulsione in pendenza della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi umanitari – Rilevanza dei legami familiari e sociali dell'espellendo in Italia

(temperamento della potestà espulsiva) – Causa di forza maggiore – Espulsioni per motivi di pericolosità sociale: insufficienza dei precedenti penali – Domanda di emersione presentata successivamente all'adozione di decreto espulsivo – Sospensione della potestà espulsiva in pendenza del giudizio di appello avverso il rigetto della domanda di protezione internazionale – Legittimazione passiva – Mancata comparizione di parte ricorrente nel giudizio di opposizione all'espulsione – Competenza a decidere le controversie relative alla legittimità dei decreti di respingimento differiti – Motivazione apparente – Patrocinio a spese dello Stato. TRATTENIMENTO: Motivazione – Doppia tutela – Pericolo di fuga – Proroga – Quarantena – Traduzione – Partecipazione della parte all'udienza – Interesse a impugnare – Legittimazione passiva – Trattenimento del richiedente asilo art. 6, d.lgs. 142/2015: competenza – *Segue*: Presupposti del trattenimento.

Ammissione e soggiorno

Permesso di soggiorno per motivi di lavoro – Permesso di soggiorno UE di lungo periodo – Permesso di soggiorno per cure mediche – La regolarizzazione ex art. 103, d.l. n. 34/2020.

Asilo e protezione internazionale

Lo *status* di rifugiato – La protezione sussidiaria – Questioni processuali – Visti asilo e/o umanitari – La protezione umanitaria e la protezione speciale – Diritti-Varie – Le misure di accoglienza per richiedenti asilo – I provvedimenti cd. Dublino (reg. 604/2013).

Cittadinanza e apolidia

Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano – Acquisto della cittadinanza per matrimonio – Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione – Accertamento dell'apolidia.

Famiglia e minori

FAMIGLIA: Ricongiungimento familiare con i genitori del minore non accompagnato rifugiato - data rilevante ai fini della determinazione della minore età - sussistenza di una vita familiare effettiva ai fini del ricongiungimento – Espulsione amministrativa - convivenza con straniero regolarmente soggiornante - inapplicabilità dell'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 - necessità di tenere conto della natura e dell'effettività del vincolo nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi dell'art. 13, co. 2-*bis*, d.lgs. 286 del 1998 – Kafalah - visto per ricongiungimento familiare a favore di minore affidato - non contrarietà all'ordine pubblico italiano. MINORI: Minore non accompagnato - conversione del permesso per minore età in permesso per lavoro - rilevanza di circostanze sopravvenute al provvedimento di diniego idonee all'accoglimento dell'istanza di conversione.

Non discriminazione

Reddito di cittadinanza – Assegno al Nucleo Familiare.

Penale

Questione di legittimità costituzionale relativa al reato di utilizzo di documenti contraffatti (art. 5, co. 8-bis, TU immigrazione) – Sul regime del rilascio di titolo di viaggio a persona in possesso di protezione internazionale ai sensi dell'art. 24, co. 2, d.lgs. n. 251/2007.

Osservatorio europeo

(periodo 1 maggio 2022 – 31 agosto 2022)

Atti di indirizzo

Dichiarazione sulla solidarietà – Piano dell'UE contro la tratta.

Atti adottati

Meccanismo di valutazione e monitoraggio dell'*acquis* di Schengen – Agenzia dell'Unione europea della guardia di frontiera e costiera. Trattamento dei dati personali nel sistema di ingressi/uscite (EES System).

Proposte legislative

Digitalizzazione della procedura di visto.

Varie

Accoglienza degli sfollati ucraini. – Relazione sullo stato di Schengen – Rafforzamento delle verifiche nelle banche dati relative alle frontiere esterne – Gestione integrata delle frontiere – Statistiche visti Schengen – Programmi di sviluppo e protezione regionale in Africa.

Osservatorio italiano

(periodo 1 maggio 2022 – 31 agosto 2022)

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Misure derogatorie per la valutazione scolastica degli alunni sfollati dall'Ucraina ed estensione dell'agricoltura sociale all'inserimento socio-lavorativo di migranti e rifugiati – Deroghe all'autocertificazione per i documenti concernenti immigrazione, condizione dello straniero, diritto di asilo e cittadinanza – Semplificazione delle procedure di rilascio del nulla osta al lavoro e delle verifiche dei requisiti concernenti l'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro e la congruità del numero delle richieste presentate – Modalità dei rimborsi e degli interventi in favore dei tutori volontari dei minori stranieri non accompagnati – Integrazione delle misure concernenti l'accoglienza, il soccorso e l'assistenza degli sfollati dall'Ucraina – Ulteriori misure per accoglienza, il soccorso e l'assistenza dei minori stranieri non accompagnati sfollati dall'Ucraina.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali

Titoli di soggiorno utili ai fini dell'accesso al diritto all'assegno unico e universale per i figli a carico – Pagamento telematico delle tasse e contributi per le domande in materia di cittadinanza – Proroga dei termini per le richieste di nulla-osta per gli ingressi per lavoro di lavoratori extraUE già formati all'estero

e di conversione dei permessi di soggiorno – Indicazioni operative per l’attuazione della semplificazione delle procedure per il rilascio dei nulla-osta al lavoro – Procedure di asseverazione concernenti le domande di nulla-osta al lavoro per gli ingressi nell’ambito delle quote previste dal d.p.c.m. del 2021. Profili di illegittimità – Permessi di soggiorno per studio: accesso al lavoro e conversione del permesso in permesso per lavoro. Profili di legittimità – Procedure per il rilascio dei codici fiscali e dei permessi di soggiorno per lavoro dopo la semplificazione del rilascio dei nulla-osta al lavoro – Accredito della contribuzione versata forfettariamente – Nuova direttiva per l’organizzazione dei centri di permanenza per i rimpatri - Profili di illegittimità – Assegno per il nucleo familiare. Nuove disposizioni per il riconoscimento del diritto alla prestazione familiare ai lavoratori cittadini di Paese extracomunitario, titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo o di un permesso unico di soggiorno, per i familiari residenti in Paese terzo. Applicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 67 dell’11 marzo 2022 – Attribuzione del codice fiscale ai minori stranieri non regolari e ai minori stranieri non accompagnati ai fini dell’iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale – Piano minori stranieri non accompagnati provenienti dall’Ucraina - Ricerca in caso di scomparsa – Iscrizione al Servizio sanitario nazionale dei minori stranieri non in regola con le norme relative all’ingresso e soggiorno, minori non accompagnati, ed esenzioni. Indicazioni operative – Valutazione degli apprendimenti ed esami di Stato degli alunni e degli studenti ucraini per l’anno scolastico 2021/2022 – Procedure per l’ingresso il soggiorno, l’immatricolazione degli studenti internazionali e il relativo riconoscimento dei titoli, per i corsi della formazione superiore in Italia valide per l’anno accademico 2022-2023.

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Rapporti, riviste e siti internet

EDITORIALE

LORENZO TRUCCO

Editoriale

Il presente numero della Rivista vede la luce in una fase storica del tutto particolare, piena di sfide di altissima difficoltà, che pongono l'Europa, dopo la pandemia, di fronte allo sconvolgimento della guerra in Ucraina, tragedia senza fine che rischia di riportare indietro le lancette della storia. A questo si aggiunge un contesto internazionale ove più di venti conflitti bellici sono in corso, disastri ambientali e imponenti crisi alimentari ed economiche determinano spostamenti di persone in cerca anche solo di sopravvivenza.

In questo quadro altamente drammatico si inserisce la specifica fase politica nell'ambito nazionale, in cui si assiste ad un governo egemonizzato da una coalizione di destra, con gli elementi fondanti che le sono propri e che la stessa rivendica.

Mentre sarebbe ingiusto emettere giudizi prima di una verifica concreta di quanto avverrà sia a livello di modifiche normative sia a livello di prassi e approcci alle tematiche che normalmente affrontiamo, è lecito però interrogarsi sui possibili scenari che inevitabilmente si rifletteranno sul sistema giuridico in generale.

Purtroppo i programmi della coalizione di governo sul tema immigrazione risultano improntati alla consueta visione del fenomeno in termini negativi, in un'ottica improntata ad elementi prioritari di sicurezza e ordine pubblico declinati nella direzione di ulteriormente restringere una normativa basata ancora fortemente sugli assi portanti della l. Bossi-Fini, solo in parte mitigata da alcune aperture, spesso dovute a interventi della giurisprudenza o della Corte Costituzionale. Sentire nuovamente parlare di blocchi navali, dopo il faticoso percorso, anche giurisprudenziale, che aveva condotto, almeno parzialmente, a un superamento dei decreti sicurezza, non può che aprire oscuri orizzonti sui diritti. Occorre purtroppo sottolineare che, anche a livello europeo, l'imponente proposta di riforma di tutto il sistema asilo, contenuta nel *New Pact*, trova le sue linee fondanti in quel processo di esternalizzazione sciaguratamente iniziato con gli accordi UE-Turchia in relazione al conflitto siriano e continuato in una serie collaterale di pseudo accordi o intese semplificate con Stati ove i diritti umani sono soggetti a devastanti violazioni. Il memorandum che l'Italia ha sottoscritto con la Libia, con le sue nefande conseguenze, ne sono un vergognoso esempio, e il cimitero senza nomi e senza lapidi del Mediterraneo la testimonianza più tragica.

In questo quadro si pone la fondamentale domanda, che dovremmo sempre farci, su quale debba essere il ruolo di coloro che, giuristi, hanno a cuore la tutela di quel sistema dei diritti umani in cui la nostra Costituzione si erge in tutta la sua profondità e incredibile lungimiranza.

Ogni strumento di conoscenza assume un valore primario ed anche una rivista di diritto può e deve costituire uno strumento che contribuisca a rafforzare quei principi di eguaglianza spesso inattuati nei confronti delle persone che non hanno la cittadinanza italiana. È proprio la competenza, anche

tecnica, che permette di comprendere un testo di legge laddove si annidano i rischi di erosione o addirittura di attacco diretto rispetto ai diritti umani fondamentali: è il tratto peculiare del “diritto vivente”, che anche attraverso la giurisprudenza viene a cogliere tutti quegli aspetti che attengono direttamente alla vita delle persone. Ci troviamo in una fase in cui appare quanto mai necessario ripensare alla stessa scaturigine, al perché sono nati i diritti, che sono sorti per la tutela degli indifesi, dei deboli, delle persone scartate: i potenti non hanno mai avuto bisogno dei diritti.

La nostra Costituzione, le fondamentali convenzioni sui diritti umani elaborate nel secondo dopoguerra, che costituiscono quel sistema dei diritti umani, non a caso considerato come la vera “invenzione” del novecento, sono state scritte dal dolore, dalle sofferenze, dalle tragedie delle persone vittime di soprusi, violenze, conflitti bellici. Nello splendido discorso fatto dalla senatrice Liliana Segre in sede di apertura della XIX legislatura veniva citato Pietro Calamandrei, che con icastica espressione affermava che la Costituzione repubblicana «non è un pezzo di carta ma il testamento di 100.000 morti caduti nella lunga lotta per la libertà».

La responsabilità dei giuristi va fortemente considerata, non solo nella conoscenza, nel dibattito costruttivo, nel confronto dialettico, ma anche nella diffusione di tale conoscenza, affinché quelli che spesso possono risultare oscuri meccanismi normativi vengano spiegati il più possibile: la conoscenza è una base imprescindibile della democrazia e va perseguita fermamente, con tutti gli strumenti a disposizione e con le competenze e i differenti ruoli che a ciascuno competono.

In questo ambito il lungo cammino pluriventennale della Rivista ha rappresentato e dovrà sempre più rappresentare un punto saldo e avanzato nel perseguire quel primario obiettivo dell’uguaglianza che la nostra Carta pone come decisivo, legandolo indissolubilmente con il dovere di rimozione di ogni ostacolo che a tale obiettivo si frapponga. Credo che occorra trovare in noi stessi, legati dal comune intento di lottare contro ogni forma di ingiustizia con gli strumenti del diritto, quella forza, anche interiore, che ci permetta di raggiungerlo o almeno tentare di farlo, accompagnati in questo dal pensiero del grande filosofo del diritto Norberto Bobbio, il quale soleva dire che la differenza tra un sistema non democratico e quello democratico, in fondo, è una sola: mentre il primo è un regime di tipo “esclusivo”, che tende cioè ad escludere alcuni soggetti dal godimento dei diritti fondamentali, all’opposto, quello democratico è un regime di tipo “inclusivo”, che tende cioè ad includere tutti soggetti nel godimento dei diritti fondamentali.

Il fascicolo n. 3 della Rivista si presenta quanto mai ricco non solo di elementi di riflessione giuridica ma di analisi e stimoli profondi che pongono in luce la trasversalità, la multidisciplinarietà delle tematiche dell’immigrazione proprio perché riguardano la persona umana in tutti i suoi multiformi aspetti.

In relazione agli interventi che fanno capo al tema cruciale delle frontiere, il prezioso contributo di Emanuela Pistoia, intitolato *Verso la riforma del codice frontiere Schengen: le frontiere interne alla prova della nuova centralità delle riammissioni informali* si concentra sulla importante

proposta di riforma del Codice Frontiere Schengen (Regolamento UE 2016/399) presentata dalla Commissione Europea nel dicembre 2021, che prevede rilevanti novità sul lacerante tema delle riammissioni informali alle frontiere interne. L'approfondita analisi evidenzia in particolare i numerosi aspetti critici derivanti dal chiaro obiettivo di giungere ad una "istituzionalizzazione" delle riammissioni informali, che vengono considerate come elemento qualificante del contrasto all'immigrazione irregolare e ai c.d. movimenti secondari, legittimandole sulla base di accordi o intese bilaterali. La mancanza in queste ultime di garanzie effettive dei diritti dei migranti, rischia di produrre il tangibile effetto di ristabilire effettivi confini interni per i cittadini dei Paesi terzi, in palese contrasto con l'obiettivo originario del sistema Schengen di garantire l'assenza di controlli alle persone prescindendo dalla loro nazionalità. L'introduzione di regole uniformi sul trasferimento delle persone fermate sulle frontiere interne, con conseguente applicazione residuale della direttiva Rimpatri, rischia di determinare squilibri ingiustificabili alla luce del principio di solidarietà, nella ripartizione degli oneri di rimpatrio, in particolare in relazione allo Stato di primo ingresso. Situazione aggravata dalla dolorosa esperienza pluriennale delle prassi applicative in frontiera, laddove le riammissioni informali si prestano a gravi violazioni dei diritti fondamentali. In connessione con tale tematica si sviluppa il contributo di Simone Marinai *La riforma del sistema di informazione visti: tra esigenze di sicurezza dello spazio Schengen e istanze di tutela dei richiedenti il visto* fornendo un quadro dettagliato e puntuale sul contiguo tema del passaggio delle frontiere. L'esame delle novità introdotte dalla riforma del sistema di informazione visti (VIS), realizzata mediante l'adozione dei regolamenti 2021/1133 e 2021/1134, delinea un quadro in cui, ancora una volta, l'indirizzo della gestione dell'immigrazione si basa su criteri di efficienza e sicurezza, con il grave rischio che quest'ultima prevalga sempre più sulla primaria esigenza di libertà. L'inserimento all'interno del VIS dei dati relativi ai titolari dei visti di lunga durata e dei permessi di soggiorno, l'ampliamento dei dati biometrici con l'immagine facciale rilevata direttamente all'interno dell'ufficio consolare, l'inserimento e la conservazione delle immagini del volto di bambini già a partire dall'età di sei anni, risultano elementi di grande criticità che vanno nella direzione indicata. A questi si aggiungono l'utilizzo di meccanismi automatizzati di applicazione, con logica probabilistica, di indicatori di rischio connessi alla sicurezza, all'immigrazione irregolare, ed anche alle potenzialità epidemiche. L'autore evidenzia inoltre come la grave problematicità di tale quadro vada ulteriormente valutata alla luce della proposta avanzata dalla Commissione UE nell'aprile del corrente anno, nell'ambito della generale riforma del *New Pact*, volta a digitalizzare la procedura di rilascio dei visti.

Contiguo alle tematiche precedenti risulta anche l'articolo *La determinazione dell'età dei richiedenti asilo nei paesi di "secondo approdo": in dubio pro software?* di Luca Alessandria. L'autore pone in rilievo come le procedure di accertamento dell'età assumano importanza fondamentale per la tutela del superiore interesse del minore, in particolare nelle situazioni c.d. di

movimenti secondari, con le informazioni sull'età derivate dai sistemi informativi comuni. L'interagire in tali situazioni di differenti autorità amministrative o giudiziarie di più Stati membri, in assenza di una adeguata regolamentazione sulla legittimità e adeguatezza dei mezzi istruttori volti all'accertamento dell'età, rischia di determinare gravi conseguenze rispetto a tale nodo cruciale, con i relativi riflessi sulla procedura di asilo, in particolare se si evolve verso un'adozione e riconoscimento automatico alle risultanze degli accertamenti svolti dagli Stati di primo ingresso. Un'armonizzazione che si basi saldamente sulla esigenza del "congruo esame" previsto dalla direttiva procedure in conformità all'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 risulta fortemente auspicabile, a maggior ragione in relazione alla riforma di tutto il sistema asilo prevista dal *New Pact*.

Diversa tematica viene affrontata dall'articolo intitolato *La condizione giuridica delle persone straniere con disabilità. Percorsi di ricerca nella prospettiva delle discriminazioni multiple*, di Giuseppe Arconzo, che approfondisce uno scenario spesso trascurato e sottovalutato, riguardante la complessa condizione delle persone migranti con disabilità. Contributo quanto mai stimolante, anche in considerazione della mancanza di dati, che impedisce una esatta percezione della dimensione del fenomeno stesso. L'articolo analizza il tema complesso delle discriminazioni multiple, soffermandosi sulla giurisprudenza della Corte costituzionale, come la significativa sentenza n. 258/2017, concernente il caso di una ragazza straniera minorenni non in grado di pronunciare il giuramento necessario per l'acquisizione della cittadinanza, che, unita a quelle relative all'attribuzione delle misure assistenziali, ha indicato un percorso di apertura verso una maggiore tutela nei confronti delle persone con disabilità. Percorso peraltro non lineare, posto che sia la sentenza n. 50/2019, sia la n. 19/2022, in recente controtendenza, non ritengono incostituzionale il requisito del permesso di lungo soggiorno per l'accesso alle prestazioni assistenziali se non vi è una doppia situazione di svantaggio. Lo scritto risulta particolarmente interessante laddove evidenzia come, nonostante l'assenza di specifiche previsioni, possano comunque dedursi significativi elementi di tutela delle persone con disabilità dalla stessa normativa concernente la protezione internazionale e dalla relativa applicazione giurisprudenziale.

Nell'articolo *The principle of non-refoulement and environmental migration: a legal analysis of regional protection instruments* Chiara Scissa affronta il tema, sempre più attuale, della migrazione ambientale e degli strumenti di protezione nei casi di spostamento di persone determinato da fattori climatici, con uno sguardo allargato e internazionale. La decisione del Comitato dei diritti umani della Nazioni Unite nel caso *Teitiota v. New Zealand*, pur respingendo il ricorso presentato in relazione al pericolo di sommersione dell'isola di Tarawa per mancata dimostrazione del pericolo imminente, ha però ritenuto che il principio generale di non-refoulement si applica a tutte le condizioni di pericolo, tra cui quella del disastro ambientale. Partendo da tale

decisione l'autrice sviluppa un approfondito esame del principio di non-refoulement e delle sue possibili applicazioni normative e giurisprudenziali in ben sei aree geografiche: Africa, Americhe, Asia, Europa, Medio Oriente e Oceania. Ne emerge un quadro di primario interesse, che pone in rilievo i differenti approcci alla problematica dell'applicabilità di tale basilare principio.

Nelle Americhe, in Europa e in Africa, il recepimento del principio di non-refoulement è considerato, seppure in modo diversificato, come una componente essenziale nel corpo normativo dei diritti umani, con la conseguente possibilità di allargare il campo di applicazione ai casi di disastro ambientale e cambiamento climatico, stabilendo un rapporto diretto con la protezione della vita e dell'ambiente. Al contrario, i paesi del Medio Oriente, Asia e Oceania presentano un livello assai basso di ratifica di strumenti internazionali concernenti il tema dei rifugiati e dei diritti umani in generale, limitandosi per lo più al recepimento della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, in un quadro connotato dalla quasi totale assenza di giurisprudenza sul tema. L'auspicio dell'autrice è che proprio il caso *Teitiota v. New Zealand* possa portare all'inizio di un percorso che conduca ad una applicazione del principio di non-refoulement nei casi di cambiamenti climatici e disastri ambientali negli Stati del Medio-Oriente, dell'Asia e dell'Oceania, proprio alla luce della estrema vulnerabilità dei loro contesti.

L'articolo intitolato *Violenza domestica e stupro coniugale nelle leggi di Bangladesh, Egitto, Marocco e Pakistan* di Deborah Scolart ci accompagna nella complessa tematica relativa ai c.d. reati culturalmente orientati ove alcune condotte, come la violenza domestica e lo stupro coniugale, possono avere una diversa concezione derivante dalle normative dei Paesi di origine, con possibili ripercussioni anche sul piano del sistema giuridico nazionale.

Lo scritto, di alto interesse, esamina, in relazione a tali condotte, la normativa di alcuni Stati (Bangladesh, Egitto, Marocco, Pakistan): ne emerge un quadro articolato, in cui si evidenziano non solo rilevanti differenze, ma anche il percorso di alcune nazioni verso una concezione maggiormente rispettosa dei diritti fondamentali. In Marocco, ad esempio, i rapporti tra coniugi sono stati rimodulati in termini più egualitari nella legge di famiglia, con importanti conseguenze per cui la giurisprudenza, attraverso una interpretazione estensiva, tende a ricomprendere lo stupro coniugale all'interno della norma relativa alla violenza sessuale. Diversamente avviene in Egitto, stante la mancanza di una norma specifica sulla violenza domestica e contro le donne, con lo stesso codice penale che tutela l'esercizio in buona fede dell'imposizione alla moglie dei rapporti sessuali, con riferimento a quanto stabilito nella *sharia*.

Più diversificata risulta invece la situazione normativa nel subcontinente indiano: in particolare in relazione allo stupro coniugale, si registra una rilevante differenza tra il codice penale del Bangladesh, che con una clausola specifica esonera il marito da responsabilità penale in relazione alla violenza sessuale se la vittima è la moglie, e la normativa del Pakistan, che, con la riforma del codice penale del 2006, non contiene più alcuna forma di esenzione di responsabilità in tal senso, a conferma di un mutato atteggiamento normativo.

Con l'articolo *Si fa presto a dire speciale. La protezione speciale a due anni dal decreto legge 130/2020: un istituto unitario ancora in cerca di una disciplina, un permesso di soggiorno che non può non essere convertibile*, Livio Neri analizza e approfondisce l'istituto della protezione speciale come previsto dal d.l. n. 130/2020, con particolare attenzione alle sue applicazioni pratiche e alla tutela dei diritti sia di colui che abbia presentato domanda in tal senso e sia di colui che ne abbia ottenuto il riconoscimento.

Lo scritto mette in rilievo come la nuova protezione speciale, con la duplice possibilità di richiesta sia congiuntamente alla protezione internazionale, sia con domanda rivolta direttamente al Questore, si ponga in netta discontinuità con l'impianto complessivo del Testo Unico. La diretta derivazione dell'istituto dalla protezione umanitaria e soprattutto dalla giurisprudenza sviluppatasi in conseguenza, introduce per la prima volta nel nostro sistema una forma di regolarizzazione a regime. L'autore sottolinea peraltro come tale importante novità rischi di essere pregiudicata da una disciplina quanto mai carente, sia in relazione alle procedure per l'accesso a tale forma di protezione e sia soprattutto, alla condizione giuridica della persona che ne ha fatto richiesta, nonché di colui che ne è diventato titolare. Ne consegue la necessità di una interpretazione dell'istituto volta a garantire un pieno godimento dei diritti ad essa connessi.

La convivenza di fatto e il diritto di soggiorno del partner straniero del cittadino italiano o europeo, ponderoso articolo di Paolo Morozzo della Rocca, affronta l'arduo tema evidenziando le condizioni che legittimano la richiesta del titolo di soggiorno per motivi familiari da parte dello straniero irregolare convivente di fatto con un cittadino dell'Unione.

L'esame esaustivo della variegata legislazione sulla convivenza di fatto, la rilevanza della iscrizione anagrafica, l'approfondimento dei complessi concetti di convivenza e coabitazione, costituiscono un prezioso apporto conoscitivo e permettono di individuare linee interpretative nel rispetto dei diritti fondamentali.

L'intreccio tra il diritto dell'immigrazione e la normativa civilistica della convivenza di fatto, la scarsa chiarezza della l. 76/2016 appaiono superabili individuando nel d.lgs. 30/2007 attuativo della direttiva 2004/38/CE, invece che nel Testo Unico d.lgs. 286/98, la disciplina applicabile. L'esibizione del contratto di convivenza autenticato dal notaio o dall'avvocato presso il quale è stipulato, costituisce documentazione ufficiale, come tale idonea a dimostrare la stabilità della convivenza, determinando in tal modo la ricevibilità da parte della Questura della richiesta del titolo di soggiorno.

SAGGI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

THE PRINCIPLE OF NON-REFOULEMENT AND ENVIRONMENTAL MIGRATION: A LEGAL ANALYSIS OF REGIONAL PROTECTION INSTRUMENTS

By Chiara Scissa

***Abstract:** The Teitiota case paves the way for deeper reflections upon the role of the principle of non-refoulement as protection instrument in those cases where migration is compelled by environmental and climate factors, so-called environmental migration, also beyond the international level. This contribution provides for a timing and thorough analysis of the regional refugee and human rights frameworks, where the principle of non-refoulement is embedded, in six geographical areas: Africa, the Americas, Asia, Europe, Middle East, and Oceania. The aim is to draw relevant insights into a possible application of this principle as protection instrument from removal to the migrant's country of origin affected by dire environmental conditions. This paper also considers regional non-refoulement jurisprudence, where available, associated with environmental migration.*

***Abstract:** Il caso Teitiota apre la strada a riflessioni più profonde sul ruolo del principio di non-refoulement come strumento di protezione in casi di migrazione dettata da fattori ambientali e climatici, cd. migrazione ambientale, non solo a livello internazionale. Il presente contributo propone un'analisi puntuale e approfondita della cornice normativa regionale in materia di rifugiati e diritti umani in cui è inserito il principio di non-refoulement in sei aree geografiche: Africa, Americhe, Asia, Europa, Medio Oriente e Oceania. L'obiettivo è quello di trarre spunti rilevanti per una possibile applicazione di questo principio come strumento di protezione dal rimpatrio verso il Paese di origine del migrante caratterizzato da gravi condizioni ambientali. Lo scritto prende inoltre in considerazione la giurisprudenza regionale in materia di non-refoulement, ove disponibile, associata alla migrazione ambientale.*

THE PRINCIPLE OF NON-REFOULEMENT AND ENVIRONMENTAL MIGRATION: A LEGAL ANALYSIS OF REGIONAL PROTECTION INSTRUMENTS

By Chiara Scissa*

SUMMARY. 1. Introduction. – 2. The principle of non-refoulement in international refugee and human rights law. – 2.1. Non-refoulement obligations and climate change: *Teitiota v New Zealand*. – 3. The principle of non-refoulement and environmental migration: Lessons from the world. – 3.1. Africa: Regional application of the principle of non-refoulement. – 3.2. The principle of non-refoulement and environmental migration in Africa’s law and jurisprudence. – 3.3. The Americas: Regional application of the principle of non-refoulement. – 3.4. The principle of non-refoulement and environmental migration in the Americas’ law and jurisprudence. – 3.5. Asia: Regional application of the principle of non-refoulement. – 3.6. The principle of non-refoulement and environmental migration in Asia’s law and jurisprudence. – 3.7. Europe: Regional application of the principle of non-refoulement. – 3.8. The principle of non-refoulement and environmental migration in Europe’s law and jurisprudence. – 3.8.1. EU law and case law. – 3.8.2. The Council of Europe. – 3.8.3. Article 2 ECHR on the right to life. – 3.8.4. Article 8 ECHR on the right to private and family life. – 3.8.5. Article 3 ECHR on the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment. – 3.9. Middle East: Regional application of the principle of non-refoulement. – 3.10. The principle of non-refoulement and environmental migration in the Middle East’s law and jurisprudence. – 3.11. Oceania: Regional application of the principle of non-refoulement. – 3.12. The principle of non-refoulement and environmental migration in Oceania’s law and jurisprudence. – 4. Conclusion.

1. Introduction

The case *Teitiota v. New Zealand* decided by the UN Human Rights Committee (UN HRC), the quasi-judicial monitoring body of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), provides for unprecedented and enlightening insights on the nexus between the principle of non-refoulement and environmental degradation¹. The adopted

* PhD candidate in Law at Sant’Anna School of Advanced Studies and Expert in International Protection and Human Rights at the Territorial Commission of Brescia. Email: chiara.scissa@santannapisa.it. I would like to express my deepest gratitude to Francesca Biondi Dal Monte for her constant support in all my steps. Special thanks to Eleonora Frasca and Virginia Passalacqua for their enlightening comments and observations.

1. See, UN Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under Article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016, 07 January 2020. For comments, see: E. Sommario, *When change and human rights meet: A brief comment on the UN Human Rights Committee’s Teitiota decision*, in *Questions of International Law*, 2021, p. 51 ff., www.qil-qdi.org; S. Villani, *Reflections on human rights law as suitable instrument of complementary protection applicable to environmental migration*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3.2021, p. 1 ff; J. Hamzah Sendut, *Climate Change as a Trigger of Non-Refoulement Obligations Under International Human Rights Law*, in *EJIL:Talk!*, 6 February 2020, www.ejiltalk.org; G. Reeh, *Climate Change in the Human Rights Committee*, in

views represent a landmark determination, since for the very first time a human rights treaty monitoring body undoubtedly acknowledges that «without robust national and international efforts, the effects of climate change in receiving states may expose individuals to a violation of their rights under articles 6 or 7 of the Covenant, thereby triggering the non-refoulement obligations of sending states». *Teitiota*, therefore, paves the way for deeper reflections upon the role of the principle of non-refoulement as protection instrument in those cases where migration is compelled by environmental and climate factors, so-called environmental migration, also beyond the international level².

This contribution promotes a thorough and timing analysis on the potential (and different) role that the principle of non-refoulement can play in defining a ban to removal to the migrant's country of origin if dire environmental conditions do not make it safe or reasonable, depending on the region concerned. To do so, the study takes into account the regional refugee and human rights legislation, and non-refoulement case law where available, that is relevant to defining a possible ban to removal to environmentally unsafe countries of origin. This analysis is conducted in six geographical areas: Africa, the Americas, Asia, Europe, Middle East, and Oceania. The chosen division aims to limit the cases of overlapping legal regimes to the minimum.

To do so, Section 2 sets the scene by providing a description of the principle of non-refoulement in international refugee and human rights law and briefly illustrates the key findings of *Teitiota*. Section 3 presents the widely divergent transposition of the principle of non-refoulement in Africa, the Americas, Asia, Europe, Middle East, and Oceania. The analysis of these regions follows the same order: first, it presents the regional application of the principle of non-refoulement in the respective refugee and human rights law; second, it explores the (potential) application of the principle of non-refoulement to cases of environmental migration, by leveraging existing regional law and jurisprudence, where feasible. Section 4 concludes that widely divergent approaches exist to the principle of non-refoulement as well as different levels of implementation. In certain regions, the principle of non-refoulement is strongly rooted in the relevant legislation and dynamically interpreted by regional Courts in light of environmental challenges to human mobility. In other regions, non-refoulement is weakly enforced, and environmental causes of migration are scantily acknowledged. It is therefore suggested that the role that the principle of non-refoulement

EJIL:Talk!, 18 February 2020, www.ejiltalk.org; A. Maneggia, *Non-refoulement of Climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or 'Responsibility to Protect'? The Teitiota Case Before the Human Rights Committee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 635 ff.

2. For the purposes of this contribution, environmental migrants are defined as «persons or groups of persons who, predominantly for reasons of sudden or progressive changes in the environment that adversely affect their lives or living conditions, are obliged to leave their habitual homes, or choose to do so, either temporarily or permanently, and who move either within their country or abroad». IOM, *Migration and the Environment*, Discussion Note: MC/INF/288, prepared for the Ninety-fourth Session of the IOM Council, 27-30 November 2007, available at www.iom.int.

could play in future environmental migration cases will be fragmented and largely depend on the region concerned.

2. The principle of non-refoulement in international refugee and human rights law

The principle of non-refoulement, enshrined in Article 33 of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugee, stipulates that: «No Contracting State shall expel or return (refouler) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion»³. It addresses any practice, direct or indirect, that the State or any person or group exercising governmental or institutional authority could implement to avoid admitting asylum-seekers into its territories («in any manner whatsoever»). Illustrative examples of forbidden actions are deportation, return, expulsion, and rejection. The territorial application of non-refoulement refers not only to the national territory of each contracting State but also to those territories in which it has jurisdiction or exercises effective control⁴. According to the guidelines set forth by the UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Article 33 extends *ratione personae* to each person falling under the declaratory refugee definition provided by Article 1.2 and therefore to persons with a well-founded fear of being persecuted who do not or cannot benefit from the protection of the country of origin⁵. Thus, the prohibition of refoulement encompasses not only recognized refugees but also all asylum-seekers, even in case of mass influx⁶. States must, therefore, refrain from expelling asylum-seekers and ensure their full enjoyment of the right to asylum. To do so, States are required to grant them access to the territory and to fair and efficient asylum procedures⁷. It should be noted, however, that this principle is not absolute under international refugee law, as States may derogate from it for reasons of national security and public order. Indeed, Article 33.2 specifies that it may not apply to refugees constituting a danger to the security of the hosting country, or to those who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, represent a

3. For a comment, see J.C. Hathaway, *The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2/1984, pp. 348-380.

4. OHCHR, *The principle of non-refoulement under international human rights law*, available at www.ohchr.org.

5. UNHCR, *UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 2011, para. 28, available at www.unhcr.org.

6. UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*, 31, January 1994, para. 4, available at www.unhcr.org.

7. UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007, para 8, available at www.unhcr.org.

danger to its community. The principle of non-refoulement has been transposed at the regional level worldwide, although with substantial differences that contribute to fragmenting related protection guarantees. It is worth noting that non-refoulement is consistently considered a norm of customary international law, thus binding all States to comply with it, including those that are not Parties to the main international refugee law instruments⁸. Although contested, some scholars argue that non-refoulement obligations imply an absolute ban to removal also in context of «civil disorder, domestic conflicts, or human rights violations generates a valid presumption of humanitarian need»⁹.

Beyond international refugee law, this principle is also present in international human rights law, where its scope of application is significantly broader. Here, the principle operates in all those cases where there is a real risk of irreparable harm, either prohibited by treaty or by customary international law¹⁰. In this context, the principle of non-refoulement is absolute and no exception or derogation is allowed. Second, it applies to all persons – irrespective of their citizenship, nationality, statelessness, or migration status – and wherever a State exercises jurisdiction or effective control, within or beyond its boundaries. In other words, the principle of non-refoulement applies without territorial or personal scoping restrictions¹¹. This principle is embedded in several international and regional human rights instruments, and it has also been recognised as an implicit principle by the UN HRC and the Committee against Torture¹². States have a legal obligation under international human rights law to respect and ensure the principle of non-refoulement. These go far beyond the duty to refrain from interfering with its enjoyment, and extend up to implement positive measures to facilitate and fulfil it. These include mechanisms to 1)

8. UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law*, cit. See also, J. Allain, *The jus cogens nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 33/2001, p. 533 ff; E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, Cambridge University Press, 2003; D.W. Grieg, *The Protection of Refugees and Customary International Law*, in *Australian Yearbook of International Law*, 1984, p. 108 ff; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, p. 23.

9. G. Goodwin-Gill, *Non Refoulement and the New Asylum Seekers*, in *Virginia Journal of International Law*, 4/1986, p. 905. See also, in more nuanced terms, J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Butterworths Canada Ltd. 1991, p. 26.

10. OHCHR, *The principle of non-refoulement under international human rights law*, cit.

11. C. Caskey, *Non-Refoulement and Environmental Degradation: Examining the Entry Points and Improving Access to Protection*, in *Global Migration Research Paper Series*, 26/2020. See also, W. Kälin, *Conceptualising Climate-Induced Displacement*, in J. McAdam (ed.) *Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives*, London, Hart Publishing, 2010.

12. 1950 European Convention on Human Rights, Article 3; 1957 European Convention on Extradition, Article 3(2); 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, Article 7; 1969 American Convention on Human Rights, Article 22(8); 1981 Inter-American Convention on Extradition, Article 4(5); 1984 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Article 3; 2000 Charter on Fundamental Rights of the European Union, Article 19; and the 2007 International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Article 16.

ensure an individual and reliable assessment of the protection needs of all migrants; 2) allow entry and stay when a safe return is not attainable; 3) provide temporary or permanent protection status on humanitarian grounds¹³.

2.1. *Non-refoulement obligations and climate change: Teitiota v New Zealand*

Understanding the novelties set forth by the UN HRC in *Teitiota v New Zealand* is essential to start our discussions upon the relevance of the principle of non-refoulement, as established under international refugee and human rights law, in cases of environmental migration. In this case, the complainant was Mr. Ioane Teitiota who in 2007 migrated with his family from Tarawa, an island of the Republic of Kiribati, to New Zealand, where he applied for the refugee status, but his claim was rejected. In September 2015, he filed a complaint before the UN HRC, claiming that, by expelling him to Kiribati, his right to life, protected under Article 6 ICCPR, had been threatened and that New Zealand's authorities did not properly assess the risk inherent in his removal. More specifically, Mr. Teitiota argued that the dire impacts of climate change on water scarcity, land disputes, sea level rise, and malnutrition, among others, made livelihood in Tarawa increasingly precarious and compelled him to migrate. The UN HRC recalled its General Comment No. 31 (2004) on the nature of the general legal obligation imposed on States parties to the ICCPR, where it found that the obligation of States parties not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person applies in all those cases where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm under Articles 6 and 7 ICCPR either in the country of origin or in any country to which the person may subsequently be removed¹⁴. It also recalled its General Comment No. 36 (2018) on the right to life, where it specified that «the duty to protect life also implies that States parties should take appropriate measures to address the general conditions in society that may give rise to direct threats to life or prevent individuals from enjoying their right to life with dignity», such as environmental degradation¹⁵. Whilst the UN HRC accepted that environmental threats constitute a real risk of irreparable harm and acknowledged that «the conditions of life in such a country

13. Respectively, Committee Against Torture, General Comment No. 4 on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, 9 February 2018; Report of the Special Rapporteur on Torture, A/HRC/37/50, 26 February 2018, para. 40; Committee Against Torture, *Seid Mortesa Aemei v Switzerland*, CAT/C/18/D/34/1995, 29 May 1997.

14. UN Human Rights Committee, General Comment 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, 29 March 2004, para. 12. In doing so, the Committee deduces an indirect non-refoulement obligation under Article 2 ICCPR, requiring States Parties to respect and ensure the Covenant rights for all persons under their jurisdiction or effective control.

15. See, UN Human Rights Council, The Slow onset effects of climate change and human rights protection for cross-border migrants, 26 February – 23 March 2018, A/HRC/37/CRP.4.

[Kiribati] may become incompatible with the right to life with dignity before the risk is realized», it notes that the timeframe of 10 to 15 years could allow for Kiribati to intervene to protect «and, where necessary, relocate its population»¹⁶. By considering as unestablished the fact that he faced a risk of a personal, imminent, or reasonable risk of arbitrary deprivation of life upon return to his country of origin, the Committee concluded that Mr. Teitiota's removal to Kiribati did not violate his right to life. Despite the negative outcome of the case, the views of the UN HRC arguably leads to three significant outcomes: 1) it consolidates the existence of a direct, causal link between environmental threats and forced migration; 2) it establishes that violations of the right to life under Article 6 ICCPR due to climate change may trigger States' non-refoulement obligations; 3) as a result, it confirms the possibility for people displaced across borders due to environmental threats to obtain complementary protection under international human rights law¹⁷. Although non-binding, the highly authoritative nature of the decision is considered to be able to influence subsequent jurisprudence on the matter¹⁸.

3. The principle of non-refoulement and environmental migration: Lessons from the world

This Section aims to describe the divergent scope and application of the principle of non-refoulement in relevant refugee and human rights instruments in six regions: Africa, the Americas, Asia, Europe, Middle East, and Oceania. The analysis of these regions follows the same order. It first presents the regional application of the principle of non-refoulement in the respective refugee and human rights law. Second, it explores the (potential) application of the principle of non-refoulement to cases of environmental migration, by leveraging existing regional law and jurisprudence, where available.

3.1. Africa: Regional application of the principle of non-refoulement

As Sharpe notes, most African States are Parties to the 1951 Geneva Convention and 1967 Protocol as well as to the African Union Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (AU Convention)¹⁹. The AU Convention provides for the

16. UN Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under Article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016, para. 9.11.

17. M. Cullen, The UN Human Rights Committee's Recent Decision on Climate Displacement, in *Asylum Insights*, February 2020.

18. V. Rive, Is an enhanced non-refoulement regime under the ICCPR the answer to climate change-related human mobility challenges in the Pacific? Reflections on *Teitiota v New Zealand* in the Human Rights Committee, in *Questions of International Law*, 75/2020, p. 9.

19. M. Sharpe, *Regional Refugee Regimes: Africa*, in C. Costello, M. Foster, and J. McAdam (eds) *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. The analysis on Africa focuses on the regional legal regime established by treaties that have been adopted continent-wide. Thus, for the most part, the region as analyzed here aligns with the African continent.

regional refugee protection framework in Africa and complements the 1951 Refugee Convention and has been so far ratified by 46 out of 55 AU Member States. Its Article 3 enshrines the principle of non-refoulement as it follows: «No person shall be subjected by a Member State to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, which would compel him to return to or remain in a territory where his life, physical integrity or liberty would be threatened for the reasons set out in Article I, paragraphs 1 and 2». As such, the AU Convention closely follows Article 3.1 of the UN Declaration on Territorial Asylum. The African non-refoulement provision broadens the 1951 Geneva Convention's provision in four respects²⁰. First, the AU Convention does not include exceptions on grounds of national security. It, indeed, allows expulsion in very limited circumstances, namely where the individual concerned commits a serious non-political crime outside the country of refuge after admission as a refugee or seriously infringes the Convention's purposes and objectives (Article I(4)(f) and (g)). The remaining three grounds refer to aspects that make the AU Convention textually broader than the 1951 Refugee Convention. Indeed, Article 3 AU Convention protects against refoulement where the person's life, physical integrity or liberty would be threatened, whereas Article 33 of the 1951 Refugee Convention only mentions the individual's life and freedom. However, protection from threats to physical integrity is clearly included in protection from threats to life. Third, non-refoulement under the AU Convention explicitly applies at frontiers, while the 1951 Geneva Convention makes no such explicit provision, although States have by far recognized that the latter prohibits refoulement at high seas, land borders, or within a State. And fourth, the AU Convention's non-refoulement provision applies to persons, whereas the 1951 Geneva Convention applies to refugees. However, as seen, the latter equally extends to asylum-seekers.

In addition to protection stemming from refugee law, refugees in Africa also enjoy protection under regional human rights law, such as the African Charter on Human and Peoples' Rights, which is the main human rights protection instrument in Africa²¹. Importantly, it provides for the creation of the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission), the judicial monitoring body of both the AU Convention and the African Charter, then complemented by the African Court on Human and Peoples' Rights. The African Charter safeguards not only civil and political rights, but also economic and social rights and both categories have been extended to refugees. The African

20. R.M. D'Sa, *The African Refugee Problem: Relevant International Conventions and Recent Activities of the Organization of African Unity*, in *Netherlands International Law Review*, 1984, pp. 378-397.

21. The African Charter has been complemented by two additional instruments, namely the Protocol to the African Charter on the Rights of Women in Africa, and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child.

Commission has repeatedly found that States must «secure the rights protected in the Charter to all persons within their jurisdiction, nationals or non-nationals», including non-refoulement, enshrined in Article 12 of the African Charter²². While Article 12.3 prohibits the collective expulsion of aliens, Articles 12.4 and 12.5 respectively forbid the arbitrary expulsion of aliens, and postulate that the expulsion of a non-national legally admitted in a territory of a State Party must be provided by a decision taken in accordance with the law.

The African Commission engaged with the principle of non-refoulement under the African Charter on several occasions. In *Malawi African Association and Others v Mauritania*, the Commission found Mauritania responsible for massive violations of the African Charter in light of the collective expulsion of almost 50.000 people to Senegal and Mali with the consequent loss and destruction of property²³. In one case it found the expulsion of Burundian refugees from Rwanda on account of their ethnic origin was a breach of Article 2 on the right to life²⁴. Article 5 of the African Charter on the torture, cruel, inhuman or degrading punishment or treatment has been interpreted as protecting individuals from being returned to a State where they are likely to be subjected to violations under that provision²⁵. In the famous *Organisation Mondiale Contre La Torture and Others v Rwanda* case, the African Commission observed that that the principle of non-refoulement is embedded in Article 12 of the African Charter, as «this provision should be read as including a general protection of all those who are subject to persecution, that they may seek refuge in another state»²⁶. As one author noted, this interpretation had far-reaching consequences for African countries that have not yet ratified the AU Refugee Convention, but have ratified the African Charter²⁷. In other words, «[...] such countries cannot just expel refugees without putting into consideration their rights, such as the right not to be

22. African Commission on Human and Peoples' Rights, *Rencontre Africaine pour la Defense des Droits de l'Homme (RADDHO) v. Zambia*, Tenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1996-1997, ACHPR/RPT/10th, para 52.

23. African Commission on Human and People's Rights, *Malawi African Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Collectif des Veuves et Ayants-Droits and Association Mauritanienne des Droits de l'Homme v Mauritania*, Thirteenth Annual Activity Report of the African Commission, 11.12.2000.

24. African Commission on Human and Peoples' Rights, *Organisation Mondiale Contre La Torture and Association Internationale des Juristes Democrates, Commission Internationales des Juristes, Union Inter africaine des Droits de l'Homme v Rwanda*, Seventh Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1993-1994, ACHPR/RPT/7th.

25. R. Murray, *Refugees and internally displaced persons and human rights: the African system*, in *Refugee Survey Quarterly*, 24/2005, p. 60. As a case-study, please see African Commission on Human and Peoples' Rights, *John K Modise v Botswana*, Tenth Annual Activity Report of the African Commission, 1996-1997, ACHPR/RPT/10th.

26. African Commission on Human and Peoples' Rights, *Organisation Mondiale Contre La Torture and Others v Rwanda*, cit., paras 29-34.

27. Such as Djibouti, Eritrea, Madagascar, Mauritius, Namibia, Saharawi Republic, Somalia and São Tomé and Príncipe.

sent back to a country where they will be persecuted and also the right to be heard before they can be returned back to such countries»²⁸.

3.2. *The principle of non-refoulement and environmental migration in Africa's law and jurisprudence*

The AU Convention broadens the traditional refugee definition as the term «shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality»²⁹. Whether individuals displaced in the context of climate change and disasters can be recognized as refugees under Article I(2) of the AU Convention is contested³⁰. The legal concept of events seriously disturbing public order, which does not present a common definition in international law, is particularly relevant for refugee claims related to the adverse effects of climate change and disasters. Rwaleimera affirms that the clause «is designed to cover a variety of man-made conditions which do not allow people to reside safely in their countries of origin [...]»³¹. The author shares an even broader view of the applicability of this provision, by affirming that it is equipped with «the necessary flexibility to include even victims of ecological changes such as famine and drought, which remain among the most challenging situations on the continent»³². In a similar vein, Grahl-Madsen argues that the refugee definition, when viewed in the context of the principle of non-refoulement, cannot logically be restricted to victims of persecution but must also include the circumstances of civil and social disorder as well as conditions of famine and natural catastrophes³³. Very recently, UNHCR has called for a more dynamic and evolutionary approach towards the interpretation of the AU Convention, thus including the current causes of forced migration and displacement: «The

28. J.D. Mujuzi, The African Commission on Human and Peoples' Rights and the promotion and protection of refugees' rights, in *African Human Rights Law Journal*, 9/2009, p. 175.

29. *Ivi*, Article 1(2).

30. M. Sharpe, *op. cit.*, p. 8.

31. M.R. Rwelamira, Two Decades of the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of the Refugee Problem in Africa, in *International Journal of Refugee Law*, 4/1989, pp. 557 ff. See also, M.R. Rwelamira, Some reflections on the OAU convention on refugees: some pending issues, in *Comparative International Law Journal of South Africa*, 1983, pp. 153 ff.; M. Bond Rankin, Extending the limits or narrowing the scope? Deconstructing the OAU refugee definition thirty years on, in UNHCR's series of Working Papers on New Issues in Refugee Research, April 2005, p. 561; F. Deng, Dealing with the Displaced: A Challenge to the International Community Global Governance, in *Global Governance*, 1/1995.

32. M. R. Rwelamira, Two Decades of the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of the Refugee Problem in Africa, *op. cit.*

33. A. Grahl-Madsen, International Refugee Law Today and Tomorrow, in *International Refugee Law*, 1982, p. 440.

ongoing effectiveness of the regional refugee criteria requires the adoption of an evolutionary approach to interpretation of these treaty-based criteria, reflecting the ongoing developments in international law more broadly. This is particularly important for the interpretation of the concept of «events seriously disturbing public order» if the changing realities for people in need of international protection are to be accommodated where they are affected by the adverse effects of climate change and disasters. In line with this approach, people displaced by the adverse effects of climate change and disasters can be refugees under regional refugee criteria»³⁴. In practice, however, African States do not seem inclined to go beyond humanitarian assistance towards people escaping from environmental degradation. In fact, most authors agree that, in cases where African States have assisted people coming from neighbouring countries, they have underlined the voluntary and humanitarian character of their actions, claiming that they did not act in accordance with the legal obligations of the AU Convention³⁵. Nevertheless, recent policy developments may be read as a significant step towards a more attentive approach to people (internally or internationally) displaced in the context of climate change³⁶.

Furthermore, the African Commission may have hinted at a potential, although still blurred, opening towards the protection of environmental migrants under the AU Convention, as auspicated by UNHCR. In a 2021 resolution, it acknowledges the «vulnerability of refugees, internally displaced and stateless persons who are among the most affected by the climate emergency» and expressed its concerns about «the direct effects on forced displacement of increasingly frequent and intense natural disasters due to climate change» as well as «increased poverty, food insecurity, water shortages and lack of access to other natural resources on which communities depend for their survival, due to climate

34. UNHCR, Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters, cit., para 14.

35. Sharpe noticed that while Kenya recognized Somalis fleeing drought in 2011 as refugees under article I(2), Uganda did not give refugee status to individuals who fled a volcano eruption in the Democratic Republic of Congo in 2002. See M. Sharpe, *op. cit.*; and M. Zecca, *The Protection of “Environmental Refugees” in Regional Contexts*, in G. C. Bruno, F.M. Palombino, V. Rossi (eds) *Migration and the Environment. Some Reflections on Current Legal Issues and Possible Ways Forward*, Rome, CNR edizioni, 2017, p. 117.

36. In late July 2022, a new Kampala Ministerial Declaration on Migration, Environment and Climate Change has been signed by the Member States of the Inter-Governmental Authority on Development (IGAD), the East African Community (EAC), and the States of the East and Horn of Africa. Among other things, they expressed their concern about «the progressive desertification and land degradation creating forced mobility of people and livestock» and committed to «implement and domesticate the provisions of the United Nations Convention to Combat Desertification (UNCCD) underscoring State role to address desertification, land degradation and drought as one of the drivers of poverty and forced mobility». Kampala Ministerial Declaration on Migration, Environment and Climate Change signed by the Member States of the Inter-Governmental Authority on Development, the East African Community, and the States of the East and Horn of Africa, 29th July 2022, pp. 1-4, available at www.environmentalmigration.iom.int.

change»³⁷. In light of the dire impacts of climate change on forcing displacement, among other things, the Commission importantly «reminds States of their treaty obligations and the commitments they have made by embracing the standards and policies of the African Union relating to the protection of asylum seekers, refugees and migrants on the continent, in particular the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa [...]». In connecting climate forced displacement to the compliance with obligations stemming from the AU Convention, the African Commission might have intended to stimulate a broader and flexible application of the regional refugee instrument to cases of environmental migration, both with reference to its refugee definition and to the principle of non-refoulement enshrined therein³⁸.

At the same time, the African Commission also refers to the direct impacts of climate change on limiting the access to core human rights, such as the right to food and freedom for hunger and poverty. Human rights provisions under the African Charter may also facilitate the emergence of non-refoulement obligations to third countries where these rights might be at heightened risk. Among these, the rights to development, to enjoy the best attainable state of physical and mental health, to self-determination, to freely dispose of their wealth and natural resources, the right to economic, social and cultural development, and to a general satisfactory environment favorable to people's development may play a relevant role in enhancing States' protection obligations. Moreover, in its General Comment No. 3 and akin to the UN HRC in *Teitiota*, it finds close connections between State parties' human rights obligations and the protection of the environment: «[...] the Charter envisages the protection not only of life in a narrow sense, but of dignified life. This requires a broad interpretation of States' responsibilities to protect life. Such actions extend to preventive steps to preserve and protect the natural environment and humanitarian responses to natural disasters, famines, outbreaks of infectious diseases, or other emergencies. [...] Such an approach reflects the Charter's ambition to ensure a better life for all the people and peoples of Africa through its recognition of a wide range of rights, including the right to dignity, economic, social and cultural rights, and peoples' rights such as the right to existence and the right to peace»³⁹. In both arrangements, the African Commission acknowledges that climate change and other environmental factors directly affect core human rights, especially the right to a dignified life. In doing so, the African Commission seems to endorse a position similar to the UN HRC. If it will ever be asked to deal with migration triggered by climate change, its previous conclusions may lead the African

37. African Commission on Human and People's Rights, *Resolution on Climate Change and Forced Displacement in Africa*, ACHPR/Res. 491 (LXIX), 5.11.2021.

38. Most African States have ratified the ICCPR and, although to a lesser extent, its Optional Protocol No. 1.

39. African Commission on Human and People's Rights, General comment No. 3, cit., paras. 3 and 41.

Commission to recognize that non-refoulement obligations of the hosting State arise where the environmental conditions of the migrant's country of origin are deemed so dire to reach the threshold of violation of core human rights, including the right to a dignified life.

3.3. *The Americas: Regional application of the principle of non-refoulement*

In the Americas, the protection from non-refoulement and other refugee's rights is delivered by human rights law instruments, as a regional treaty of refugee law is missing⁴⁰.

Regional binding instruments for the protection of refugees in the Americas only include the founding Charter of the Organization of American States (OAS), and the American Convention on Human Rights (ACHR), which is monitored by the Inter-American Commission on Human Rights (American Commission) and the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court)⁴¹. These provisions are binding for the entire region, although with strong differences regarding ratification and implementation.

The 1984 Cartagena Declaration on Refugees and subsequent Declarations on refugee protection, originally intended to provide a refugee definition for Central America, are instead the point of reference in Central and Latin America⁴². However, it must be noted that this instrument does not cover North America and lacks legal force. Akin to the AU Convention, it reflects the need for a broader refugee definition able to cover mass influxes triggered by conflict, civil war and foreign aggression⁴³. As a result, and this is why some authors argued that the Cartagena's refugee definition is not innovative, the Declaration's refugee definition substantially reflects the African definition to also cover persons who have fled their countries because their life, security or freedom has been threatened by widespread violence, foreign aggression, internal conflicts, massive human rights violations or other circumstances that have seriously disturbed public order. It reiterates the importance and meaning of the principle of non-refoulement (including the prohibition of rejection at the frontier) as a cornerstone of the international protection of refugees. This principle is considered as imperative with regards to refugees and acknowledged as a rule of *jus cogens*. Although not legally binding, the Cartagena Declaration has been adopted

40. The present analysis embraces a geographical definition of the Americas that includes both North America (the US and Canada), Central and Latin America (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, and Panama, Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Peru, Uruguay, and Venezuela) as well as the Caribbean (Cuba, the Dominican Republic, and Haiti).

41. It is also worth mentioning the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social, and Cultural Rights (Protocol of San Salvador) recognizes the right to a healthy environment and to have access to basic public services.

42. D. Anker, *Regional Refugee Regimes: North America*, in C. Costello, M. Foster, and J. McAdam (eds) *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 3.

43. *Ivi*, p. 7.

and transposed at the national level by at least 15 Central and Latin American countries, while the legal authority of the refugee definition enshrined in the Cartagena Declaration has been recognized by the General Assembly of the OAS as well as by the Inter-American Court⁴⁴. Subsequent Declarations reiterate the commitments of Central and Latin American States in enhancing refugee protection. These are: the 1994 San José Declaration on Refugees and Displaced Persons, the 2000 Rio de Janeiro Declaration on the Institution of Refuge, the 2004 Mexico Declaration and Plan of Action to Strengthen the International Protection of Refugees in Latin America, the 2010 Brasília Declaration on the Protection of Refugees and Stateless Persons in the Americas, the 2012 Fortaleza Mercosur Declaration of Principles on International Refugee Protection, and the 2014 Brazil Declaration on the Protection of Refugees and Stateless Persons in the Americas.

The Inter-American System of Human Rights, which beyond the mentioned binding instruments includes the non-binding American Declaration on the Rights and Duties of Man, relies on a two-tier mechanism, where the Commission hears cases at the first instance and can deliver reports and recommendations that, however, are not legally binding. If the violations are not fully repaired at that level, the Commission is empowered to sue the concerned State before the Court, whose decisions are final and binding. The 1969 American Convention restates some grounding provisions enshrined in the 1948 American Declaration of the Rights and Duties of Man, including the right to asylum and the principle of non-refoulement. Akin to Article 33 of the 1951 Geneva Convention, Article 22.8 ACHR prohibits the deportation or removal of an alien to a country, regardless of whether or not it is their country of origin, if their right to life or personal freedom would be at risk of being violated because of their race, nationality, religion, social status, or political opinions. The collective expulsion of aliens is likewise prohibited. In *Haitian Centre for Human Rights v United States*, the Inter-American Commission sets an important benchmark in the extra-territorial application of the principle of non-refoulement in holding that it has «no geographical limitations»⁴⁵. In that case, the Commission holds that, in order to facilitate the interpretation of the right to seek and receive asylum established in the Inter-American human rights instruments, the latter must have as their main reference point the treaties on the protection of refugees and asylum seekers, thereby establishing a clear link between the asylum and human rights (sub-) regimes⁴⁶.

As for the jurisprudence of the Inter-American Court, it has not engaged much in the interpretation and application of articles 22.7 and 22.8 ACHR, respectively concerning the

44. UNHCR, Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters, cit., p. 7.

45. Inter-American Commission on Human Rights, *Haitian Centre for Human Rights v United States*, Report No 51/96, Case No 10.675, 13 March 1997, para 157.

46. Inter-American Commission on Human Rights, Report No 6/02, Admissibility Petition No 12.071, 27.2.2002.

right to seek and be granted asylum, and the principle of non-refoulement. In *Pacheco Tineo Family v Plurinational State of Bolivia*, concerning a family of asylum seekers from Peru who were removed by Bolivia before their refugee claim was properly determined, the Inter-American Court expands the scope of application of non-refoulement to all aliens arguing that «[...] the right of any alien, and not only refugees or asylees, to non-refoulement is recognized, when his life, integrity and/or freedom are in danger of being violated, whatsoever his legal status or migratory situation [...]»⁴⁷. Finally, the Court includes non-refoulement among other *erga omnes* rights, such as the prohibition of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment⁴⁸. Thus, under the ACHR, specific human rights provisions provide a solid basis for protection against refoulement. In this regard, States must refrain from deporting, returning, expelling, extraditing or otherwise removing a person subject to a third State where there they risk of being subject to torture, cruel, inhuman or degrading treatment⁴⁹.

In its advisory opinion OC-25/18 requested by the Republic of Ecuador, the Inter-American Court approaches the principle of non-refoulement from three perspectives. First, it acknowledges this principle as a customary norm of international law and part of *jus cogens*, this meaning that the principle of non-refoulement cannot be breached or derogated under any circumstances and that it applies to all countries of the region, regardless of whether they have ratified key international refugee or human rights treaties or not. As a result, States should abstain from any act that whatsoever result in *de jure* or *de facto* refoulement. Second, the Court finds the principle of non-refoulement as an integral component of the right to seek and to apply for asylum. In particular, the Court observes that the right to asylum at the regional level imposes additional duties on the States, among which the principle of non-refoulement and its extraterritorial application, and the obligation to allow individuals to claim asylum and not to reject them at the border⁵⁰. Finally, it notes that the asylum regime and the human rights regime are closely interconnected, with the principle of non-refoulement playing a key and cross-cutting role. Indeed, the principle of non-refoulement is not only considered as a crucial component of the right to asylum, but also as a guarantee of many non-derogable human rights given its inherent aim to preserve life, liberty and integrity of the person concerned. In its words, «in the regional system, both because of its historical roots and the development of the legal tradition of inter-American law, the connection between the two [international protection regime and human rights] is undeniable. In particular, the Court notes that the inter-American instruments recognize

47. Inter-American Court of Human Rights, *Pacheco Tineo v. Bolivia*, 25.11.2013, para. 135.

48. Inter-American Court of Human Rights, *Wong Ho Wing v. Peru*, 30.9.2015, para. 127.

49. *Ibidem*.

50. Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-25/18 requested by the Republic of Ecuador, 30.5.2018, para. 122.

the right to seek and receive asylum, as well as the principle of non-refoulement. The refugee protection regime cannot exist separately from the human rights regime so that, with the parallel processes of international positivisation and progressive interpretative development by monitoring mechanisms, the international protection regime has become imbued with a human rights approach»⁵¹. The findings of the American Court gain further importance in light of the absence of a binding refugee treaty at the regional level.

3.4. The principle of non-refoulement and environmental migration in the Americas' law and jurisprudence

Regional binding instruments in the Americas fail to address the correlation between non-refoulement and environmental causes of migration. The same can be said for the Cartagena Declaration. Moreover, the Principles and Criteria for the Protection of and Assistance to Central American Refugees, Returnees and Displaced Persons in Latin America prepared by the Group of Experts for the International Conference on Central American Refugees in 1989 stress that the expression «other circumstances which have seriously disturbed public order» enshrined in Cartagena «must be manmade and cannot constitute natural disasters», also highlighting that victims of natural disasters cannot be qualified as refugees, «unless special circumstances arise which are closely linked to the refugee definition»⁵².

However, subsequent (yet equally non-binding) Declarations partially fill this gap. For instance, the 1994 San José Declaration on Refugees and Displaced Persons calls upon States to urge existing regional fora dealing with matters such as economic issues, security and protection of the environment to include in their agenda consideration of themes connected with refugees, other forced displaced populations and migrants⁵³. The 2014 Brazil Declaration on the Protection of Refugees and Stateless Persons in the Americas recognizes the challenges posed by climate change and natural disasters, as well as by the displacement of persons across borders that these phenomena may cause in the region⁵⁴. In Chapter 7, UNHCR is requested to prepare a study on the new challenges posed by climate change and natural disasters, as well as by displacement of persons across borders that

51. *Ivi*, para 42.

52. Principles and Criteria for the Protection and Assistance of Central Americans Refugees, Returnees and Displaced Persons in Latin America, International Conference on Central American Refugees held in Guatemala, 3.12.1989, p.11.

53. Regional Refugee Instruments & Related, San José Declaration on Refugees and Displaced Persons, 7 December 1994, para. 20.

54. Declaration of Brazil: A Framework for Regional Cooperation and Solidarity to Strengthen International Protection of Refugees, Displaced and Stateless Persons in Latin America and the Caribbean. Brasilia, 3.12.2014, p. 3.

these phenomena may generate, «with the aim of supporting the adoption of appropriate national and regional measures, tools and guidelines, including response strategies for countries in the region, contingency plans, integrated responses for disaster risk management and humanitarian visa programmes, within the framework of its mandate».

With regards to the regional jurisprudence, the Inter-American Commission observes that not only are climate change and disasters current causes of displacement and forced migration within the region, but they are expected, along with demographic pressures and globalization, to increase internal and international migration flows in the next decades⁵⁵. The Inter-American Commission further notices that Central America and the Caribbean have been hard hit by natural disasters, which have become increasingly important «push» factors in driving many people to migrate from the region, especially vulnerable and poor people who are left with no other option but to move away from their places of origin⁵⁶. Overall, the Inter-American Commission notes that OAS Member States have not taken measures to address the situation and the need for protection of people have been forced to migrate, either internally or internationally, because of the effects climate change or natural disasters. Given its highly political authority, the 2014 Brazil Declaration may encourage the adoption of provisions addressing this gap at least at the sub-regional level, with particular emphasis on the State's duty to respect, protect and ensure human rights against the adverse effects of climate change on the most vulnerable, including the poor and migrants. In particular, in its 2021 resolution, the Inter-American Commission observes that «[F]aced with migrant workers and others who mobilize for reasons directly or indirectly associated with climate change, States must guarantee due process during the procedure leading to the recognition of their migratory status, and in any case guarantee their human rights, such as the safeguard of non-refoulement while their status is determined»⁵⁷. Therefore, the lack of a binding definition of environmental migrants in the Americas shall not lead to underestimate their need of protection or to impinge their enjoyment of human rights, emblematically the principle of non-refoulement. This position has been also endorsed by the Inter-American Court in its 2017 Advisory Opinion OC-23/17 on Human Rights and the Environment, where it recognised «the existence of an undeniable relationship between the protection of the environment and the realization of

55. Inter-American Commission on Human Rights, Human Rights of Migrants, Refugees, Stateless Persons, Victims of Human Trafficking and Internally Displaced Persons: Norms and Standards of the Inter-American Human Rights System, 2015, para. 17-18 and 63-64.

56. Inter-American Commission on Human Rights, Human Rights of Migrants and Other Persons in the Context of Human Mobility in Mexico, 30.12.2013, para. 67.

57. Inter-American Commission on Human Rights, Resolution 3/2021 on Climate Emergency Scope of Inter-American Human Rights Obligations, 31.12.2021, p. 16.

other human rights, in that environmental degradation and the adverse effects of climate change affect the effective enjoyment of human rights»⁵⁸. The findings of UNHCR in the framework of the 2014 Brazil Declaration as well as the observations of the Inter-American Commission and Court may lead the Americas to adopt, in the next years, appropriate regional measures to address environmental migration, such as humanitarian visas. This in light of the recognition that climate change, environmental degradation and other related factors may violate core human rights, including but not limited to the right to life, thus compelling migration and/or impeding the removal to the migrant's country of origin.

3.5. Asia: Regional application of the principle of non-refoulement

The analysis of Asia is difficult to frame for several overlapping reasons⁵⁹. First, there is no regional treaty on refugee or human rights protection, and refugees are often not distinguished from third country nationals in general. Second, regional jurisprudence on the rights of migrants and refugees, such as the principle of non-refoulement, is scant and whatever analysis in the context of climate change is, at best of my knowledge, missing. In general, it seems that Asian countries prefer to establish soft-law agreements than to take up binding responsibilities. With particular reference to non-refoulement, there seems to be a «persistent refusal of most states of Asia and the Middle East to be formally bound by the asserted comprehensive duty of non-refoulement»⁶⁰. The fact that only few countries are Parties to the 1951 Geneva Convention and that no binding instrument in Asia guarantees against refoulement confirms this tendency⁶¹.

The Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees adopted by the Asian African Legal Consultative Committee unprecedently endorse the principle of non-refoulement in their Article 3, which includes rejection at the frontier, return or expulsion, of the asylum-seeker if it would result in their life or freedom being threatened on account of their race, religion, nationality, ethnic origin, membership of a particular social group or political opinion. However, such a provision suffers from two main pitfalls: the Bangkok Principles are only declaratory and not legally binding; and compliance with these Principles is neither enforced nor monitored⁶². This responds to the principle of non-interference in the

58. Inter American Court of Human Rights, Advisory Opinion requested by the Republic of Colombia: Environment and Human Rights, OC-23/17, 15.11.2017, para. 108. Most States in the Americas have ratified the ICCPR and, although to a lesser extent, its Optional Protocol No. 1.

59. For the purposes of the present analysis, Asia covers Central Asia, East Asia, South Asia and Southeast Asia.

60. J.C. Hathaway, *Leveraging Asylum*, in *Texas International Law Journal*, 3/2010, p. 513.

61. Uzbekistan, Hong Kong SAR (China), North Korea, Bhutan, India, Maldives, Nepal, Sri Lanka, Bangladesh, Brunei, Burma (Myanmar), Indonesia, Laos, Malaysia, Mongolia, Singapore, Thailand, Vietnam and Pakistan are not parties to the 1951 Geneva Convention and/or its 1967 Protocol.

62. S.E. Davies, *The Asian Rejection? International Refugee Law in Asia*, in *Australian Journal of Politics and History*, 4/2006, p. 564.

internal affairs of the State endorsed by many States of the region as a buffer against outside pressure. Second, the principle may not apply when the claimant represents a danger to the national security or public order or if they have been convicted by a final judgement of a particularly serious crime and constitute a danger to the community of the hosting country.

Most Asian countries are members of the Executive Committee of the High Commissioner's Program (EXCOM), which adopts non-binding resolutions called Conclusions on International Protection. Despite the lack of legal force, these EXCOM Conclusions have strong political authority especially for those States that are not parties to the Refugee Convention or Protocol but are members of EXCOM (such as Bangladesh, India, Pakistan, and Thailand)⁶³. The principle of non-refoulement seems to be weakly implemented. Indeed, the EXCOM members expressed their deep concern regarding the frequent violation of this principle within the region, while the 2011 Almaty Declaration, an important although non-binding human rights instrument in the region, only makes a superficial reference to such a principle⁶⁴.

The Association of South East Asian Nations (ASEAN) is an inter-governmental organization composed of ten members from East and South East Asia. In 2012, its members adopted the non-binding ASEAN Human Rights Declaration, whose Article 16 recognizes the right to asylum, but it stays silent on the principle of non-refoulement. The ASEAN Charter 2007 mandates the establishment of human rights bodies, namely the ASEAN Inter-governmental Commission on Human Rights and the ASEAN Commission on the Rights of Women and of Children, that lack judicial or investigative powers. Finally, the ASEAN Human Rights Declaration envisages lower standards than international law demands, in particular as regards the right to asylum: «Every person has the right to seek and receive asylum in another State in accordance with the laws of such State and applicable international agreements». Given that the ratification of key international refugee and human rights treaties is very low in the region, the provision leaves wide discretionary margins upon Asian States as it subjects people to national laws which may provide far less protection than international law.

63. T. Savitri, *Refugee Protection in the Asia Pacific Region*, in *Rights in Exile Programme*, available at www.refugeelegalaidinformation.org.

64. F. Chang-Muy, *International Refugee Law in Asia*, in *NYU Journal of International Law and Politics*, 1992, pp. 1171 ff.; V. Muntarhorn, *The Status of Refugees in Asia*, London, Clarendon Press, 1992.

3.6. *The principle of non-refoulement and environmental migration in Asia's law and jurisprudence*

There are few soft-law instruments relevant for the Asian region that deal to a certain extent with environmental migration. In a Conclusion adopted by EXCOM, State Members recognize that the underlying causes of population displacements are complex, interrelated, and include environmental degradation. Thus, they urge UNHCR to mobilize assistance from the international community to address environmental degradation in refugee-hosting areas⁶⁵. Furthermore, the 2011 Almaty Declaration acknowledges that «environmental degradation can be in certain circumstances an additional factor which may impact the movement of people. Irrespective of their underlying causes, such population movements can give rise to protection and assistance needs, particularly if they take place in an irregular manner»⁶⁶. Finally, the Asian and Pacific Declaration on Population and Development calls on States to «[d]evelop measures to prevent and mitigate the effects of natural disasters in urban areas, and ensure the provision of necessary and prompt assistance to affected populations, especially vulnerable groups, such as persons with disability, migrants and older adults»⁶⁷. And it also includes a specific priority action to «[...] support and facilitate adaptation and/or migration with dignity and respect for identity where countries can no longer support the lives of people due to adverse changes in their circumstances and environment resulting from climate change»⁶⁸. However, given the wide and rooted flaws of the Asian refugee and human rights regime for the protection of core rights of refugees and asylum-seekers, at least for the time being, it seems unrealistic to expect improvements towards the protection of environmental migrants against refoulement.

3.7. *Europe: Regional application of the principle of non-refoulement*

In Europe, two main legal orders can be envisaged, the European Union (EU) and the Council of Europe. The principle of non-refoulement has been consistently embodied in the main binding arrangements stemming from these two legal orders, namely the EU Treaties in the former; the European Social Charter and, most prominently, the European Convention on Human Rights in the latter.

Relevant treaties within the EU legal order are the Treaty on the European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and the European Charter of Fundamental Rights (EU Charter). Although the EU is not party to the 1951 Refugee

65. UNHCR, Conclusions on International Protection Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme 1975-2017 (Conclusion No. 1-114), October 2017, HCR/IP/3/Eng/REV. 2017, available at www.refworld.org.

66. For a comment, T. Savitri, *op. cit.*

67. Asian and Pacific Ministerial Declaration on Population and Development, 26.11.2018, part III (J)(g bis.).

68. *Ibidem.*

Convention, the Court of Justice of the European Union (CJEU) observes that Article 78 TFEU is an internal obligation of primary law to act in accordance with the 1951 Refugee Convention and the other relevant treaties. For instance, in *N.S. and M.E.*, the CJEU observes that «All the Member States are contracting parties to the Geneva Convention and the 1967 Protocol. [...] The European Union is not a contracting party, [...] but Article 78 TFEU and Article 18 of the Charter provide that the right to asylum is to be guaranteed with due respect for the Geneva Convention and the 1967 Protocol»⁶⁹. Thus, the principle of non-refoulement enshrined in the 1951 Refugee Convention and the other relevant treaties is part of the EU legal order by virtue of this primary law obligation. In addition, beyond the right to asylum (Article 18), the EU Charter prohibits collective expulsion (Article 19.1), and refoulement (Article 19.2). Hence, no one may be removed, expelled or extradited to a State where they would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment. The principle of non-refoulement guides and informs the EU common policy on asylum pursuant to Article 78 TFEU.

Scholars have argued that, in some respects, EU law reflects international refugee law, such as the transposition of the concept of persecution and the five Convention grounds; while diverging in other aspects, such as in the reduction or extension of safeguards, guarantees and protection standards⁷⁰. Emblematically, through the Qualification Directive (Directive 2011/95/EU), the EU introduced an additional protection status beyond the refugee status, that is subsidiary protection. It applies to people who, although not meeting the requirements to be eligible for the refugee status, are still in need of protection based on Member States' obligations under international and European human rights law. Another remarkable example of EU's expansion in refugee protection matters concerns the principle of non-refoulement. In *M v. Ministerstvo vnitra* and *X and X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* joined cases, the CJEU concludes that refugees enjoy stronger protection from refoulement under EU law than under the 1951 Geneva Convention, since any form of removal under EU secondary asylum law (in those specific cases, the Qualification Directive) must be compliant with the right to asylum and the principle of non-refoulement, as enshrined in Articles 4 and 19.2 of the EU Charter⁷¹. Under EU law, removal must be balanced with the full respect of the human rights of the person concerned. In particular, the EU Return Directive refers to the best interests of the child, family life,

69. CJEU, *N.S. v. Secretary of State of the Home Department and M.E. and Others v. Refugee Application Commissioner and another (N.S. and M.E.)*, Joined Cases C-411 and C-493/10, 21.12.2011.

70. E. L. Tsourdi, *op. cit.*, pp. 3-4.

71. CJEU, *M v. Ministerstvo vnitra; X and X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, Joined Cases C-391/16, C-77/17 and C-78/17, 14.05.2019, paras. 94-95.

the state of health of the person concerned and the principle of non-refoulement as barriers to removal⁷².

Within the Council of Europe, two human rights instruments, the European Social Charter and the European Convention on Human Rights (ECHR), are of particular relevance for our purposes. The former does not engage directly with the principle of non-refoulement, but it refers to relevant socio-economic rights connected with the protection of refugees⁷³. In 2020, the President of the European Committee of Social Rights suggested to take the necessary steps towards the drafting of a new protocol to the European Social Charter to incorporate, as already done in the Americas, environmental issues into human rights protection⁷⁴. This in light of the impact that environmental degradation has on migrants and refugees and its consequent impacts on social rights protection.

Similarly, the ECHR does not regulate the situation of refugees directly, nor does it stipulate the right to asylum. Nevertheless, it contains several asylum-relevant rights, such as Article 4 Protocol 4 ECHR that prohibits collective expulsions. Moreover, Articles 2 and 3 ECHR on the rights to life and not to be subjected to torture, inhuman or degrading treatment or punishment have been consistently interpreted by the European Court of Human Rights (ECtHR) as forbidding the direct or indirect removal of an individual to a State where there are substantial grounds for believing that there is at real risk of violations of either of those provisions⁷⁵. The Court further clarifies that Article 3 ECHR applies to every person, not only refugees and international protection-seekers, thus going beyond Article 33 of the 1951 Refugee Convention, and it cannot be subject to any exception, derogation or limitation for security reasons or public order. In fact, an individual must benefit from the principle of non-refoulement under Article 3 ECHR even if involved in criminal activities that threaten national security⁷⁶. Beyond Articles 2 and 3 ECHR, other rights may act as a barrier to removal⁷⁷. In particular, the ECtHR has ruled that specific circumstances leading to a «flagrant» or «disproportionate» breach of the rights enshrined

72. CJEU, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve v. Moussa Abdida*, C-562/13, 18.12.2014.

73. For instance, the European Committee on Social Rights found systemic flaws in Greek law, policy, and practice, which deprive unaccompanied children of rights to housing, health, and education. See, European Committee of Social Rights, *International Commission of Jurists and European Council for Refugees and Exiles v Greece*, 23.05.2019, mentioned in E.L. Tsourdi, *op. cit.*, p. 9.

74. G. Palmisano, President of the European Committee of Social Rights at the High-level Conference “Environmental Protection and Human Rights”, 27 February 2020, Strasbourg, available at www.coe.int.

75. ECtHR, *Soering v. United Kingdom*, n. 14038/88, 7.07.1989, para. 88; ECtHR, *Saadi v. Italy*, n. 37201/06, 28.2.2008; ECtHR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, n. 30696/09, 21.1.2011.

76. R. Mandal, *Legal and protection policy research series: Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention*, 2005, p. 25.

77. C.W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Cambridge, Intersentia, 2009, p. 345 ff.

in the Convention may prevent from refoulement⁷⁸. These include the right not to be subjected to slavery and forced labour (Article 4), the right to liberty and security (Article 5), right to a fair trial (Article 6), no punishment without law (Article 7), right to respect for private and family life (Article 8), and right to freedom of thought, conscience and religion (Article 9)⁷⁹. This persuaded Mandal to affirm that the non-refoulement jurisprudence of the ECtHR «is perhaps the most developed of all the international institutions concerned with these concepts»⁸⁰.

3.8. The principle of non-refoulement and environmental migration in Europe's law and jurisprudence

First, this Section examines relevant secondary provisions under EU asylum and human rights law, enriched by the case law of the CJEU, to explore whether they may give rise to non-refoulement obligations in case of dire environmental conditions in the migrant's country of origin. Second, after a brief overview of the main attempts promoted by the Council of Europe to encourage the creation of a protection framework for environmental migrants, the analysis proceeds by focusing on the interpretation given by the ECtHR of Articles 2, 3 and 8 ECHR in the context of dangerous industrial activities and environmental disasters, which could provide relevant insights regarding the approach that the ECtHR may adopt in environmental migration claims that it most probably will be asked to address in the near future.

3.8.1. EU law and case law

As previously discussed, the EU has transposed the principle of non-refoulement both in Article 78 TFEU on asylum and in Article 19 EU Charter. A number of secondary asylum and migration provisions stemming from these primary norms may be of relevance in environmental migration cases. The Qualification Directive concerns the issuance of international protection statuses (refugee status and subsidiary protection). According to international and EU asylum law, refugees have a well-founded fear of persecution on account of their race, nationality, religion, political opinion, or membership to a particular social group. Part of the scholarship agrees that environmental causes of migration can hardly fall within the refugee definition as usually environmental forces do not sufficiently

78. A. Anderson, M. Foster, H. Lambert, J. McAdam, Imminence in refugee and human rights law: A misplaced notion for international protection, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, p. 116 ff.

79. ECtHR, *Soering v. United Kingdom*, cit.; ECtHR, *Tomic v United Kingdom*, n. 17837/03, 14.10.2003; ECtHR, *Einhorn v France*, n. 71555/01, 16.10.2001; ECtHR, *F v United Kingdom*, n. 17341/03, 22.6.2004.

80. R. Mandal, *op. cit.*, p. 25.

substantiate its essential requirements, namely the assessed existence of an actor, an act, a reason of persecution and their State's unwillingness or incapacity to ensure protection⁸¹. Thus, environmental threats are usually sought to be a supplementary, not the main, reason to grant the refugee status. However, according to Article 2(f) of the Directive, a person who does not qualify as a refugee may be eligible for subsidiary protection when there are substantial grounds for believing that, if returned to their country of origin, they would face a real risk of suffering serious harm caused by a State or non-State actor. Article 15 enumerates three sources of serious harm: a) death penalty or execution; b) torture or inhuman or degrading treatment or punishment; or c) serious and individual threat by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict. As explained elsewhere, subsidiary protection claims based on environmental grounds could only exceptionally be accepted⁸². In principle, we might expect some promising results in the future stemming from Article 15(b), although in very limited cases. In *Jawo*, the CJEU has established a connection between the prohibition of torture or inhuman, degrading treatment or punishment and human dignity enshrined in Article 1 EU Charter, yet observing that the threshold required to give rise to such a violation is extremely high. Emblematic examples could include the case where State authorities' omissive or active conduct create «a situation of extreme material deprivation» or «destitution», which would not enable the claimant to meet their most basic needs, and which would impair their physical or mental health or place them in a state of degradation incompatible with human dignity⁸³. Therefore, non-refoulement cases involving return in extreme material deprivation, caused or associated with unbearable environmental conditions due to State's inertia or actions, might constitute a breach of human dignity and meet the threshold of serious harm under Article 15(b) of the Directive⁸⁴.

The Qualification Directive is not the only EU instrument that could, at least in principle, deal with migration movements triggered by environmental forces. The Temporary Protection Directive (Directive 2001/55/EC) is an emergency tool that

81. For comments, see E. Delval, From the U.N. Human Rights Committee to European Courts: Which protection for climate-induced displaced persons under European Law?, in *Odysseus Network Blog*, 2020; M. Scott, *Climate Change, Disaster, And the Refugee Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020; J. McAdam, *Swimming against the tide: Why a climate change displacement treaty is not the answer*, in M. Crock (ed.), *Refugees and Rights*, London, Routledge, 2017, p. 379; M. Cullen, *Disaster, Displacement and International Law: Legal Protections in the Context of a Changing Climate*, in *Politics and Governance*, 2020, pp. 272-273.

82. C. Scissa, The climate changes, should EU migration law change as well? Insights from Italy, in *European Journal of Legal Studies*, 14/2022, p. 4, available at www.ejls.eu.

83. CJEU, *Abubacarr Jawo v Bundesrepublik Deutschland*, C-163/17, 19.3.2019, para 92.

84. For a comment, see C. Scissa, The climate changes, should EU migration law change as well? Insights from Italy, op. cit.; A. Brambilla, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in questa Rivista, 2.2017, p. 23 ff.

provides immediate, collective, and temporary protection to mass movements of third country nationals, who are unable to return in their country of origin due to a non-exhaustive list of causes, which includes but is not limited to, armed conflict or endemic violence; serious risk of systematic or generalised violations of their human rights. Therefore, environmental threats may well require the application of this Directive, either when they are the primary cause of mass displacement or if able to trigger severe violations of human rights, as per Article 2(c)⁸⁵. Besides, Article 7 allows the EU Member States to extend temporary protection to additional categories, thus potentially including those climate-displaced. Yet, Directive 2001/55/EC comes with relevant pitfalls concerning its activation, its geographical scope of application and the fact that it may be soon repealed⁸⁶.

In the context of removal from the EU, the Return Directive (Directive 2008/115/EC) may provide a mechanism to prevent the return of a third-country national in an environmentally unsafe country in light of non-refoulement obligations. The Directive makes clear, in fact, that the implementation of a return order must respect this principle (recital 8 and Article 5) and that removal shall be postponed if it would violate it (Article 9). Moreover, competent authorities shall consider the returnee's personal and family situation, their health conditions, and the best interests of the child as further barriers to removal (Article 5). Finally, Article 6(6) allows the Member States to decide at any moment to grant a residence permit on compassionate, humanitarian or other reasons, nullifying a removal decision. These safeguards may all apply to cases where removal in climate change-affected countries would be unsafe.

The above Directives, all embedding the principle of non-refoulement, demonstrate that EU asylum and migration law could potentially cover environmental causes of migration. It is up to the EU institutions to turn these implicit opportunities into explicit protection avenues, leveraging an evolutionary and flexible application and interpretation of these instruments by competent authorities.

85. J. McAdam, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, Oxford, University Press, 2012, p. 102; V. Kolmannskog, F. Myrstad, *Environmental Displacement in European Asylum Law*, in *European Journal of Migration and Law*, 11/2009, p. 313; G. Sciacaluga, *Sudden-Onset Disasters, Human Displacement, and the Temporary Protection Directive: Space for a Promising Relationship?*, in G.C. Bruno, F.M. Palombino, V. Rossi (eds) *Migration and the Environment. Some Reflections on Current Legal Issues and Possible Ways Forward*, Rome, CNR Edizioni, 2017; P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, in *Lexambiente*, 2/2021; OHCHR, *Addressing human rights protection gaps in the context of migration and displacement of persons across international borders resulting from the adverse effects of climate change and supporting the adaptation and mitigation plans of developing countries to bridge the protection gaps*, 2018.

86. C. Scissa, *The climate changes, should EU migration law change as well?: insights from Italy*, op. cit., p. 6.

3.8.2. *The Council of Europe*

Over time, the Council of Europe has promoted a deeper understanding of the need to recognize and protect against environmental causes of migration. In 2009, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe adopted a resolution and a recommendation on the matter. Even if non-binding, they have the merit to concretely address the persisting challenges surrounding the recognition and protection of environmental migrants and set forth tangible solutions to reduce their vulnerability. Indeed, Resolution No. 1655 (2009) acknowledges that «[o]ne of the most fundamental issues in climate change and environmentally induced migration is that it is a global process, not a local crisis. Hence, it is the responsibility of the global community and not only that of local and national authorities to engage in proactive intervention»⁸⁷. It also invites the Member States to consider the elaboration of a specific protection framework either in a separate convention or as part of multilateral environmental treaties, or both. Alternatively, the Parliamentary Assembly encourages the respective United Nations agencies to consider creating principles of existing international law on climate-related international displacement. Recommendation No. 1862 (2009) reiterates those proposals and further focuses on the possibility to add a new protocol to the ECHR, concerning the right to a healthy and safe environment.

Ten years later, the Parliamentary Assembly adopted resolution 2307 (2019), where it stresses again the role of climate change and environmental disasters in triggering forced internal and cross-border displacement. Among other things, it calls the Member States to include in their asylum systems protection statuses for people fleeing long-term climate change in their country of origin. The Parliamentary Assembly partially grounds this need on the particular responsibility that industrialised Member States of the Council of Europe carry with respect to third countries affected by man-made climate change, «and should therefore provide appropriate asylum for climate refugees»⁸⁸.

3.8.3. *Article 2 ECHR on the right to life*

The ECtHR has not yet had the opportunity to deal with non-refoulement obligations in the context of adverse climate and environmental impacts. There are however relevant elements that inspired some initial reflections on the matter. In nearly 300 cases the ECtHR has concluded that environmental harm may lead to violation of a broad range of hitherto

87. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution No. 1655 (2009): Environmentally Induced Migration and Displacement: A 21st Century Challenge, 30 January 2009, para 8.

88. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 2307 (2019) A legal status for “climate refugees”, 3 October 2019, para. 4.5.

guaranteed human rights – that is, the right to life, to health, to private and family life and, to property⁸⁹. In particular, the Court has found positive obligations to arise under Article 2 in the specific context of industrial and environmental disasters⁹⁰. The obligation to protect life applies not only to hazardous industrial activities, which are dangerous by their very nature, but also in case of a natural disaster or when the danger is imminent and clearly identifiable, for instance in case of mudslides and earthquakes. Article 2 ECHR applies not only where actions or omissions of the State have led to a person's death, but also where a person has been exposed to a serious, real and immediate risk to their life⁹¹. The Court must also consider whether the authorities knew or ought to have known, at the material time, that the applicant had been exposed to a mortal danger, and whether the competent authorities have taken appropriate steps to protect life, including a preventive and deterrent legislative and administrative framework, adequate regulations to ensure public's right to information, and technical prevention and protection measures⁹².

The *Kolyadenko and Others v. Russia* case constitutes an emblematic example of violation of Article 2 ECHR in light of environmental disasters that competent authorities have neither prevented nor adequately addressed, and which may provide some insights for our analysis on environmental migration⁹³. The case concerned six Russian applicants who claimed their State responsible for putting their life at serious risk and for the damage to their homes and property caused by a sudden, large-scale flooding occurred on 7 August 2001. The applicants claimed that no emergency warning was given before the flood. More into detail, three out of six applicants were at home when the flood started submerging their residences. These were a 63-year-old disabled woman, a mother with a 21-month-old son, and a 55-year-old woman who could not swim. Their flats were gravely flooded and in less than 15 minutes, the water in the applicants' flats reached a height ranging from 1.20 to 1.80 metres. All public transport lines were submerged; therefore, it was impossible to move out from the flooded area by transportation. According to the applicants, the water remained at those levels for approximately a day. Their home, property, land, and belongings were severely or entirely damaged by the flood. It is worth noting that «the applicants further argued that during and after the flood they had been left to their own

89. Among others, ECtHR, *Öneriyıldız v Turkey*, n. 48939/99, 30.11.2004; ECtHR, *López Ostra v Spain*, n. 16798/90, 09.12.1994; ECtHR, *Fadeyeva v Russia*, n. 55723/00, 09.6.2005. For a comment, C. Scissa, *The right to a healthy environment as an EU normative response to covid-19. A theoretical framework*, in P. Czech, L. Heschl, K. Lukas, M. Nowak, G. Oberleitner (eds) *European Yearbook of Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2021.

90. ECtHR, *Öneriyıldız v Turkey*, cit., ECtHR, *Kolyadenko and Others v. Russia*, n. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, 28.2.2012.

91. Among others, ECtHR, *Fadeyeva v Russia*, cit.

92. ECtHR, *Öneriyıldız v Turkey*, cit.; ECtHR, *Budayeva and Others v. Russia*, n. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02), 20.3.2008.

93. ECtHR, *Kolyadenko and Others v. Russia*, cit.

devices, that no evacuation had been organised and that they had had to make their way to safety and to deal with the consequences of the flood on their own. They pointed out that even today [2012] the authorities had not taken any measures to eliminate the danger of a flood – the state of the Pionerskaya river channel remained unsatisfactory and the area where they lived was regularly flooded». The Court found a violation of Article 2 ECHR for these three applicants, reiterating that the right to life is also susceptible of violation when States' action or omission leads to situations where there clearly existed a risk to individuals' life. According to the ECtHR, the circumstances experienced by the three applicants and the damage occurred to their belongings determined the existence of an imminent risk to the lives. The fact that they survived and sustained no injuries has no bearing on this conclusion. This case could give us a hint about how the Court may approach a hypothetical protection claim by individuals forced to flee due to an environmental disaster over which the State had or ought to have had control. In fact, what would have happened if the applicants had left their country because of the flood? Would the assessed violation of their right to life have been enough to trigger the hosting State's non-refoulement obligations or protection guarantees? May the fact that the flooded area was still unsafe after eleven years convince the Court to exclude the removal of protection-seekers back to the Russian Federation? These are just some of the compelling questions it will almost certainly asked to deal with in the near future. In 2012, when *Kolyadenko* was released, McAdam accidentally advanced a potential answer to these compelling questions. In describing the State's duty to protect life from natural hazards where the risk is known, she noted that «there is nothing in principle which would prevent its reasoning [of the European Court of Human Rights], from extending to removal cases where there is a real risk that the applicant would be affected by natural disasters in a State that failed to mitigate against them», although observing that the economic capacity of the State may soften its burden of responsibility. She also noticed that «in a complementary protection claim, the focus is the potential «harm» to the applicant if he or she is removed. Thus, the relevant question is the extent to which the receiving State is able and willing to mitigate against that harm, whatever its cause», be it natural or man-made⁹⁴.

3.8.4. Article 8 ECHR on the right to private and family life

In its guidelines, the ECtHR holds that the scope of the positive obligations under Article 2 ECHR largely overlaps with that under Article 8, and finds that the principles developed in the Court's case law relating to protection against industrial and environmental

94. J. McAdam, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, cit., p. 60.

disasters affecting the right to life may as well affect the right to private and family life⁹⁵. The Court observes that a violation of Article 8 occurs when a «direct and immediate link» can be assessed between the environmental damage and the applicant’s home, or their private or family life⁹⁶. Moreover, the interference must attain a minimum level of severity, this meaning that a general deterioration of the environment is not sufficient to be determined according to the circumstances of the case, such as the intensity and duration of the nuisance, and its physical or mental effects on the applicant’s health or quality of life⁹⁷. This last criterion has been established by the ECtHR in *Bensaid v United Kingdom*, a case concerning the removal of an Algerian national suffering from mental disease. Here, the Court finds that the impact of expulsion to the country of origin on the claimant’s physical and moral integrity is a relevant consideration for Article 8⁹⁸. According to Scott «the concept of physical and moral integrity is inherently loose and would extend at least to the physical health impacts related to natural disasters (such as increased disease incidence in the aftermath) as well as to the psychological impacts of living in the aftermath of a natural disaster»⁹⁹. This brings Scott to argue that «the proportionality exercise [in Article 8] is concerned with striking a “fair balance” between competing interests, and where climate change is implicated in a natural disaster, or significantly diminished human security, that “fair balance” should arguably include the role of the contacting state in contributing materially to the adverse environmental conditions that the claimant resists being expelled to. In this connection, the individual emission levels of the host state are relevant»¹⁰⁰. A last remark concerns the use by the Court of terms such as «environmental danger» or «environmental risk/hazard» that, the ECtHR argues, might suggest that Article 8 could be applicable to cases of environmental risks whose materialisation would not have very serious consequences¹⁰¹. This may start initial reflection upon the application of Article 8 in case of damages to the migrant’s home, private or family life triggered by environmental disasters over which their State has or is ought to have some control.

95. ECtHR, Guide to the case-law of the European Court of Human Rights, 30 April 2022, para. 16.

96. *Ibidem*.

97. *Ivi*, para 61.

98. ECtHR, *Bensaid v United Kingdom*, n. 44599/98, 6.2.2001.

99. M. Scott, Natural Disasters, Climate Change and Non-Refoulement: What Scope for Resisting Expulsion under Articles 3 and 8 of the European Convention on Human Rights?, in *International Journal of Refugee Law*, 2014, p. 418.

100. *Ivi*, p. 426.

101. ECtHR, Guide to the case-law of the European Court of Human Rights, cit.

3.8.5. Article 3 ECHR on the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment

When it comes to non-refoulement obligations stemming from Article 3 ECHR, Caskey observes that, although the Court has primarily focused on situations of violence, it seems open to other distinguishing features which, on a case-by-case basis, may place an individual at risk of treatment contrary to Article 3¹⁰². The ECtHR seems to have so far focused more on the consequences of the (occurred or potential) ill treatment, rather than on its triggering causes, by assessing the level of severity of harm necessary to meet the threshold of Article 3¹⁰³.

For instance, in *D v United Kingdom*, the Court establishes that a State can breach Article 3 ECHR not only by expelling a person to face the direct and intentional infliction of harm by the receiving State, but also in situations where the expulsion would result in harm relating more to socio-economic rights, in the present case the claimant's right to health and medical care, than to civil and political rights¹⁰⁴. The ECtHR found that the expelling State has indeed a positive obligation to carefully assess the situation in the country of origin and the personal circumstances of the returnee before removal¹⁰⁵. If their living in the country of origin would result in destitution or lie below minimum subsistence, removal would breach Article 3. In other words, «it may be that removal is absolutely precluded at the ECtHR where one can establish a generalised situation of environmental degradation that seriously impacts the enjoyment of human rights, and/or individual circumstances aggravating vulnerability»¹⁰⁶. In exploring the jurisprudence of the ECtHR concerning cases of individuals subject to removal to receiving states in the aftermath of a natural disaster, Scott argues that returnees in the context of a «pure» natural disaster, therefore beyond human (and State) control, would succeed in triggering host State obligations under Article 3 ECHR only in very exceptional cases, where the harm feared must be «very exceptional» and the «humanitarian considerations» must be «compelling», as later confirmed in *N v United Kingdom*¹⁰⁷. Therefore, Scott concludes that «although it is not inconceivable that a natural disaster-related non-refoulement claim could succeed

102. E. Hamdan, *Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, p. 211.

103. J. De Coninck, A. Soete, *Non-refoulement and climate change-induced displacement: Regional and international cross fertilization?*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2022, p. 6.

104. ECtHR, *D. v. the United Kingdom*, n. 30240/96, 2.5.1997. See, M. Scott, *Natural Disasters, Climate Change and Non-Refoulement: What Scope for Resisting Expulsion under Articles 3 and 8 of the European Convention on Human Rights?*, op. cit., p. 413.

105. ECtHR, *Tarakhel v. Switzerland*, n. 29217/12), 4.11.2014, paras 97-99.

106. C. Caskey, *Non-Refoulement and Environmental Degradation: Examining the Entry Points and Improving Access to Protection*, op. cit., p. 14.

107. ECtHR, *N v United Kingdom*, n. 26565/05, 27.5.2008.

even where the impacts are seen as resulting from “purely natural” phenomena, the circumstances would have to be very exceptional, involving extreme deprivation without relief»¹⁰⁸. According to Scott, however, where climate change reportedly plays a role in the occurrence of a natural disaster, the Court should consider the responsibility of, mainly, industrialized States in contributing to the worsening of climate change via greenhouse gas emissions. In his words, «[a]ny claim that seeks to rely on the impact of climate change as a way of resisting expulsion will have to overcome substantial challenges, in particular, the challenge of establishing a connection between climate change and the particular natural disaster»¹⁰⁹. In its recent communication on the pending case *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others*, the ECtHR has asked the parties to comment not only on the alleged violations of Articles 2, 8, and 14 (non-discrimination), but also on Article 3 ECHR, raising the issue *proprio motu*¹¹⁰. If pursued, the Court may elaborate on the existence of substantial grounds for establishing a real and immediate risk of ill-treatment on climate-related grounds, which could provide relevant insights also in similar migration cases.

To conclude, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe is particularly sensitive to the issue of providing a legal protection status to people compelled to flee cross-borders due to climate change and other environmental factors, supporting the recognition of the so-called “climate refugees”. Its resolutions and recommendations surely give impetus to keeping high the attention of the Council of Europe on the matter. Moreover, although the Strasbourg Court has not yet dealt with non-refoulement obligations in the context of climate change, relevant insights contribute to shed light on the possible approach it might endorse in future cases. As illustrated, the ECtHR may find a breach under Articles 2, 8, and 3 ECHR in very exceptional, yet conceivable, cases. A serious, real, and immediate risk of damage is key for the Court to establish a violation of Article 2 on the right to life in the context of industrial and environmental disasters in conjunction with an assessed failure of the State to take all appropriate measure to prevent and to protect from harm. This hypothesis has already materialized in the context of floods that, as known, are a driving factor of forced migration¹¹¹. Violations of this right may also well lead to violations of Article 8 on private and family life, where the loose concept of damage to the claimant’s physical and moral integrity in case of removal to their country of origin might allow for an extensive interpretation so to include environmental disasters. Finally, a very high

108. M. Scott, *Natural Disasters, Climate Change and Non-Refoulement: What Scope for Resisting Expulsion under Articles 3 and 8 of the European Convention on Human Rights?*, op. cit., p. 415.

109. *Ibidem*.

110. C. Heri, *The ECtHR’s Pending Climate Change Case: What’s Ill-Treatment Got To Do With It?*, in *EJIL: Talk!*, 22 December 2020, available at www.ejiltalk.org.

111. OHCHR, *Human rights and the global water crisis: water pollution, water scarcity and water-related disasters*, A/HRC/46/28, 19 January 2021, para. 4.

threshold is required to assess a violation of Article 3 on the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment, where an environmental disaster would result in extreme material deprivation without relief. The role that the principle of non-refoulement can play in protecting these rights under the ECHR in the context of climate change and other environmental factors is still to be determined and all the more relevant in times of globally worsening climate conditions.

3.9. *Middle East: Regional application of the principle of non-refoulement*

Countries in the Middle East have endorsed different approaches towards refugee protection¹¹². Most of them are not parties to the 1951 Refugee Convention or 1967 Protocol, while some are members of UNHCR's EXCOM and seem to have accepted the strong political authority of its Conclusions on the International Protection of Refugees. Within the region, Janmyr and Stevens observe «a clear bifurcation between Arab States, when acting as the LAS [League of Arab States], and the three non-Arab States of Israel, Iran, and Turkey»¹¹³. Arguably, Arab States reveal a preference for inter-Arab State instruments and regional principles, as opposed to international refugee law.

The League of Arab States is the oldest regional organization in the region. Founded in March 1945, the League is a confederation of 22 Arab nations, whose mission is to improve coordination among its members on matters of common interest, especially economic growth and partnership. There are no binding regional instruments *concretely* addressing refugee law in the Middle East. The 1965 Casablanca Protocol on the Treatment of Palestinian Refugees, indeed, is a regional agreement that addresses refugee issues in the region, but only concerns Palestinians in Arab States. Plus, the Protocol is poorly implemented and has been severely weakened after a failed attempt to revitalize it¹¹⁴. However, from a human rights perspective, all Middle East countries have ratified or acceded to at least some key international human rights treaties¹¹⁵. Moreover, there is only one regional human rights treaty that also refers to refugee's rights, that is the Arab Charter on Human Rights adopted by the League. Article 26.2 of the Arab Charter limits the expulsion of regular migrants to cases decided by law and after the individuals concerned have been allowed to submit a petition to the competent authority, unless compelling reasons of national security preclude it. Collective expulsion is prohibited under all circumstances,

112. For the purposes of the present analysis, the Middle East region includes Arab States and Israel.

113. M. Janmyr, D. Stevens, *op. cit.*, p. 4.

114. L. Takkenberg, *The Status of Palestinian Refugees in International Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 141.

115. M. Rishmawi, *The League of Arab States Human Rights Standards and Mechanisms. Towards Further Civil Engagement: A Manual for Practitioners*, in Open Society Foundations/Cairo Institute for Human Rights Studies, 2015, p. 76.

pursuant to Article 26.3. Article 28 statutes the right to asylum, but only on account of political persecution. It specifies that political refugees shall not be extraditable, while those facing prosecution for an offense under ordinary criminal law are excluded from such a protection.

Soft-law human rights instruments include: the 1982 Universal Islamic Declaration of Human Rights, which stipulates the right of persecuted or oppressed people to seek asylum irrespective of their race, religion, colour and sex; the 1992 Declaration on the Protection of Refugees and Displaced Persons in the Arab World, which reaffirms the importance of the principle of non-refoulement to a country where refugees' life or freedom will be at risk and considers this principle as an imperative rule of the international public law; the Cairo Declaration on Human Rights in Islam, whose Article 12 enshrines the right to asylum and the duty of the country of refuge to ensure refugees' protection until they reaches safety; and the 1966 Bangkok Principles. While these regional agreements target important problems in the refugee governance in the Middle East, these objectives have mostly not been achieved¹¹⁶.

3.10. The principle of non-refoulement and environmental migration in the Middle East's law and jurisprudence

The 1994 Arab Convention on regulating status of refugees in the Arab countries, although adopted by the League, never entered into force due to the low rate of adhesion and ratification. However, it would have constituted a remarkable step in advancing the regional refugee definition so to cover environmental causes of migration. In fact, the refugee definition in the text expressly mentioned those who fled «because of sustained aggression against, occupation and foreign domination of such country or because of the occurrence of natural disasters or grave events resulting in major disruption of public order in the whole country or any part thereof». The inclusion of natural disasters would have well provided a basis for refugee protection on environmental grounds, in addition to non-refoulement protection to be no less than for other foreign residents. Still, in recent years, the League has started to redraft the Arab Convention and, in 2018, UNHCR announced that a final version should be adopted in the near future. The new Arab Convention is said to endorse the extended refugee definition contained in the AU Convention, and to include persons fleeing disasters or grave events disrupting public order¹¹⁷.

116. L. El Chemali, *The Arab Refugee Paradox: An overview of refugee legislations in the Arab Middle East*, in *Völkerrechtsblog*, 14 November 2016, available at www.voelkerrechtsblog.org.

117. UNHCR, *Inter-Parliamentary Union, A Guide to International Refugee Protection and Building State Asylum Systems*. Handbook for Parliamentarians No 27, 2017, p. 21.

As for the case law, there is very limited research on the jurisprudence in the region concerning refugees and their rights. Janmyr and Stevens report some judgements that removed irregular entry charges for several Syrian refugees in Lebanon with reference to the right to seek asylum as set out in article 14 of the UDHR, while the Israeli Supreme Court have protected asylum-seekers from forced deportation to third States¹¹⁸. No case law concerning non-removal due to dire environmental circumstances in the country of origin have been found.

3.11. Oceania: Regional application of the principle of non-refoulement

No regional refugee or human rights system exists in Oceania and ratification rates of key international refugee law instruments are pretty low¹¹⁹. Of the 16 States of the region, only eight have ratified the 1951 Refugee Convention and Protocol¹²⁰. As for human rights treaties, also enshrining the principle of non-refoulement, 7 States are parties to the ICCPR and eight to the Convention Against Torture.

3.12. The principle of non-refoulement and environmental migration in Oceania's law and jurisprudence

In 2016, Tuvalu launched a proposal for a new UN resolution to create a legal protection framework for persons displaced due to climate change¹²¹. In 2017, most countries of Oceania attended the Pacific Islands Forum and considered a proposal for a UN Climate Change Displacement Resolution¹²². In 2019, Tuvalu issued a proposal for a UN resolution to encourage the creation of an international binding instrument of legal protection for persons displaced by the impacts of climate change¹²³. During the same year, the Pacific leaders adopted the Kainaki II Declaration in which they «reaffirmed climate change as the single greatest threat to the livelihoods, security and wellbeing of the peoples of the Pacific», that is driving displacement and loss of homes and livelihoods¹²⁴. However, these efforts have not been pursued further at the UN level. Moreover, no solution coordinated at the regional level has been so far envisaged. At the judicial level, the issue of adapting the international refugee regime to environmental causes of migration has been

118. M. Janmyr, D. Stevens, *op. cit.*, p. 13.

119. This contribution embeds a definition of Oceania that comprehends all States within Polynesia, Micronesia, Melanesia, Australia, and New Zealand.

120. M. Foster, A. Hood, *op. cit.*, p. 1.

121. M. Rowling, Tuvalu PM Urges New Legal Framework for Climate Migrants, in Reuters, 24 May 2016, available at www.reuters.com.

122. Forty-Eighth Pacific Islands Forum, Forum Communiqué, PIFS(17)9, 5-8 September 2017, para 52.

123. General Assembly, Providing legal protection for persons displaced by the impacts of climate change, Tuvalu: draft resolution, 30 July 2019, A/73/L.105, www.digitallibrary.un.org.

124. Pacific Islands Forum, Kainaki II Declaration, 13-16 August 2019, para 14.

particularly addressed by national Courts, especially in New Zealand, in the absence of a judicial body at the regional level.

4. Conclusion

The case *Teitiota v New Zealand* stimulated deeper reflections upon the role of the principle of non-refoulement as regional protection instrument in cases of environmental migration at the core of this contribution. In particular, this article aimed to explore the role that the principle of non-refoulement could play in impeding the removal to a migrant's country of origin in case of dire environmental conditions. The analysis was framed at the regional level, and focused on Africa, the Americas, Asia, Europe, Middle East, and Oceania. The study presented the regional application of the principle of non-refoulement in respective refugee and human rights law. It then explored the (potential) application of the principle of non-refoulement to cases of environmental migration, by leveraging existing regional law and jurisprudence, where available. The legal analysis reveals widely divergent approaches to the principle of non-refoulement and different extents of implementation.

The Americas, Africa and Europe have mostly ratified the 1951 Geneva Convention and embedded its most relevant provisions, including the principle of non-refoulement, in their regional instruments. Africa and Europe have both a comprehensive regional refugee and human rights system, composed of binding and non-binding arrangements, that contribute to substantiate States' obligations in the field. Although the Americas have not shaped a regional refugee protection framework, the Inter-American Court found that non-refoulement is an essential component of both refugee and human rights law, thus broadening its scope of application to specific human rights that might be damaged by climate change and environmental disasters. From the analysis of relevant provisions and case law, although the monitoring bodies in the Americas, Africa and Europe have not yet dealt with non-refoulement obligations in the context of environmental migration, they all have regarded the right to life as, on the one hand, threatened by adverse climate change impacts and, on the other hand, as linked to a healthy environment, recently recognized as human right¹²⁵. These interpretations led the respective regional monitoring bodies to establish a link between the protection of life and of the environment, which includes protection from environmental harm and disasters where the risk is known. Other core human rights may be able to trigger State's non-refoulement obligations, such as the prohibition of torture or the right to private and family life, in case of serious environmental

125. UN General Assembly, The human right to a clean, healthy and sustainable environment, Resolution A/76/L.75, 26 July 2022, available at www.digitallibrary.un.org.

disasters not prevented by the State or where its authorities failed to adequately protect people from the consequences of such disasters. It might be expected that, in the future, the judicial organs in these three regions may adopt a flexible and dynamic approach to interpret the respective regional law provisions so to extend existing protection instruments, particularly the scope of the principle of non-refoulement, to environmental migrants, where the environmental and climate conditions of the country of origin are deemed able to breach such basic human rights.

Conversely, the Middle East, Asia and Oceania do not possess a regional refugee framework and the number of ratifications of international refugee and human rights treaties is considerably lower. Concerned about the principle of non-interference in matters of national sovereignty, the countries of these regions offer fewer guarantees from refoulement and often limit its application to very few cases. Their monitoring bodies have dealt to migration cases to a much lesser extent and no cases concerning environmental migration have been found in the context of the present research. As most of these States are still bound by the ICCPR, the views recently adopted by its Human Rights Committee in the case *Teitiota v. New Zealand* may nevertheless promote initial reflections on non-refoulement in the context of climate change, especially given that Middle East, Asia and Oceania are extremely vulnerable to the adverse impacts of climate change and may soon receive migrants from other environmentally vulnerable areas within and beyond their respective region.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

VERSO LA RIFORMA DEL CODICE FRONTIERE SCHENGEN: LE FRONTIERE INTERNE ALLA PROVA DELLA NUOVA CENTRALITÀ DELLE RIAMMISSIONI INFORMALI

di Emanuela Pistoia

***Abstract:** La proposta di modifica del regolamento (UE) 2016/399 (Codice Frontiere Schengen) presentata dalla Commissione nel dicembre 2021 contiene importanti novità in tema di riammissioni informali alle frontiere interne. Tra le gravi questioni giuridiche sollevate dalla prassi pregressa in materia, il saggio identifica quelle risolte dal nuovo testo e quelle non affrontate, così da valutare la disciplina risultante. Di questa vengono posti in rilievo i nuovi profili critici in tema di controlli alle frontiere interne aventi effetto equivalente alle verifiche di frontiera e di rapporti con il sistema comune di asilo e commenta la funzione assolta dalle riammissioni informali, ormai portate “a sistema”, nella politica dell’Unione di controlli alle frontiere.*

***Abstract:** The proposed amendments to Regulation (EU) 2016/399 (Schengen Border Code) put forward by the Commission in December 2021 enshrines relevant changes concerning readmissions at the internal borders. Amongst the various legal issues raised by the long-standing practice on the matter, the essay tries to identify the issues settled by the new provisions as well as those left unaddressed, thereby achieving a thorough understanding of the new rules. It then focuses on concerns regarding police controls at the internal borders with equivalent effects to border checks and on the relations of the new rules with the European common asylum system. As a conclusion, the role played by readmissions in the Union’s policy on border checks is highlighted.*

VERSO LA RIFORMA DEL CODICE FRONTIERE SCHENGEN: LE FRONTIERE INTERNE ALLA PROVA DELLA NUOVA CENTRALITÀ DELLE RIAMMISSIONI INFORMALI

di Emanuela Pistoia*

SOMMARIO: 1. Riammissioni informali ai confini interni e proposte di modifica della normativa vigente: obiettivi e piano dell'analisi. – 2. Le riammissioni informali nelle maglie del Codice Frontiere Schengen e della direttiva Rimpatri. – 3. Questioni risolte dalla proposta di nuovo testo. – 4. Questioni trascurate, ovvero della nuova centralità delle riammissioni informali e dei trasferimenti nello «spazio senza controlli alle frontiere interne». – 5. L'irrobustimento dei muri invisibili. – 6. Il timore di cortocircuiti con il sistema europeo comune di asilo. – 7. Conclusioni sul risultato delle modifiche proposte e sul loro prezzo.

1. Riammissioni informali ai confini interni e proposte di modifica della normativa vigente: obiettivi e piano dell'analisi

Le frontiere interne sono da anni il collo di bottiglia delle rotte migratorie irregolari all'interno dell'Unione¹, incluso nell'area Schengen che, come si sa, essendo oggetto di integrazione differenziata non coincide con l'Unione nella sua interezza. Questo collo di bottiglia in effetti costituisce un vero e proprio muro invisibile che, al fine di contrastare l'immigrazione irregolare ivi compresi i c.d. movimenti secondari, va ad affiancarsi ai muri materiali costruiti tanto ai confini esterni quanto lungo confini tra Stati membri dell'Unione. Tra questi ultimi vi sono confini con Stati che non hanno ancora abolito i controlli alle frontiere interne, in quanto non partecipanti alla cooperazione rafforzata sull'*acquis* di Schengen *ex* Protocollo n. 19², ma talvolta anche confini tra Stati partecipanti all'area

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Teramo.

1. Di collo di bottiglia si può parlare anche a proposito delle frontiere esterne, sulle quali la letteratura è ampia e approfondita. Sui molteplici problemi giuridici sollevati dalla gestione delle frontiere esterne con questo effetto, v. da ultimo E. Tsourdi, A. Ott, Z. Vankova (Eds.), *The EU's Shifting Borders Reconsidered: Externalisation, Constitutionalisation, and Administrative Integration*, in *European Papers*, 2022/1, pp. 87-108. Sul caso particolare costituito dai muri di Ceuta e Melilla, J.A. del Valle Gálvez, M.A. Acosta Sánchez, *Delimitación y demarcación de las fronteras y vallas de Ceuta y Melilla: ¿cesión territorial a Marruecos?*, in A.M. Salinas De Frías, E.J. Martínez Pérez (Dir.), *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales: desafíos para la seguridad, la sostenibilidad y el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 19 ss.

2. È il caso della Slovenia e dell'Ungheria, ambedue partecipanti alla cooperazione rafforzata sull'*acquis* di Schengen autorizzata nel Protocollo n. 19, che hanno costruito muri (barriere di filo spinato) lungo il confine interno con la Croazia, la quale ancora non partecipa alla relativa cooperazione rafforzata. Sulla politica ungherese di asilo v. B. Nagy, *From Reluctance to Total Denial: Asylum Policy in Hungary 2015-2018*, in V. Stoyanova, E. Karageorgiou (Eds.), *The New*

Schengen³. I muri invisibili sono invece molto più diffusi e difficili da decifrare. Tra gli elementi che li realizzano vi è la prassi delle riammissioni informali ai confini interni. Ci si riferisce, con questa espressione, al trasferimento dei cittadini di Stati terzi da uno Stato membro a quello confinante senza appunto formalità alcuna in quanto gli interessati sono colti vuoi all'atto di attraversare la frontiera, vuoi in un momento appena successivo e in località prossima alla frontiera medesima, in assenza di titolo di soggiorno nello Stato in cui siano fermati. Quest'ultima caratteristica ne fa a tutti gli effetti dei migranti irregolari, peraltro senza riguardo per la durata eventualmente minima della permanenza in questo Stato⁴. L'assenza di formalità nei trasferimenti si accompagna sovente a modi assai risoluti delle autorità locali, che non di rado sfociano in abusi e violazioni dei diritti fondamentali degli stranieri sia da parte delle autorità che effettuano il trasferimento sia di quelle che ricevono gli stranieri⁵. Tra i diritti più frequentemente violati vi è quello a non subire trattamenti inumani o degradanti, il diritto all'integrità fisica e addirittura alla vita, il diritto alla libertà personale ove il trasferimento sia perpetrato in modo coatto e nell'inconsapevolezza dell'interessato, e via dicendo. Alcuni di questi diritti sono assoluti (ad esempio il divieto di trattamenti inumani e degradanti) per cui pratiche in loro contrasto costituiscono irrimediabilmente delle violazioni; altri sono derogabili (ad esempio il diritto alla libertà personale), ma l'informalità delle procedure rende critiche le deroghe. In ogni caso, i migranti sono privati della possibilità di cercare tutela giurisdizionale avverso eventuali abusi.

Riguardo a questa prassi così drammaticamente diffusa, si può parlare di "crisi di Schengen" almeno per due ragioni: la prima è che essa testimonia nel peggiore dei modi la permanenza dei confini tra gli Stati che il sistema Schengen vorrebbe creare l'illusione di

Asylum and Transit Countries in Europe During and in the Aftermath of the 2015/2016 Crisis, Leiden, Brill, 2019, p. 17 ss.

3. Si tratta della barriera costruita dalla Slovenia lungo il confine con l'Austria. L'Ungheria aveva cominciato a costruire una barriera di filo spinato al confine con la Slovenia a settembre del 2015, ma la costruzione è stata interrotta in seguito ai negoziati che hanno portato alla stipulazione di un accordo bilaterale tra i due Stati: E. Guild, S. Carrera, L. Vosiliute, C.A. Groenendijk, J. Jeandebosz, M. Martin-Mazé, E. Brouwer, D. Bigo, *Internal border controls in the Schengen area: Is Schengen crisis-proof?*, Research Paper requested by the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 2016, p. 16.

4. Corte giust., sentenza della Corte (grande sezione) del 7 giugno 2016, *Affum*, causa C-47/15, ECLI:EU:C:2016:408, spec. punti 60-61, e Corte giust., sentenza della Corte (grande sezione) del 19 marzo 2019, *Arib*, causa C-444/17, ECLI:EU:C:2019:220, punto 37; Corte giust., sentenza della Corte (quinta sezione) del 24 febbraio 2021, *M. e A.*, causa C-673/19, ECLI:EU:C:2021:127, punti 29-30.

5. M. Astuti, C. Bove, A. Brambilla, A. Lici, E.S. Rizzi, U. Stege, I. Stojanova, «Per quanto voi vi crediate assolti siete per sempre coinvolti». *I diritti umani fondamentali alla prova delle frontiere interne ed esterne dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, n. 1.2022. Si veda la panoramica delle decisioni di giurisdizioni nazionali che accertano violazioni dei diritti fondamentali degli stranieri in relazione alle riammissioni informali in *ECRE Comments on the Commission proposal for a regulation amending regulation (EU) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders COM(2021) 891*, March 2022, p. 13.

cancellare, così da evidenziare il malfunzionamento di tale sistema; la seconda si deve alla quantità e alla gravità delle suddette violazioni dei diritti fondamentali che si concentrano nelle zone di frontiera, con l'effetto sistemico dello sfilacciamento di questo versante dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il venir meno della sua trama "costituzionale"⁶.

La prassi delle riammissioni informali assume dimensioni e toni drammatici nelle tre rotte sud-nord⁷: la rotta occidentale, dal Marocco alla Spagna, spesso via Isole Canarie, che attraversa la lunga frontiera interna dei Pirenei tra Spagna e Francia, con riammissioni effettuate dalla Francia alla Spagna; la rotta del Mediterraneo centrale, che conduce verso l'Europa settentrionale vuoi attraverso il confine italo-francese nei dintorni di Ventimiglia con riammissioni effettuate dalla Francia all'Italia, vuoi attraverso il Brennero con riammissioni effettuate dall'Austria all'Italia; la rotta balcanica, con riammissioni effettuate anche a catena dall'Italia alla Slovenia, dalla Slovenia alla Croazia, dall'Austria alla Slovenia⁸.

Le riammissioni informali sono realizzate nel quadro di accordi di collaborazione bilaterale tra Stati confinanti, che ne forniscono la cornice giuridica grazie all'art. 6, par. 3 della direttiva 2008/115/CE, nota come «Rimpatri»⁹. Questo sancisce: «Gli Stati membri possono astenersi dall'emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare qualora il cittadino in questione sia ripreso da un altro Stato membro in virtù di accordi o intese bilaterali vigenti alla data di entrata in vigore della presente direttiva. In tal caso lo Stato membro che riprende il cittadino in questione applica il paragrafo 1». Volendo ricordare tali accordi per raggruppamenti di massima, nella rotta del Mediterraneo occidentale opera l'accordo di riammissione di persone in situazione irregolare tra Spagna e Francia, firmato a Malaga il

6. Si fa riferimento all'impostazione spiegata da A. Di Stasi, *L'incidenza virtuosa dei diritti fondamentali nel completamento dello spazio europeo di giustizia*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 1, p. 1 ss.

7. Sulla prassi delle riammissioni ai confini franco-spagnolo e franco-italiano, con un attento studio sulle modalità e i numeri dei fermi effettuati e delle persone coinvolte, I. Barbero, *A Ubiquitous Border for Migrants in Transit and Their Rights: Analysis and Consequences of the Reintroduction of Internal Borders in France*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, pp. 433-475 (sul solo confine franco-spagnolo); I. Barbero, G. Donadio, *La externalización interna de las fronteras en el control migratorio en la UE*, in *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n. 122 (septiembre de 2019), pp. 137-162; I. Barbero, *The European Union Never got Rid of Its Internal Controls. A Case Study of Detention and Readmission in the French-Spanish Border*, in *European Journal of Migration and Law*, 2018, p. 1 ss.

8. Qui ci si limita a considerare i respingimenti alle frontiere interne terrestri, ma essi hanno luogo anche alle frontiere interne marittime. Per una disamina delle varie frontiere interne interessate dal fenomeno, con un resoconto delle violazioni osservate, v. Refugee Rights Europe, End Pushbacks Partnership, *Pushbacks and Rights Violations at Europe's Borders, The State of Play in 2020*, pp. 14-25 per i respingimenti alle frontiere interne terrestri (Spagna-Francia, Francia-Italia e Italia-Slovenia) e pp. 28-31 per quelli alle frontiere interne marittime (Italia-Grecia).

9. *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, 24.12.2008, p. 98 ss.

26 novembre 2002 (in vigore dal 21 dicembre 2003)¹⁰. Nella rotta del Mediterraneo centrale, è attivo l'accordo di Chambéry tra Francia e Italia del 3 ottobre 1997¹¹. Più articolata la situazione della rotta balcanica, dove si registrano l'accordo bilaterale Italia-Slovenia per la riammissione delle persone alla frontiera, firmato a Roma il 3 settembre 1996 (che in ipotesi può essere utilizzato anche nella rotta del Mediterraneo centrale, se coloro che siano sbarcati sulle coste italiane scelgano di dirigersi verso est o nord-est)¹², e un accordo di riammissione tra Slovenia e Croazia, finalizzato a riammettere in Croazia le persone rinvenute in Slovenia in stato di soggiorno illegale, se sia provato che si siano trasferite direttamente dalla Croazia¹³. Vi sono poi, procedendo da ovest a est, l'accordo tra Spagna e Portogallo del 19 novembre 2005, e gli accordi della Francia con i suoi altri Paesi confinanti quali la Germania (9 ottobre 1997), Belgio (5 marzo 2001), Lussemburgo (15 ottobre 2001) e Svizzera (9 ottobre 2007).

Le riammissioni informali sono uno degli aspetti di cui si occupa la proposta di modifica del regolamento (UE) 2016/399, noto come «Codice Frontiere Schengen»¹⁴, che la Commissione europea ha presentato pochi mesi fa, nel dicembre 2021¹⁵. Sul testo proposto dalla Commissione nel dicembre 2021, che comprende una modifica del citato art. 6, par. 3 della direttiva Rimpatri, si è formato un consenso nel quadro del Consiglio, il quale nel giugno scorso ha licenziato un Orientamento generale che dovrebbe orientare e accelerare la lettura del Parlamento europeo¹⁶. Di tutte le proposte presentate negli ultimi due anni dalla Commissione, a partire da quelle comprese nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo il cui destino è per lo più indefinito, questa sembra destinata a proseguire il cammino legislativo. È dunque opportuno dedicarvi una riflessione, con l'obiettivo primario di puntualizzare in quale misura la normativa proposta porrebbe rimedio ai vari profili problematici che l'attuale prassi ha evidenziato, se alcuni di questi profili essa trascuri, e quali, se apra nuove questioni. L'analisi si svilupperà seguendo l'ordine appena enunciato, salvo prima precisare la cornice giuridica attualmente utilizzata attraverso un breve ma

10. I. Barbero, G. Donadio, *La externalización interna*, cit., p. 152.

11. I. Barbero, G. Donadio, *La externalización interna*, cit., p. 152. S. Montaldo, *Le dichiarazioni (ritrattate) del governo ungherese sulla sospensione unilaterale dell'applicazione del regolamento Dublino III e la nuova querelle franco-italiana: il problema delle frontiere europee*, in *SidiBlog* (www.sidiblog.org), 9 luglio 2015 e, volendo, E. Pistoia, *Il muro invisibile ma impervio di Ventimiglia*, in *Federalismi*, 31 gennaio 2018.

12. M. Astuti, C. Bove, A. Brambilla, A. Lici, E.S. Rizzi, U. Stege, I. Stojanova, *op. cit.*, pp. 7-9.

13. *Ibidem*, pp. 9-11.

14. *Regolamento (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 (codice frontiere Schengen)*, in GUUE L 77, 23.3.2016, p. 1 ss.

15. *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone*, del 14.12.2021, COM(2021) 891 final.

16. Atto del Comitato dei rappresentanti permanenti (parte seconda), documento n. 9937/22 del 9.6.2022.

necessario approfondimento dei profili giuridici delle riammissioni informali cui si è fatto cenno nelle righe precedenti. Un secondo obiettivo deriva dal rilievo che le riammissioni informali acquistano nella proposta, che è quello di nuovo (*sic*) strumento «di ricorso a misure alternative contro gli spostamenti non autorizzati di migranti irregolari»¹⁷: di questo nuovo strumento si vuole valutare il cambiamento che, per le sue caratteristiche, esso è suscettibile di imprimere alla disciplina dello spazio senza controlli alle frontiere interne e, visto il suo collegamento genetico con le politiche relative all'asilo e all'immigrazione, il suo impatto su queste ultime.

2. Le riammissioni informali nelle maglie del Codice Frontiere Schengen e della direttiva Rimpatri

Le riammissioni informali possono evidentemente avere luogo grazie ai controlli situati alla frontiera o nei pressi. Non per nulla gli accordi che le rendono possibili spesso si accompagnano ad accordi di cooperazione transfrontaliera delle forze di polizia.

Come noto, ai sensi del vigente Codice Frontiere Schengen le frontiere interne possono esser attraversate in qualsiasi punto senza che gli Stati confinanti possano effettuare verifiche di frontiera, qualunque sia la nazionalità di coloro che le attraversino (art. 22)¹⁸. Secondo la definizione fornita dall'art. 2, punto 11, del Codice, per «verifiche di frontiera» si intendono quelle «effettuate ai valichi di frontiera al fine di accertare che le persone, compresi i loro mezzi di trasporto e gli oggetti in loro possesso, possano essere autorizzati ad entrare nel territorio degli Stati membri o autorizzati a lasciarlo». Tutti gli Stati che effettuano riammissioni informali partecipano alla cooperazione rafforzata relativa al c.d. *acquis* di Schengen, del cui sviluppo fa parte il Codice¹⁹, ad eccezione della Croazia che delle riammissioni suddette è destinataria: pertanto, di regola non possono effettuare controlli. Al ripristino di questi ultimi si può procedere nei casi, alle condizioni e secondo i limiti temporali precisamente delineati nel regolamento. In estrema sintesi, il ripristino è ammesso in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro (art. 25), da valutare con l'applicazione di criteri specifici (art. 26) e secondo procedure

17. Proposta di regolamento, cit., p. 9.

18. Per un quadro completo della disciplina dei controlli alle frontiere interne cfr. S. Marinai, *Il controllo delle frontiere e la lotta all'immigrazione irregolare*, in A.M. Calamia, M. Gestri, M. Di Filippo, S. Marinai, F. Casolari, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Cedam, 2021, p. 197 ss. V. anche G. Cellamare, *Schengen (sistema di)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali X*, 2017, pp. 849-850. Sul tema, anche in prospettiva storica e con particolare riguardo per gli sviluppi degli ultimi anni, A. Di Pascale, *Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, p. 1 ss. Per una disamina critica delle norme sulla reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne, in particolare sull'inadeguatezza della loro applicazione fino al 2016, cfr. E. Guild, S. Carrera, L. Vosiliute, C.A. Groenendijk, J. Jeandebosz, M. Martin-Mazé, E. Brouwer, D. Bigo, *op. cit.*, p. 38 ss.

19. Par. 38 del preambolo.

stabilite che si differenziano a seconda se la minaccia suddetta sia prevista, tipicamente perché legata a eventi programmati (art. 27), ovvero se essa richieda un'azione immediata (art. 28). L'ultima possibilità di ripristino dei controlli di frontiera sussiste in presenza di circostanze eccezionali che mettano a rischio il funzionamento globale dello spazio senza controlli alle frontiere interne, a causa di carenze gravi e persistenti nel controllo alle frontiere esterne e nella misura in cui tali circostanze costituiscano una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna nello spazio citato. In nessun caso il ripristino dei controlli è *sine die*, e le procedure stabilite non sono mai unilaterali, pur essendo connotate da un diverso grado di multilateralismo.

Al ripristino dei controlli hanno provveduto molti Stati negli ultimi anni, a partire dal 2015, con la conseguenza che il regime di libertà di attraversamento delle frontiere prefigurato nei Trattati è stato di fatto sospeso²⁰. In ordine cronologico, gli Stati che hanno ripristinato i controlli in alcune porzioni dei confini interni, per motivi estranei al controllo della pandemia da Covid-19, sono: Germania, Austria, Slovenia²¹, Francia, Ungheria, Svezia, Norvegia (come si sa, facente parte dell'area Schengen da non membro dell'UE), Danimarca, Belgio²². Di recente la Corte di giustizia ha affermato il carattere abusivo di tale ripristino allorché la sua durata superi un totale di sei mesi, *ex art.* 25, par. 4 del reg. (UE) 2016/399, senza che sussista una diversa minaccia che giustifichi una nuova applicazione dei periodi previsti dal predetto art. 25²³. Ciononostante, diversi Stati hanno seguito a giovare del ripristino dei controlli alla frontiera, non sempre in presenza di minacce nuove, chiaramente identificate come tali²⁴.

Quanto al rapporto tra divieto di controlli di frontiera e riammissioni informali, in effetti talvolta questa pratica si è sviluppata in coincidenza con il ripristino dei controlli alle frontiere interne: ad esempio, è quanto accade al confine italo-francese delle Alpi marittime.

20. Tra le analisi e i commenti su questi prassi, cfr. M. Borraccetti, *Schengen o dell'Unione europea: rafforzamento o dissolvimento?*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 127 ss.; F. Ippolito, *La "tragedia" delle frontiere europee*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 2, *European Forum, Insight of 9 May 2016*, pp. 653-664; G.M. Ruotolo, *Sulle recenti misure di ristabilimento dei controlli ad alcune frontiere interne alla luce del Codice Schengen 2016*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 375 ss., in particolare p. 386 ss.; C. Fijnault, *The Refugee Crisis: The End of Schengen?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, p. 313 ss.

21. La Slovenia ha ripristinato i controlli per il breve periodo di un mese (settembre-ottobre 2015), per poi preferire la misura di molto maggior impatto consistente nella costruzione di un muro alla frontiera interna con l'Austria.

22. Il dettaglio delle date in cui è stato notificato il ripristino e della sua durata è consultabile in https://ec.europa.eu/home-affairs/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroductionborder-control_en. Nell'estate 2022, l'unico Stato a mantenere verifiche di frontiera in ragione della pandemia da Covid-19 (fino al 31 ottobre 2022) è la Francia.

23. Corte giust., sentenza della Corte (grande sezione) del 26 aprile 2022, *NW*, cause riunite C-368/20 e C-369/20, ECLI:EU:C:2022:298.

24. Nell'estate 2022, si giovano del ripristino dei controlli temporanei alle frontiere interne per motivi diversi dal contrasto alla pandemia da Covid-19, non sempre in relazione a minacce nuove, i seguenti Stati: Austria, Danimarca, Germania, Norvegia, Svezia (tutti fino all'11 novembre 2022) e Francia (fino al 31 ottobre 2022).

Ci sono però anche situazioni diverse: ad esempio, al confine italo-sloveno i controlli di frontiera non sono mai stati ripristinati. Questo è possibile ove le riammissioni informali siano fatte rientrare nei controlli di polizia, che l'art. 23 del Codice lascia impregiudicati. Tali controlli incontrano tuttavia il limite di non poter avere effetto equivalente alle verifiche di frontiera: in altre parole, in caso di equivalenza ricadono nel divieto, con il risultato di essere leciti solo se sia stata correttamente attivata la procedura di ripristino.

L'equivalenza si valuta anzitutto alla luce dell'obiettivo del controllo: quello delle verifiche di frontiera è accertare che le persone possano essere autorizzate ad entrare nel territorio degli Stati membri o autorizzate a lasciarlo, cosicché ai controlli di polizia che perseguano il medesimo obiettivo va riconosciuto l'effetto equivalente a tali verifiche e vanno considerati vietati²⁵. Vanno invece considerati compatibili con il divieto di verifiche di frontiera i controlli di polizia preordinati «alla verifica del rispetto degli obblighi di legge relativi al possesso, al porto e all'esibizione di titoli e documenti»²⁶. Quanto al luogo dove sono condotti i controlli, la loro localizzazione lontano dalle frontiere, all'interno del territorio statale, basta a escludere la loro qualificazione come verifiche di frontiera²⁷. Al contrario, in linea di principio il Codice Frontiere Schengen non impedisce l'esercizio delle competenze di polizia anche nelle zone di frontiera²⁸. Di conseguenza, nel valutare una disposizione nazionale che individua come ambito di applicazione territoriale di certi controlli solo una certa zona frontaliera, la Corte ha costantemente ritenuto che una siffatta limitazione non sia di per sé sufficiente per constatare l'effetto equivalente dei controlli in questione²⁹. Tuttavia, in circostanze particolari (nel caso di specie, controlli effettuati a bordo di un treno che effettua una tratta internazionale, in un'autostrada a pedaggio, ovvero su strade e corsi d'acqua), la limitazione territoriale a zone limitrofe al confine può servire a riconoscere loro un effetto equivalente alle verifiche di frontiera³⁰. Inoltre, la previsione di sanzioni a corredo dell'obbligo di esibire documenti di identità alla frontiera entra in conflitto con il divieto di verifiche di frontiera³¹.

Riguardo all'oggetto dei controlli, il fatto che siano limitati all'identità delle persone non basta di per sé a escluderne l'effetto equivalente alle verifiche di frontiera in qualsiasi

25. Corte giust., sentenza della Corte (grande sezione) del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, punto 68.

26. *Ibidem*.

27. Corte giust., sentenza della Corte (seconda sezione) del 19 luglio 2012, *Adil*, causa C-278/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:508, punti 55-56.

28. Art. 23, lett. a), reg. 2016/399.

29. Corte giust., *Melki e Abdeli*, cit., punto 72; Corte giust., *Adil*, cit., punto 69; Corte giust., sentenza della Corte (prima sezione) del 21 giugno 2017, *A.*, causa C-9/16, ECLI:EU:C:2017:483, punto 52.

30. Corte giust., *Melki e Abdeli*, cit., punto 72; Corte giust., *Adil*, cit., punto 70.

31. Corte giust., *NW*, cit., punti 96-98.

circostanza. Ad esempio, possono essere valutati come equivalenti alle verifiche di frontiera i controlli sull'identità autorizzati senza riguardo al comportamento delle persone o alle circostanze e senza limiti in relazione ai tre distinti elementi dell'intensità, della frequenza e della selettività³², soprattutto se sono svolti nelle zone di frontiera³³. Non è invece considerato indizio univoco di equivalenza il fatto che, in aree adiacenti ai confini di Stato, i controlli sull'identità siano autorizzati ed effettuati in assenza di una presunzione ragionevole di soggiorno irregolare³⁴.

Come si ricordava, la condizione di migrante irregolare appartiene allo straniero che abbia attraversato una frontiera interna senza essere titolare di un permesso di soggiorno nello Stato in cui abbia fatto ingresso, e ciò tanto se quest'ultimo costituisca la sua destinazione quanto se sia utilizzato semplicemente ai fini del transito³⁵. Tale condizione colloca lo straniero nell'ambito di applicazione della direttiva Rimpatri, senza che la circostanza di essere colto «in occasione dell'attraversamento irregolare» della frontiera possa consentire allo Stato interessato di non applicarla usufruendo dell'art. 2, par. 2, lett. a) di tale direttiva: come ha puntualizzato infatti la Corte di giustizia, la deroga stabilita da questa disposizione può riguardare solo i respingimenti collegati all'attraversamento abusivo delle frontiere esterne³⁶. In effetti, le riammissioni informali sono condotte nel quadro di accordi bilaterali tra Stati confinanti per trovare fondamento in una diversa deroga all'applicazione della procedura di rimpatrio: quella consentita dall'art. 6, par. 3, per l'appunto qualora lo straniero sia «ripreso da un altro Stato membro in virtù di accordi o intese bilaterali» vigenti alla data di entrata in vigore della direttiva. Alle riammissioni informali «a catena» si procede sulla base della frase successiva dell'art. 6, par. 3, per cui «lo Stato membro che riprende il cittadino in questione applica il paragrafo 1». Quest'ultima è infatti la disposizione che, stabilendo l'obbligo di adottare la decisione di rimpatrio, fa salve le deroghe stabilite nei paragrafi successivi: la «catena» si avvia perché tra queste deroghe vi è quella stabilita nel par. 3, appunto.

Senonché, la deroga dell'art. 6, par. 3 è stata intesa dagli Stati in modo del tutto fuorviato, cioè a dire in modo da privare gli stranieri riammessi nel territorio dello Stato da cui irregolarmente provenivano di qualsiasi possibilità di contestare la propria rimozione dal

32. Corte giust., *Melki e Abdeli*, cit., punto 73; Corte giust., *A.*, cit., punto 55.

33. Corte giust., *Melki e Abdeli*, cit., punto 74. *A contrario*, Corte giust., *Adil*, cit., punto 74. Sulla discrezionalità dei controlli, in particolare sui vincoli che il legislatore dovrebbe apporre alla discrezionalità degli operatori di polizia per escludere il loro carattere equivalente alle verifiche di frontiera, nell'esperienza dei Paesi Bassi, v. M. van der Woude, J. van der Leun, *Crimmigration checks in the internal border areas of the EU: Finding the discretion that matters*, in *European Journal of Criminology*, 2017, p. 27 ss., in particolare p. 35 ss.

34. Corte giust., *Adil*, cit., punto 71.

35. Corte giust., *Affum*, cit., punti 46-50.

36. Corte giust., *Affum*, cit., punto 69.

territorio dello Stato in cui siano stati intercettati. L'art. 6, par. 1, rispetto al quale il par. 3 deroga, pone infatti l'obbligo per gli Stati membri di adottare una decisione di rimpatrio nei confronti degli stranieri irregolari, sicché la deroga è stata intesa nel senso di eliminare l'atto avente a oggetto l'allontanamento dello straniero dal territorio, con l'effetto di eliminare ogni tutela giurisdizionale avverso lo stesso e, con essa, ogni diritto sostanziale riconducibile al singolo nella relativa procedura.

Si tratta di un'interpretazione discutibile sotto profili diversi ma collegati³⁷. Il primo è che, secondo un'interpretazione sistematica ricavabile non ultimo dal collegamento con l'art. 2, paragrafi 2 e 3 della direttiva, alla deroga radicata sull'esistenza di accordi bilaterali di riammissione può essere riconosciuto solo l'effetto di semplificare la relativa procedura eliminando *in primis* l'atto formale che vi dà inizio, non certo quello di evitare l'applicazione della direttiva nella sua interezza. A tale diverso effetto provvedono le due disposizioni citate, che infatti si collocano in un articolo rubricato «Ambito di applicazione»: sicché, fondarsi su un'altra disposizione altrove collocata (cioè l'art. 6, par. 3), per ottenere il medesimo effetto, si pone in contrasto con la sistematicità della disciplina. Sempre sul filo dell'interpretazione sistematica, ancorché del quadro più ampio del Codice Frontiere Schengen, va ancora rilevato che se da un lato ai respingimenti alle frontiere esterne è possibile non applicare la direttiva Rimpatri, come si diceva essere sancito dall'art. 2, par. 2 di questa direttiva in modo peraltro coerente con gli articoli 13 e 14 del regolamento³⁸, dall'altro lato la disciplina dei respingimenti alle frontiere esterne dispone che al respingimento si provvede con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise (art. 14, par. 2 del Codice Frontiere Schengen). In questo contesto, l'interpretazione che esenta dall'adozione di atti impugnabili le procedure di “ripresa” di un cittadino di Stato membro irregolare da uno Stato membro all'altro – una sorta di respingimenti alle frontiere interne – appare completamente infondata e arbitraria. Queste considerazioni si collegano a un ultimo argomento, che in punta di diritto ha il rilievo maggiore di tutti: nello stabilire la deroga all'art. 6, par. 1 nei termini appena descritti, il citato art. 6, par. 3 della direttiva Rimpatri non può in alcun modo contraddire la Carta dei diritti fondamentali, pena la sua

37. In senso critico v. anche I. Barbero, *A Ubiquitous Border*, cit., p. 377 ss.

38. Infatti, l'art. 13 sancisce che i migranti irregolari debbano essere fermati e sottoposti a procedure nel quadro della direttiva Rimpatri, mentre l'art. 14, sui respingimenti (ai quali gli Stati possono scegliere di non applicare la direttiva), prescrive l'adozione di un provvedimento motivato e pertanto impugnabile.

invalidità³⁹, e anzi va interpretato in modo conforme alle sue disposizioni⁴⁰. Dal momento che, secondo il significato letterale e più restrittivo della disposizione, la deroga riguarda sicuramente l'emissione della decisione di rimpatrio, essa non può essere intesa in modo da privare l'interessato del diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice *ex art. 47* della Carta. Inoltre, nella prospettiva degli Stati membri che della deroga usufruiscono, dalla giurisprudenza della Corte emerge nitidamente come lo Stato che decida di avvalersi della deroga dà pur sempre attuazione al diritto dell'Unione, così da essere tenuto al rispetto della medesima disposizione *ex art. 51, par. 1*, della Carta⁴¹.

Anche la ricordata giustificazione delle riammissioni “a catena” grazie all'ultima frase dell'art. 6, par. 3, appare discutibile. L'interpretazione di questo rinvio come indirizzato all'intera disposizione, con il risultato di estendere l'oggetto del rinvio alla deroga che questa stabilisce rispetto alla regola da essa stessa enunciata, in effetti vanifica il rinvio suddetto, privandolo di effetto utile.

3. Questioni risolte dalla proposta di nuovo testo

Il testo proposto dalla Commissione, lasciato pressoché intatto nell'Orientamento generale del Consiglio, ha anzitutto il merito di regolare una prassi che finora si è sviluppata in un quadro di discrezionalità troppo ampio. Ne sono risultate diffuse e gravi violazioni dei diritti degli stranieri, i quali esistono nonostante l'irregolarità del soggiorno in uno Stato dell'Unione, e più in generale una loro condizione di fantasmi attraverso le frontiere interne che è difficilmente conciliabile con i valori dell'Unione sebbene il contrasto all'immigrazione irregolare e al traffico di esseri umani rappresenti pure un'istanza di assoluto rilievo. Una normativa applicabile a questo fenomeno ha tutte le potenzialità per attenuare e, se ben congegnata e applicata, eliminare, la prassi accennata.

39. Cfr. Corte giust., sentenza della Corte (grande sezione) del 6 ottobre 2020, *Commissione c. Ungheria (Insegnamento superiore)*, causa C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792, punti 214-215; Corte giust., sentenza della Corte (terza sezione) del 30 aprile 2014, causa C-390/12, *Pfleger*, ECLI:EU:C:2014:281, punto 35. Rileva anche Corte giust., sentenza della Corte (grande sezione) del 1° marzo 2011, *Test-Achats*, causa C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100, in cui l'esercizio di una deroga alla disposizione di una direttiva, stabilita da un'altra disposizione della medesima, costituisce violazione della Carta perché disattende l'obiettivo di rispettare il diritto fondamentale cui è preordinata la direttiva: infatti, l'interpretazione dell'art. 6, par. 3 adottata nella prassi impedisce la tutela di un diritto riconosciuto nella Carta.

40. F. Bestagno, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 21 ss.

41. Cfr. Corte giust., *Commissione c. Ungheria (Insegnamento superiore)*, cit.; Corte giust., *Pfleger*, cit. Diverso è il caso dello Stato che opti per una normativa che trascende le norme minime contenute in un atto di diritto derivato dell'Unione (nella specie, una direttiva), perché, secondo la Corte, in quel caso lo Stato sta esercitando competenze proprie senza che possa dirsi attuare il diritto dell'Unione: Corte giust., sentenza della Corte (grande sezione) del 19 novembre 2019, *TSN e AKT*, cause riunite C-609/17 e C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981, punti 50-54.

La nuova disciplina è correttamente inserita nel reg. 2016/399, che come detto già si occupa dei respingimenti alle frontiere esterne, grazie all'aggiunta di un art. 23-*bis* rubricato «Procedura per i trasferimenti di persone fermate alle frontiere interne» e di un Allegato XII che tale procedura definisce con maggior grado di dettaglio.

L'art. 23-*bis* stabilisce i presupposti della procedura di trasferimento di persone fermate alle frontiere interne, la quale verrebbe a sostituire, nel caso specifico, le procedure nazionali che danno attuazione alla direttiva Rimpatri. Il testo che costituisce l'Orientamento generale del Consiglio conserva solo due dei quattro presenti nel testo proposto dalla Commissione. Essi sono: la circostanza che il cittadino di Paese terzo sia fermato nell'ambito della cooperazione transfrontaliera di polizia, cioè durante pattugliamenti congiunti di polizia, e il fatto che questi risulti essere arrivato direttamente da un altro Stato membro grazie a informazioni al momento disponibili alle autorità che abbiano effettuato il fermo⁴². Tali informazioni includono, per espressa disposizione della normativa in discussione, le dichiarazioni rese dallo straniero, i documenti di identità, di viaggio o di altro genere trovatigli indosso, le risultanze delle banche date nazionali e dell'Unione. L'eliminazione, nel testo licenziato quale Orientamento generale, dei due altri presupposti indicati nella proposta della Commissione non sembra avere particolari effetti, se non quella di consegnare un testo meno accurato sul piano redazionale.

Tra i principali meriti del testo proposto dalla Commissione, che l'Orientamento generale del Consiglio ha conservato, vi è il chiarimento sulla portata della deroga applicata alla procedura formale di rimpatrio in caso di riammissione informale ai confini interni, stabilita dalla dir. 2008/115/CE. Infatti, dall'art. 23-*bis* emerge che, in presenza dei presupposti indicati, le autorità competenti dello Stato membro possono decidere di trasferire immediatamente lo straniero irregolare nello Stato membro dal quale è entrato o ha cercato di entrare (par. 2). Questa disposizione è completata dal nuovo Allegato XII, il quale si occupa del provvedimento alla base del trasferimento suddetto (Parte A) e predispone un modello uniforme (Parte B) a mezzo del quale detto provvedimento è notificato (Parte A, punto 2). In particolare, secondo la Parte A il provvedimento «indica le ragioni per cui una persona non ha il diritto di soggiornare e ha effetto immediato»⁴³. La notifica consiste nella consegna del modello allo straniero interessato, il quale può firmarlo per ricevuta, ricevendone una copia, oppure rifiutarsi di firmare, il che non impedisce che la

42. Il testo proposto dalla Commissione individua due ulteriori presupposti, che risultano eliminati nell'Orientamento generale approvato dal COREPER: il fatto che lo straniero non soddisfa o non soddisfi più le condizioni d'ingresso stabilite dall'art. 6, par. 1 del reg. 2016/399 che non gli si applichi la deroga sancita dall'art. 6, par. 5, lett. a) dello stesso.

43. Allegato XII, Parte A, punto 1.

notifica vada a buon fine perché al rifiuto consegue semplicemente la relativa segnalazione nella rubrica «commenti» del modello⁴⁴.

Di contro, secondo la direttiva Rimpatri per «decisione di rimpatrio» si intende la «decisione o atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di Paesi terzi e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio»⁴⁵. La differenza di contenuti tra una decisione di rimpatrio e un provvedimento di trasferimento *ex* Allegato XII sembra pertanto minima, mentre il divario riguarda i loro effetti: la decisione di rimpatrio si esegue con le articolate modalità disciplinate nella direttiva (precedenza al rimpatrio volontario salvo eccezioni, allontanamento in presenza di certi presupposti, possibilità di disporre il trattenimento, nonché di stabilire sanzioni), mentre alla notifica del provvedimento di trasferimento segue per l'appunto il trasferimento «immediatamente ed entro 24 ore»⁴⁶.

Del trasferimento di per sé si dice poco. Dal punto 6 dell'Allegato XII – Parte A emerge che a esso debbano provvedere «[L]e autorità competenti secondo la legislazione nazionale». Se lo straniero destinatario del provvedimento di trasferimento sia stato condotto alla frontiera da un vettore, l'autorità competente può «ordinare al vettore di riprender(lo) a proprio carico ... e trasferirlo immediatamente nello Stato membro dal quale è stato trasportato»⁴⁷. Dal citato punto 6) emerge anche che il trasferimento è completato con la consegna dello straniero alle autorità competenti dello Stato membro confinante. Secondo il nuovo art. 23-*bis*, par. 3, del «Codice Frontiere Schengen», «lo Stato membro ricevente è tenuto a prendere tutti i provvedimenti del caso per accogliere il cittadino del Paese terzo interessato».

A fronte della prassi di questi anni, una novità importante è rappresentata dall'esplicitazione del diritto delle persone respinte a presentare ricorso contro il provvedimento di trasferimento⁴⁸, che poi è all'origine della citata previsione per cui il trasferimento deve essere oggetto di un provvedimento. Siccome la disposizione proposta precisa come il procedimento di impugnazione non sospenda l'esecuzione del provvedimento suddetto⁴⁹, è importante che puntualizzi anche un aspetto cruciale dell'esercizio del diritto di difesa: secondo la proposta di modifica, allo straniero devono essere consegnate

44. Non si può non registrare una certa confusione tra il provvedimento di trasferimento e il modello uniforme compilato dalle autorità competenti. Infatti, quest'ultimo deve precisare i motivi per cui il soggiorno è irregolare (a mezzo di frasi precompilate da selezionare secondo la proposta della Commissione, in modo discorsivo secondo la versione dell'Orientamento generale).

45. Così la definizione dell'art. 3, punto 4, della dir. 2008/115.

46. Allegato XII, Parte A, punto 6.

47. Allegato XII, Parte A, punto 7 a).

48. Allegato XII, Parte A, punto 5).

49. Specialmente su questo aspetto si concentrano le critiche di *ECRE Comments*, cit., p. 14.

«indicazioni scritte riguardanti punti di contatto in grado di fornire informazioni su rappresentanti competenti ad agire per suo conto a norma della legislazioni nazionale in una lingua che capisce o che è ragionevole supporre possa capire»⁵⁰. È chiaro che, stante l'allontanamento dello straniero dal territorio statale, il diritto di ricorso può facilmente diventare effimero perché difficilmente praticabile e, se praticato, di complicata efficacia. Forse la Commissione avrebbe potuto fare uno sforzo maggiore e immaginare, avendo ormai sperimentato la riluttanza degli Stati membri a garantire i diritti previsti dalla Carta allorché attuano il diritto dell'Unione, disposizioni volte ad assicurare l'esecuzione di un'eventuale decisione di accoglimento del ricorso contro il provvedimento di trasferimento: del resto, l'art. 47 della Carta enuncia il diritto a un ricorso *effettivo*. È tuttavia innegabile il progresso che l'aggiunta delle disposizioni descritte comunque comporterebbe. Si pensi ad esempio alla ragione per cui l'ordinanza del Tribunale di Roma del 18 gennaio 2021, favorevole a uno straniero oggetto di riammissione informale al confine italo-sloveno, è stata riformata in sede di impugnazione, cioè a dire la mancanza di prove dell'avvenuto coinvolgimento del ricorrente: il provvedimento di trasferimento fornirebbe *in re ipsa* la prova suddetta⁵¹.

La proposta di regolamento include anche una modifica all'art. 6, par. 3, della direttiva Rimpatri che, sulla base dei commenti svolti circa la prassi attuale, sarebbe da salutare in modo positivo. Come detto, secondo il vigente art. 6, par. 3, lo Stato che riprende un cittadino di Stato terzo giunto senza titolo alla frontiera deve applicare il par. 1, il quale viene utilizzato in modo da includere non solo l'obbligo di adottare all'indirizzo dello straniero una decisione di rimpatrio, ma anche la deroga istituita con rinvio al par. 3: di qui la catena delle riammissioni. Invece, la disposizione proposta dalla Commissione (e "accettata" di buon grado nell'Orientamento generale) abbandona la formulazione generale per obbligare specificamente lo Stato che riprende lo straniero ad adottare la decisione di rimpatrio *ex par. 1* e precisare che in tali casi «non si applica la deroga di cui al primo comma». Sembra pertanto che tale modifica abbia le caratteristiche per fermare i trasferimenti a catena, i quali riportano il migrante nello Stato del confine esterno dell'Unione e di qui con facilità al di fuori di questa, con grave rischio di violazione del divieto di *refoulement*.

50. *Ibidem*.

51. M. Astuti, C. Bove, A. Brambilla, A. Lici, E.S. Rizzi, U. Stege, I. Stojanova, *op. cit.*, pp. 10-11.

4. **Questioni trascurate, ovvero della nuova centralità delle riammissioni informali e dei trasferimenti nello «spazio senza controlli alle frontiere interne»**

La principale questione lasciata irrisolta dalle modifiche proposte, o quantomeno la principale inquietudine da queste sollevata, è che la procedura di trasferimento descritta va ad *affiancarsi*, e non a sostituirsi, alle intese bilaterali nel cui quadro hanno luogo le riammissioni informali secondo la normativa vigente⁵². Di conseguenza, le novità commentate non si applicherebbero alle situazioni in cui le riammissioni informali sono attuate nella cornice di accordi o intese bilaterali, le quali restano utilizzabili in seguito alla modifica. Un'interpretazione letterale dei nuovi testi neppure rende possibile che la procedura commentata, allorché le riammissioni siano condotte nella cornice di intese bilaterali, debba andare a *integrare* quanto disposto da queste ultime, per esempio sotto il profilo della delicata questione della tutela giurisdizionale che è oggetto di un diritto fondamentale sancito dalla Carta. La chiave di volta di questa ricostruzione è il nuovo testo dell'art. 6, par. 3, della direttiva Rimpatri, modificato dall'art. 2 della proposta di regolamento oggetto di quest'analisi. Il nuovo art. 6, par. 3 sancisce l'esenzione dall'adozione di una decisione di rimpatrio e dall'attivazione di tutta la conseguente normativa a beneficio dello Stato che si avvalga della "ripresa" dello straniero da parte di un altro Stato membro, in due cornici normative che per l'appunto sembrano prospettate come alternative: quella dell'art. 23-*bis* del reg. 2016/399, di cui si è detto nel paragrafo precedente, ovvero gli accordi o intese bilaterali. L'uso della congiunzione disgiuntiva «o» – «o in virtù di accordi e intese bilaterali», recita la norma – pone inequivocabilmente l'alternativa tra la procedura *ex art 23-bis* e gli accordi o intese in questione. Confermano quest'interpretazione letterale le altre versioni linguistiche: la versione inglese dice «or», quella francese «ou», quella tedesca «oder», quella spagnola «o».

L'alternativa è confermata dal considerando n. 27 del preambolo della proposta, per il quale la nuova procedura di trasferimento «non dovrebbe pregiudicare la possibilità a disposizione degli Stati membri di rimpatriare cittadini di Paesi terzi in posizione irregolare in virtù di accordi o intese bilaterali di cui all'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2008/115/CE («direttiva rimpatri»), nei casi in cui detti cittadini siano intercettati fuori dalle immediate vicinanze delle frontiere interne». Il ruolo di accordi o intese bilaterali nel contrasto all'immigrazione irregolare ai confini interni, lungi dal voler essere ridimensionato e collocato entro binari di legalità, risulta cioè salvaguardato senza che siano affrontati tutti i rischi che esso ha già dimostrato di comportare. Riguardo ai modi di esecuzione delle riammissioni informali nel quadro di accordi o intese bilaterali, infatti, la nuova normativa

52. Nello stesso senso V. Apatzidou, *Schengen Reform: 'Alternatives' to Border Controls to Curb 'Secondary Movements'*, in D. Vitiello, S. Montaldo (Eds.), *Instrumentalization of Migrants, Sanctions Tackling Hybrid Attacks and Schengen Reform in the Shadows of the Pact*, *European Papers*, 2022, No. 2, p. 577.

continua a essere del tutto silente: questo sia nella proposta della Commissione sia nell'Orientamento generale.

Vanno dunque ribadite le considerazioni fatte in precedenza riguardo al vigente art. 6, par. 3. *In primis*, la deroga rispetto all'art. 6, par. 1 non può essere intesa nel senso di negare la possibilità di una tutela giurisdizionale per far valere la pretesa violazione di diritti, segnatamente del diritto di ingresso nello Stato membro le cui autorità abbiano disposto e/o realizzato la riammissione informale, e comunque l'obbligo di assicurare tale diritto grava sullo Stato indicato per effetto dell'art. 51, par. 1 della Carta⁵³, poiché il fatto di realizzare una deroga a una disposizione della direttiva Rimpatri non impedisce alle riammissioni informali di costituire «attuazione del diritto dell'Unione». A questo proposito, il nuovo testo consente di aggiungere un'ulteriore ragione in negativo. Al fine di evitare l'adozione di un provvedimento suscettibile di essere impugnato, non si può infatti argomentare che la riammissione nel quadro di intese e accordi bilaterali avviene in deroga all'art. 23-bis: come detto, il nuovo art. 6, par. 3 della direttiva Rimpatri istituisce due binari paralleli che derogano entrambi all'obbligo di emettere una decisione di rimpatrio. Il fatto che la procedura di trasferimento *ex art. 23-bis* e Allegato XII comprenda l'adozione di un provvedimento impugnabile può così costituire un argomento contro un'interpretazione tanto ampia della deroga riconducibile alle intese bilaterali. Ma è solo in questo modo indiretto che eventualmente la nuova procedura di trasferimento può arrecare miglioramenti alla prassi delle riammissioni attuate nella cornice alternativa.

In secondo luogo, siccome tanto gli Stati che effettuano i trasferimenti alle frontiere interne quanto quelli che prendono in carico gli stranieri irregolari attuano il diritto dell'Unione, essi sono tutti tenuti al pieno rispetto della Carta dei diritti fondamentali. In particolare, i primi sono vincolati alla protezione degli individui sia in via diretta, sia *par ricochet*. Essi devono cioè astenersi dall'attuare i trasferimenti in presenza di seri motivi di ritenere che, negli Stati di presa in carico, gli stranieri potrebbero andare soggetti a trattamenti inumani o degradanti (*non-refoulement*). Il fatto che la Carta si applichi anche agli Stati della presa in carico non può esentare gli altri dagli obblighi di protezione indiretta.

Ancora, il nuovo testo dell'art. 6, par. 3 della direttiva Rimpatri elimina l'attuale previsione secondo cui la deroga all'applicazione dell'art. 6, par. 1 per dare attuazione intese o accordi bilaterali è ammessa solo riguardo a intese e accordi vigenti alla data di entrata in vigore della direttiva. Si tratta della «clausola di sospensione», di cui la relazione introduttiva della proposta di regolamento sottolinea la revoca⁵⁴. Infatti, il nuovo testo

53. Per lo stesso orientamento, sebbene senza fornire motivazioni, Meijers Committee, cit., p. 8. Nel senso che i due differenti *legal regimes* delle riammissioni informali introdotti dalla riforma non possono essere intesi nel senso che il regime dei trasferimenti, disciplinato nel regolamento, comporta l'applicazione della Carta, mentre quello degli accordi bilaterali tra Stati confinanti non la comporta, v. anche V. Apatzidou, *op. cit.*, pp. 577-578.

54. Proposta, cit., p. 9.

dell'art. 6, par. 3 non solo non ripropone tale limitazione, ma prefigura la stipulazione di accordi nuovi, ponendo in capo agli Stati membri l'obbligo di notificare tutti gli strumenti bilaterali – esistenti, nuovi o modificati – senza ritardo. Nel preambolo del regolamento è esplicitata l'intenzione di agevolare l'applicazione di tali accordi o intese «a complemento dell'obiettivo di proteggere lo spazio senza frontiere interne»⁵⁵.

In conclusione, la nuova normativa promuove un ampliamento delle riammissioni informali alle frontiere interne, in primo luogo consentendo che esse abbiano luogo in assenza di intese o accordi bilaterali, conformemente alla procedura di trasferimento appositamente introdotta, in secondo luogo consentendo che siano stipulati accordi o intese nuovi e che siano modificati quelli esistenti. Evidentemente le riammissioni informali sono considerate un utile strumento di contrasto all'immigrazione irregolare. La prassi ha però già ampiamente dimostrato i loro risvolti in termini di legalità e umanità, che la normativa proposta affronta in modo complessivamente deludente. In questo quadro, si può almeno auspicare che la Commissione affronti per quanto possibile i profili critici attraverso la predisposizione di un «modello di accordo bilaterale sulle clausole principali di tali accordi», dando seguito alla disponibilità manifestata nella relazione introduttiva alla proposta di regolamento⁵⁶. La Commissione predisporrebbe un tale modello con l'obiettivo di «sostenere gli Stati membri nel compito di creare uno strumento efficiente di gestione degli spostamenti non autorizzati»⁵⁷.

5. L'irrobustimento dei muri invisibili

L'ampliamento della possibilità di attuare riammissioni informali di cittadini di Stati terzi in posizione irregolare ai confini interni colpisce sia coloro che seguono rotte migratorie da un confine esterno alla destinazione progettata, sia i richiedenti protezione internazionale o i titolari della stessa che si spostano nell'Unione in spregio ai criteri di Dublino. La politica perseguita dalla Commissione europea è quella di costringere alle regole i cittadini di Stati terzi che vorrebbero stabilirsi in uno Stato dell'Unione, facendo di questa pratica l'esito naturale di una rafforzata cooperazione di polizia tra gli Stati membri confinanti. Infatti, da un lato, uno dei requisiti della nuova procedura di trasferimento *ex art. 23-bis* è che il cittadino di Stato terzo sia fermato «nell'ambito della cooperazione operativa transfrontaliera di polizia, in particolare durante pattugliamenti congiunti di polizia»⁵⁸;

55. Preambolo, considerando n. 27.

56. Proposta, cit., p. 9.

57. *Ibidem*.

58. Art. 23-*bis*, par. 1, lett. c) del regolamento «Codice Frontiere Schengen», quale aggiunto secondo la proposta di modifica.

dall'altro lato, già nella prassi attualmente seguita gli accordi bilaterali di riammissione sono spesso abbinati ad accordi di cooperazione transfrontaliera di polizia⁵⁹. Nel presentare la proposta di regolamento qui analizzata, la Commissione la collega all'iniziativa riguardante la cooperazione transfrontaliera di polizia presentata l'8 dicembre 2021 e sottolinea che la procedura di trasferimento *ex art. 23-bis* e Allegato XII «dovrebbe incoraggiare il ricorso a pattugliamenti congiunti quale strumento per l'applicazione di un trasferimento semplificato delle persone fermate alle frontiere interne»⁶⁰. Del resto, la Strategia Schengen presentata a giugno 2021 aveva tra i suoi punti qualificanti l'adozione di misure volte a incrementare in modo sostanziale la cooperazione di polizia e lo scambio di informazioni tra le autorità di sicurezza per migliorare quest'ultima nello spazio senza frontiere⁶¹. In sua attuazione la Commissione ha presentato una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa allo scambio di informazioni tra le autorità di contrasto degli Stati membri, che abroga la decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio⁶². Su questa proposta il Consiglio ha licenziato un Orientamento generale il 30 maggio 2022. La proposta rientra nel quadro di un nuovo codice di cooperazione di polizia che comprende una raccomandazione sulla cooperazione operativa di polizia e un regolamento sullo scambio automatizzato di dati per la cooperazione di polizia (Prüm II)⁶³, riguardo al quale il Consiglio ha adottato un Orientamento generale il 31 maggio 2022.

Sintetizzando, la prospettiva cui le modifiche in discussione necessariamente si abbinano è quella di un robusto potenziamento della cooperazione transfrontaliera di polizia.

Tale prospettiva si colloca su una linea di assoluta continuità con l'indirizzo adottato dalla Commissione da tempo. Già gli orientamenti sui controlli e sulla cooperazione di polizia nello spazio Schengen adottati, sotto forma di raccomandazione, dopo il picco della crisi dei rifugiati e il verificarsi di importanti attentati terroristici⁶⁴, puntavano sul rafforzamento dei

59. I. Barbero, G. Donadio, *La externalización interna*, cit., pp. 150-151. Sulla determinazione degli Stati membri, all'indomani dell'abolizione delle verifiche di frontiera (cioè nel 2007), a mantenere e anzi incrementare gli strumenti bilaterali della cooperazione di polizia piuttosto che sviluppare il livello unionale di quest'ultima, A. Faure Atger, *The Abolition of Internal Border Checks in an Enlarged Schengen Area: Freedom of movement or a web of scattered security checks?*, CEPS Research Paper no. 8, 2008, p. 10 ss., con particolare riferimento a p. 12.

60. Proposta, cit., p. 9.

61. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio «Strategia per uno spazio Schengen senza controlli alle frontiere interne pienamente funzionante e resiliente»*, del 2.6.2021, COM(2021) 277 final.

62. *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa allo scambio di informazioni tra le autorità di contrasto degli Stati membri, che abroga la decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio*, dell'8.12.2021, COM(2021) 782 final.

63. *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo scambio automatizzato di dati per la cooperazione di polizia ("Prüm II")*, che modifica le decisioni 2008/615/GAI e 2008/616/GAI del Consiglio e i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2019/817 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8.12.2021, COM(2021) 784 final.

64. *Raccomandazione della Commissione del 12 maggio 2017 relativa a controlli di polizia proporzionati e alla cooperazione di polizia nello spazio Schengen*, in GUUE L 122 del 13.5.2017, p. 79.

controlli di polizia e della cooperazione transfrontaliera di polizia, anche attraverso pattugliamenti congiunti di treni transfrontalieri e l'istituzione di posti comuni⁶⁵.

Nuovo o vecchio che sia, tutto ciò solleva il problema della compatibilità con il divieto di controlli alle frontiere interne che *ex art.* 67, par. 2 e art. 77, par. 1 lett. a) TFUE costituisce un elemento essenziale dello spazio «senza frontiere interne», il quale è obiettivo dell'Unione a norma dell'art. 3 TUE⁶⁶. *Prima facie*, tra proposta e Orientamento generale Commissione e Consiglio si sono trovati in sintonia su un ossimoro⁶⁷, perché tale è il rafforzamento dello spazio Schengen tramite il potenziamento dei controlli transfrontalieri di polizia⁶⁸. Vero è che la cooperazione di polizia è sempre stata considerata un complemento necessario dell'eliminazione delle verifiche di frontiera e che la storica data del 21 dicembre 2007 è stata accompagnata dal rafforzamento della cooperazione di polizia tra gli Stati membri aderenti, segnatamente dall'espansione dei controlli mobili di polizia e dallo sviluppo di pattugliamenti congiunti⁶⁹. Il sostrato normativo è del resto robusto, con il Codice Frontiere Schengen che ha sempre fatto salvi i controlli di polizia, come si è ricordato in precedenza. A uno sguardo preliminare e *per tabulas* appare però difficile rispettare le condizioni tali da scongiurare il carattere equivalente che assorbe i controlli di polizia nel divieto di verifiche di frontiera. Nell'interpretazione della Corte di giustizia, tali condizioni hanno rivelato un notevole (forse eccessivo) grado di flessibilità, ma i vincoli sembrano complessivamente chiari.

Anzitutto sarà necessario che, in quanto svolti nelle zone vicine alla frontiera, oggetto dei controlli sia l'identità delle persone e non il loro titolo di viaggio o di soggiorno. La necessità che tali controlli siano efficaci impedisce di dare questo requisito per scontato: non sembra un caso che pratiche divergenti siano state registrate in varie occasioni⁷⁰. Un altro requisito che appare difficile soddisfare, sembra anche più del precedente, è che i controlli non debbano essere soggetti a regole particolari rispetto alla generalità dei controlli di

65. *Ivi*, considerando n. 16. Sul processo di rafforzamento dei controlli di polizia alle frontiere interne, proprio a partire dalla raccomandazione della Commissione del 2017, v. M. De Somer, *Schengen: Quo Vadis?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, p. 187 ss.

66. A. Di Pascale, *op. cit.*, pp. 19 e 20, per i dubbi sulla conciliabilità del rafforzamento dei controlli di polizia, raccomandato dalla Commissione negli orientamenti citati, con il divieto di verifiche di frontiera, in assenza di chiare e dettagliate indicazioni al riguardo.

67. Con riferimento alla raccomandazione della Commissione del 2017, anche il Parlamento europeo si era pronunciato a favore del rafforzamento dei controlli e della cooperazione transfrontaliera di polizia in via preventiva e sostitutiva del ripristino delle verifiche alle frontiere interne: A. Di Pascale, *op. cit.*, p. 20.

68. Analoghe perplessità sono formulate da M. De Somer, *op. cit.*, p. 189, che descrive il processo di rafforzamento dei controlli di polizia alle frontiere interne per evitare le verifiche di frontiera come un «full circle».

69. Sul punto, diffusamente, A. Faure Atger, *op. cit.*, pp. 11-12.

70. V. ad es. i controlli dei passaporti effettuati sui treni transfrontalieri in territorio polacco in I. Barbero, *The European Union Never got Rid*, cit., p. 7 (con i dubbi sollevati dall'A. circa la loro conformità al divieto di controlli di polizia aventi effetto equivalente alle verifiche di frontiera).

polizia⁷¹: infatti, nel caso di specie lo sono per definizione, dovendo essere attuati, per attivare la deroga, nel quadro di accordi o intese bilaterali. Di difficile realizzazione sembra anche evitare che i controlli transfrontalieri congiunti abbiano carattere selettivo, cioè a dire siano limitati a una parte delle persone in transito.

La soluzione all'ossimoro potrebbe venire, sotto diversi aspetti, dalla digitalizzazione dei controlli alle frontiere interne e dallo scambio di informazioni e di dati tra autorità di contrasto degli Stati membri, la cui normativa si sta contemporaneamente rafforzando in aggiunta alla consolidata misura compensativa dell'abolizione delle verifiche di frontiera costituita dal Sistema di informazione Schengen (SIS)⁷². Il considerando n. 21 della proposta di regolamento si esprime in questi termini: «Il divieto di controlli alle frontiere interne non dovrebbe essere inteso come impedimento all'esercizio lecito delle competenze di polizia o di altri pubblici poteri per effettuare verifiche nelle zone di frontiera interne. Rientrano tra queste le verifiche che comportano l'uso di tecnologie di monitoraggio e sorveglianza generalmente in uso nel territorio e basate su una valutazione del rischio ai fini della sicurezza interna. Il ricorso a queste tecnologie a fini di verifica non dovrebbe pertanto essere considerato equivalente ai controlli di frontiera». L'uso di tecnologie di monitoraggio e di sorveglianza elimina anzitutto alla radice l'ostacolo della selettività, il quale evidentemente pregiudica la loro efficienza ma al contempo è requisito richiesto dalla Corte di giustizia per escludere il carattere equivalente dei controlli di polizia rispetto alle verifiche di frontiera. Il fatto che le tecnologie digitali e in particolare le telecamere siano sempre più diffuse sul territorio nazionale a fini di sorveglianza impedirà inoltre di considerare tali controlli tanto limitati alle zone di frontiera, quanto soggetti a regole speciali atte a consentire la sorveglianza di frontiera. Da ultimo (non in ordine di importanza), lo scambio transfrontaliero di dati diminuirà drasticamente la necessità di verificare i documenti relativi ai titoli di soggiorno e/o di viaggio, rendendo sufficienti i controlli sull'identità dei cittadini di Stati terzi per accertare la regolarità della loro presenza sul territorio di uno Stato membro, con particolare riferimento al passaggio del confine tra Stati. Alla luce delle nuove modalità della cooperazione di polizia, il divieto di verifiche di frontiera rischia di risultare in larga misura vanificato.

L'unico elemento residuo di specialità che sembra giustificare il giudizio di equivalenza anche alla luce della giurisprudenza già sviluppata è il fatto che i controlli e le verifiche, inclusi i pattugliamenti, dovranno essere esercitati in cooperazione tra forze di polizia di Stati confinanti e sulla base di accordi bilaterali *ad hoc*: essi avranno cioè come specifica

71. Corte giust., *Melki e Abdeli*, cit., punto 72; Corte giust., *A.*, cit. punto 53.

72. L'ultimo regolamento sul SIS (*Regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 novembre 2018 sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006*, in GUUE L 312 del 7.12.2018, p. 14) è diventato pienamente operativo a dicembre 2021.

finalità fermare i passaggi non autorizzati. Non si vede come questo elemento possa essere neutralizzato al fine di giustificare questo tipo di attività e dare luogo ai trasferimenti: come detto, che il fermo dei cittadini di Stati terzi ai fini del trasferimento sia stato effettuato nel quadro della cooperazione transfrontaliera di polizia è previsto nella procedura *ex art. 23-bis* ed è *in re ipsa* nell'alternativa posta dal nuovo testo dell'art. 6, par. 3 della direttiva Rimpatri. In altre parole, l'impressione è che, nella formulazione proposta dalla Commissione e avallata dal Consiglio nell'Orientamento generale di giugno 2022, i nuovi art. 23-bis del regolamento «Codice Frontiere Schengen» e art. 6, par. 3 della direttiva Rimpatri siano intrinsecamente inconciliabili con il divieto di controlli di polizia aventi effetto equivalente alle verifiche di frontiera. Neppure, a mio giudizio, potrebbero essere considerati *lex specialis* rispetto a questo divieto perché la disciplina prevede un regime di ripristino dei controlli di frontiera attentamente congegnato ed esaustivo. D'altro canto, nel contesto normativo in cui le nuove disposizioni sono collocate queste non avrebbero funzione di deroga ma dovrebbero inserirsi nella gestione "normale".

Quanto agli altri elementi da considerare nel giudizio di equivalenza, l'orientamento da assumere a questo proposito va desunto da un *dictum* della citata sentenza *Adil*: quanto più gli indizi dell'esistenza di un possibile effetto equivalente dei controlli di polizia rispetto alle verifiche di frontiera sono numerosi (ad esempio l'obiettivo perseguito, l'ambito di applicazione territoriale di tali controlli e l'esistenza di una distinzione tra il fondamento di detti controlli e quello dei controlli eseguiti nel resto del territorio dello Stato membro di cui trattasi), tanto più si richiede che le precisazioni e le limitazioni che condizionano l'esercizio da parte degli Stati membri della loro competenza di polizia in una zona di frontiera debbano essere rigide⁷³. Ad esempio, nel contesto delle nuove tecnologie utilizzate, la Corte potrebbe tornare sulla valutazione per cui i controlli relativi all'identità delle persone, condotti nelle zone di frontiera, non hanno effetto equivalente alle verifiche di frontiera neppure se svolti in assenza di una presunzione ragionevole di soggiorno irregolare⁷⁴.

6. Il timore di cortocircuiti con il sistema europeo comune di asilo

Il presupposto di trasferimenti e riammissioni informali è l'irregolarità del soggiorno dei cittadini di Stati terzi nello Stato UE in cui si siano appena introdotti da un altro Stato membro: ciò implica con certezza che gli stranieri soggetti a queste procedure non siano richiedenti protezione internazionale in tale Stato. L'art. 6, par. 1, della dir. 2013/33 («Accoglienza»), prescrive infatti che al richiedente sia rilasciato un documento nominativo che, certificando tale *status*, attesti l'autorizzazione dell'interessato a soggiornare nel

73. Corte giust., *Adil*, cit., punto 75.

74. Corte giust., *Adil*, cit., punto 71.

territorio dello Stato membro in cui la domanda è pendente o in esame nel periodo in cui ciò accade. La disciplina non prevede altre modalità di coordinamento con la politica di asilo; anche quella appena menzionata, peraltro, sebbene sembri difficilmente discutibile è solo implicita. L'assenza di coordinamento tra il sistema dei rimpatri e il Sistema europeo comune di asilo è cosa nota e anche talvolta criticata⁷⁵. Il carattere sommario di riammissioni e trasferimenti, vista la loro progettata centralità in un futuro prossimo, rende quantomai opportuno un chiarimento dei rapporti di queste pratiche con la disciplina dell'asilo.

Riguardo al cittadino di Stato terzo fermato e verificato come irregolare nel territorio di uno Stato dell'Unione, in un'area limitrofa a una frontiera interna, possono immaginarsi due scenari alternativi: può darsi che lo straniero non abbia mai chiesto la protezione internazionale ad alcuno Stato dell'Unione, ovvero che l'abbia chiesta e la relativa procedura sia pendente. C'è invero un'ulteriore possibilità: che lo straniero si sia visto rigettata una domanda di protezione internazionale, senza aver nel frattempo ottenuto un altro permesso di soggiorno dallo Stato che abbia rigettato la domanda o altrove. Questo ne fa un migrante irregolare allo stesso modo di uno che non abbia mai presentato domanda senza aver titolo di ingresso e/o soggiorno.

Quid iuris se il cittadino di Stato terzo fermato alla frontiera o nei pressi, che non abbia mai presentato domanda di protezione internazionale, ne manifesti l'intenzione alle autorità di frontiera o alle forze di polizia le quali, avendo verificato l'irregolarità della sua presenza nel territorio statale, siano in procinto di provvedere alla sua riammissione informale verso lo Stato confinante, dal quale proviene? L'*entry level* delle richieste di asilo è disciplinato nell'art. 20 del reg. 604/2013 (c.d. Dublino III): lo Stato che riceva per la prima volta una domanda di protezione internazionale ha l'obbligo di avviare la procedura di determinazione dello Stato competente secondo i noti criteri enunciati nel medesimo regolamento. Il cortocircuito tra le due diverse discipline è così solo apparente, perché il trasferimento non è a sua volta oggetto di un obbligo tale da entrare in conflitto con quello di «pre-esame» della domanda di asilo ai fini dell'individuazione della competenza. Il carattere informale della procedura di riammissione/trasferimento non può essere di ostacolo in proposito, in quanto la domanda di asilo può essere presentata anche in forma non scritta (art. 20, par. 2 del regolamento «Dublino III»). In tal caso della domanda dovrà essere redatto verbale ad opera delle autorità che l'hanno ricevuta, il quale non dovrà necessariamente essere istantaneo: di qui un ulteriore argomento a favore della conciliabilità della presentazione della domanda di protezione internazionale con il carattere informale della procedura di riammissione (la quale, s'intende, in caso di domanda dovrà essere immediatamente interrotta). Infatti, secondo l'art. 20, par. 2 del regolamento Dublino III, il periodo che

75. A. Di Pascale, *op. cit.*, p. 37 ss., dove l'analisi è svolta riguardo alle regole sulle frontiere esterne.

intercorre tra la dichiarazione di volontà e la stesura del relativo verbale «deve essere quanto più breve possibile».

In termini più generali, dall'art. 6 della dir. 2013/32 (Procedure – rifusione) la Corte di giustizia ha desunto l'obbligo degli Stati membri di garantire che le persone interessate possano essere in grado di esercitare in modo effettivo il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale, anche alle loro frontiere, non appena ne manifestino la volontà⁷⁶. Nell'*affaire* sulle zone di transito ungheresi, l'inadempimento dell'Ungheria rispetto all'obbligo predetto è stato ricondotto al fatto che le autorità nazionali consentivano la richiesta di protezione internazionale solo nelle due zone di transito dedotte in giudizio, nelle quali si ammetteva l'ingresso di un numero giornaliero di migranti molto limitato, con il risultato di lasciarne a migliaia senza la possibilità di chiedere l'asilo e accedere alla procedura. L'assonanza con la situazione qui ipotizzata è evidente.

Ancora, a scongiurare il cortocircuito tra l'informalità della procedura di riammissione, nel cui quadro sarebbe presentata la domanda di protezione internazionale, e il radicamento della stessa presso lo Stato che vorrebbe effettuare la riammissione, vale anche la dir. 2013/32 (Procedure – rifusione): questa menziona tra le autorità statali preposte a ricevere la domanda di protezione la polizia e le guardie di frontiera (art. 6, par. 1, co. 3) e dispone che gli Stati debbano provvedere affinché chi abbia presentato una domanda di protezione internazionale abbia l'effettiva possibilità di inoltrarla quanto prima (art. 6, par. 2)⁷⁷. Il richiedente ha diritto di rimanere nello Stato membro durante l'esame della domanda (art. 9 della direttiva Procedure – rifusione): ciò scongiura il trasferimento.

La procedura «di pre-esame» predetta può risultare nell'individuazione di uno Stato diverso quale competente a occuparsi della domanda e ad eventualmente accordare la protezione internazionale: in questo caso lo «Stato del confine» non potrà effettuare il trasferimento *ex art. 23-bis* del Codice Frontiere Schengen o una riammissione informale sulla base di un'intesa bilaterale, ma dovrà attivare la procedura di presa in carico del richiedente ai sensi dell'art. 21 del reg. 604/2013. Si può anzi applicare per analogia, o per estensione, l'art. 21, par. 2, che in caso di domanda presentata in seguito a rifiuto di ingresso o di soggiorno, o di arresto per soggiorno irregolare, attribuisce allo Stato richiedente la presa in carico il diritto di sollecitare una risposta urgente. Questo vale anche se lo Stato competente risulti essere quello confinante, che senza la domanda di asilo avrebbe dovuto essere lo Stato ricevente il trasferimento.

76. Corte giust., sentenza della Corte (grande sezione) del 17 dicembre 2020, *Commissione c. Ungheria*, causa C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029, punto 106. Si vedano anche i punti precedenti, a partire dal punto 95.

77. Cfr. in proposito, in merito alle domande di asilo presentate nelle zone di transito istituite dall'Ungheria ai confini, Corte giust., *Commissione c. Ungheria*, cit., punti 88-93.

È opportuno ulteriormente giustificare le osservazioni precedenti alla luce del fatto che, nell'art. 21 del reg. 604/2013, la richiesta di presa in carico è oggetto di una facoltà dello Stato che abbia ricevuto la domanda di asilo. Ebbene, questa facoltà sussiste rispetto alla decisione di tale Stato di esaminare esso stesso la domanda di protezione internazionale pur ritenendo che la competenza non gli spetti, sulla base delle clausole dell'art. 17 del regolamento «Dublino III». All'esercizio di quella facoltà non si può invece rinunciare a favore del trasferimento *ex art. 23-bis* del regolamento «Codice Frontiere Schengen» o nel quadro di accordi o intese bilaterali, perché lo Stato è tenuto a garantire il diritto di asilo *ex art. 18* della Carta dei diritti fondamentali.

L'alternativa ipotizzata è che il cittadino di Stato terzo, fermato in posizione di irregolarità e in quanto tale soggetto alla procedura di riammissione informale/trasferimento, abbia già presentato domanda di protezione internazionale presso un altro Stato membro e la procedura sia pendente. Questa situazione realmente attiva un cortocircuito, poiché costituisce il presupposto di due diverse situazioni giuridiche soggettive tra loro confliggenti. La prima è una facoltà avente come oggetto la decisione di effettuare il trasferimento immediato dello straniero nello Stato membro dal quale è entrato o ha cercato di entrare (in precedenza esaminata); la seconda è la facoltà di presentare una richiesta di ripresa in carico del richiedente allo Stato membro in cui questi abbia presentato la domanda di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 24 del regolamento «Dublino III», se lo Stato in procinto di effettuare il trasferimento sia persuaso della competenza di questo circa l'esame della domanda. Secondo il nuovo testo dell'art. 6, par. 3 della direttiva Rimpatri, completata la procedura di trasferimento lo Stato membro ricevente è tenuto a emettere una decisione di rimpatrio. È dunque evidente che il trasferimento nel territorio dal quale il richiedente irregolarmente proviene non può essere effettuato perché inficerebbe il diritto dell'interessato di chiedere l'asilo. Le autorità che stanno effettuando il trasferimento, sotto il vincolo dell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, devono pertanto fermare questa procedura per attivare invece quella di ripresa in carico ad opera dello Stato dinanzi al quale è pendente la richiesta di protezione internazionale. Lo stesso si deve concludere, a stretto rigore, se lo Stato dinanzi al quale la procedura di asilo è pendente sia lo Stato che deve ricevere il cittadino di Stato terzo in esito al trasferimento. In questo caso, però, non c'è dubbio che tale Stato non possa procedere al rimpatrio, a causa del diritto dei richiedenti a rimanere in attesa che la procedura si sia conclusa.

Qualora ricorra la seconda delle due alternative ipotizzate – quella, cioè, in cui lo straniero fermato alla frontiera o in una zona limitrofa in situazione irregolare abbia già presentato altrove domanda di protezione internazionale – una soluzione immediata è fornita dall'art. 6, par. 2 della direttiva Rimpatri. Secondo l'opportuna modifica inserita nell'Orientamento generale al testo proposto dalla Commissione, questa disposizione può

essere applicata dallo Stato che riprende uno straniero in esito a una procedura di trasferimento, in deroga all'obbligo di emettere una decisione di rimpatrio. A sensi dell'art. 6, par. 2 della direttiva, lo straniero in possesso di un'autorizzazione al soggiorno in un altro Stato membro, qual è il caso di un richiedente asilo, dovrà recarsi immediatamente nel territorio di quest'altro Stato membro. Com'è ovvio, questa disposizione può trovare applicazione anche prima del trasferimento con l'effetto di evitarlo.

Un cittadino di Stato terzo che abbia già ottenuto la protezione internazionale in un altro Stato membro (compreso quello confinante) è invece a tutti gli effetti un migrante irregolare e, se rifiuti di tornare nello Stato in cui abbia ottenuto il riconoscimento dello *status*, in linea di principio rientra nell'ambito di applicazione della direttiva «Rimpatri»: lo ha chiarito la Corte di giustizia in una recente sentenza⁷⁸. Ne consegue, a mio avviso, che può essere soggetto a trasferimento o a riammissione informale nello Stato confinante.

In sintesi, la disciplina vigente permette il coordinamento tra trasferimenti e riammissioni informali e il sistema comune di asilo⁷⁹. Il carattere sommario delle pratiche in esame desta tuttavia molte preoccupazioni sulla sua puntuale realizzazione: sia riguardo alla possibilità che al migrante fermato sia effettivamente lasciata la possibilità di avanzare una richiesta di protezione internazionale, sia riguardo alla flessibilità delle autorità nazionali coinvolte sulla necessità di interrompere la procedura in corso per attivare, presso autorità diverse, la procedura di presa in carico disciplinata dal reg. Dublino III. Non si tratta di guardare il futuro con pessimismo, ma di trarre lezioni dalla prassi pregressa: non mancano testimonianze su negazioni anche reiterate del diritto di chiedere l'asilo in costanza di una riammissione informale⁸⁰. È emblematica al riguardo la citata vicenda del cittadino di Stato terzo che, essendo stato respinto al confine italo-sloveno, aveva ottenuto dal Tribunale di Roma un'ordinanza favorevole, la quale per l'effetto dichiarava il suo diritto a presentare domanda di protezione internazionale in Italia. Infatti, l'accordo bilaterale di riammissione tra Italia e Slovenia si applicava anche ai richiedenti asilo⁸¹. Per ovviare, nella disciplina dei trasferimenti stabilita dall'art. 23-*bis*, potrebbe per esempio essere utile prevedere che, nel provvedimento di respingimento/rifiuto di soggiorno, le autorità nazionali registrino la mancata presentazione di una richiesta di protezione internazionale ovvero la risposta negativa dello straniero alla domanda circa l'avvenuta presentazione di una tale richiesta altrove. È auspicabile che il Parlamento europeo, dove siedono personalità sensibili al tema

78. Corte giust., *M. e A.*, cit., punto 30.

79. Critica invece la proposta di riforma anche per il fatto di consentire l'aggiramento del regolamento Dublino III *ECRE Comments*, cit., p. 14, non è chiaro se per una visione pessimistica fondata sulla prassi attuata finora, che qui si condivide (v. subito *infra*), oppure se per un'interpretazione diversa dell'assenza di coordinamento.

80. M. Astuti, C. Bove, A. Brambilla, A. Lici, E.S. Rizzi, U. Stege, I. Stojanova, *op. cit.*, p. 22.

81. L'ordinanza si legge in https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/01/Tribunale-Roma_RG-564202020.pdf. A commento, A. Brambilla, C. Bove, *(In)compatibilità delle procedure di riammissione ai confini interni e dei comportamenti ad esse preordinate con il diritto dell'Unione Europea*, in *ADiM Blog*, aprile 2021.

dell'asilo, approvi un testo modificato in tal senso. Analogo auspicio si può formulare nei riguardi della Commissione, che potrebbe inserire informazioni del genere nel modello di accordo o intesa bilaterale che si propone di predisporre a supporto degli Stati membri.

7. Conclusioni sul risultato delle modifiche proposte e sul loro prezzo

La direzione presa in tema di riammissioni informali alle frontiere interne dal testo sul quale Commissione e Consiglio hanno espresso convergenza è quella di farne un elemento qualificante del contrasto all'immigrazione irregolare e ai movimenti secondari, in raccordo con le iniziative di potenziare e sviluppare la cooperazione transnazionale di polizia contemporaneamente avviate. Con le modifiche apportate al Codice Frontiere Schengen e alla direttiva Rimpatri, la cornice giuridica delle riammissioni informali raddoppierebbe: da un lato esse continuerebbero a poter essere attuate sulla base di accordi o intese bilaterali, anche di nuova stipulazione, senza aggiungere all'attuale quadro normativo cautele o garanzie di sorta; dall'altro lato, sarebbero introdotte regole uniformi sul c.d. trasferimento di persone fermate alle frontiere interne, che troverebbero applicazione in alternativa.

La procedura di trasferimento delineata nel nuovo art. 23-*bis* del regolamento affronta in modo sostanzialmente appropriato alcuni dei punti critici emersi dalla prassi delle riammissioni informali in questi anni. Il suo merito maggiore è quello di chiarire che la deroga rappresentata dalle riammissioni informali rispetto alla procedura di rimpatrio non può comportare la mancanza totale di provvedimenti amministrativi contro i quali cercare una tutela giurisdizionale *ex art.* 47 della Carta dei diritti fondamentali. Purtroppo, però, per la formulazione del nuovo art. 6, par. 3 della direttiva Rimpatri, la nuova procedura sembra suscettibile solo di un'applicazione residuale, con il risultato che la sua impostazione può solo influenzare indirettamente gli Stati che effettuino riammissioni informali sulla base di accordi o intese bilaterali. Questi ultimi seguiranno a costituire spazi in cui la regolamentazione è interamente lasciata agli Stati membri. C'è anzi da aspettarsi che, rimossa la clausola di sospensione, questi accordi si espandano in numero e contenuto, con prospettive non confortanti per lo spazio senza controlli alle frontiere interne⁸².

Sotto il profilo della tutela dei diritti dei migranti, che è di primo piano per le grandi carenze finora rilevate, ad un approccio formale questa scelta non deve destare preoccupazioni. Si è visto infatti che gli Stati membri non possono attuare accordi e intese bilaterali sulle riammissioni in spregio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, perché nel farlo si muovono nel cono d'ombra della Carta ai sensi dell'art. 51, par. 1 di quest'ultima. Riguardo ai trasferimenti *ex art.* 23-*bis* la questione neppure si pone, essendo previsti dal

82. Meijers Committee, *CM2205 Commentary on the Commission Proposal Amending the Schengen Borders Code (COM(2021)891)*, Amsterdam, May 2022, p. 7.

regolamento. Purtroppo, però, la prassi pluriennale ha dimostrato in quale ampia misura le riammissioni informali si prestino a violazioni anche gravi dei diritti fondamentali. In una prospettiva di politica del diritto, è necessario chiedersi se il risultato valga pagare il prezzo di questo rischio.

Qual è, in effetti, il risultato cui mira l'“istituzionalizzazione” delle riammissioni informali?

Esse si caratterizzano per l'effetto di “liberare” uno Stato membro, grazie a un carico amministrativo minimo e alla celerità dei tempi, dal cittadino di Stato terzo che si sia introdotto nel suo territorio in modo irregolare attraverso una frontiera interna, per ricondurlo nello Stato membro di provenienza. In particolare, il primo Stato viene sollevato dall'onere di gestire la procedura di rimpatrio verso lo Stato di cittadinanza dello straniero o altro, incluso l'eventuale trattenimento se l'interessato non intenda lasciare il Paese e ricorrano le condizioni previste, e compresa altresì l'eventualità di un fallimento della procedura. La conseguenza di tale “liberazione” è, tipicamente, che degli oneri predetti debba farsi carico lo Stato che riprende nel proprio territorio il cittadino di Stato terzo, a meno che questi non disponga già di un titolo di soggiorno in un altro Stato membro e decida di farvi ritorno spontaneamente, ovvero che su queste vicende si innestino richieste di protezione internazionale. Lo Stato della ripresa in carico potrà costituire il luogo di residenza del cittadino di Stato terzo, nel qual caso il trasferimento rappresenta un sicuro e coerente strumento di contrasto degli aborriti movimenti secondari. Tale Stato potrà parimenti rappresentare per il cittadino di Stato terzo un mero territorio di transito o il luogo di ingresso nell'Unione, a seconda della vicenda migratoria dell'interessato o della rotta in cui si sia incardinato. Nel primo caso, l'attribuzione dell'onere del rimpatrio sullo Stato di transito può rappresentare un fattore di riequilibrio tra gli Stati membri rispetto all'onere derivante dal fatto di costituire un punto di arrivo delle rotte migratorie oppure il luogo di primo ingresso nell'Unione. Nel secondo caso, caricare lo Stato di primo ingresso anche dell'onere del rimpatrio contribuisce allo squilibrio delle situazioni di fatto e delle posizioni giuridiche degli Stati membri: qualunque sia la nozione di solidarietà accolta nel caso specifico, il rispetto dell'art. 80 TFUE sembra discutibile. Più in generale, la cecità della procedura verso la situazione degli Stati coinvolti impedisce di vedere in essa alcuna solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri⁸³.

É invece tangibile l'effetto di ristabilire la materialità dei confini interni per i cittadini di Stati terzi: così, come prezzo che sembra doversi pagare per l'“istituzionalizzazione” delle riammissioni informali, all'alto rischio di violazioni dei diritti fondamentali degli stranieri si aggiunge lo svuotamento, se non il tradimento, del primo obiettivo della politica dei controlli

83. In modo molto significativo, rilevano come la prassi delle riammissioni sia espressione di un rapporto conflittuale tra Stati confinanti, I. Barbero, G. Donadio, *La externalización interna*, cit., p. 159.

alle frontiere che è, in relazione alle frontiere interne, «garantire l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità» (art. 77, par. 1, lett. a)). Anche questo risultato era invero già all'orizzonte: secondo gli orientamenti raccomandati dalla Commissione agli Stati nel 2017, le riammissioni ai confini interni sulla base di accordi bilaterali rendono possibile un risultato analogo al ripristino delle verifiche di frontiera, «limitando al tempo stesso l'impatto sulla circolazione dei viaggiatori in buona fede»⁸⁴. Il ruolo preminente attribuito alle riammissioni informali dalla modifica normativa renderebbe questo risultato sempre più nitido, facendo di Schengen sempre più un'illusione.

84. *Raccomandazione (UE) 2017/820 della Commissione*, cit., considerando n. 19.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

LA RIFORMA DEL SISTEMA DI INFORMAZIONE VISTI: TRA ESIGENZE DI SICUREZZA DELLO SPAZIO SCHENGEN E ISTANZE DI TUTELA DEI RICHIEDENTI IL VISTO

di Simone Marinai

***Abstract:** Il sistema di informazione visti (VIS) ha progressivamente assunto un ruolo di rilievo in funzione dell'attuazione della politica dei visti dell'Unione europea. Dopo aver richiamato i principali caratteri della politica comune dei visti e gli elementi di criticità che emergono dall'esame della stessa, particolare attenzione è stata prestata alle novità recentemente apportate dai regolamenti 2021/1133 e 2021/1134, in relazione ai quali sono stati analizzati alcuni profili rilevanti dal punto di vista del rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini di Stati terzi la cui posizione viene valutata sulla base della consultazione del VIS. Nonostante che il VIS rappresenti uno strumento fondamentale in funzione del rafforzamento della politica dell'immigrazione in termini di efficienza e sicurezza, le recenti riforme pongono problemi dal punto di vista delle istanze di tutela degli individui. Profili di criticità sono emersi, tra l'altro, in ragione della natura sensibile dei dati biometrici che vengono trattati dal VIS. Ad esempio, effetti potenzialmente discriminatori possono derivare dall'impiego del software di riconoscimento facciale. Inoltre, fonte di perplessità è costituita dall'utilizzo di meccanismi automatizzati che, con logica probabilistica, applicano indicatori di rischio specifici, o ancora dalla scelta di integrare pienamente il VIS con i meccanismi di interoperabilità che mettono tra loro in comunicazione i diversi sistemi di informazione istituiti nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.*

***Abstract:** In the implementation of the common EU visa policy, the Visa Information System (VIS) has progressively assumed a critical role, a position that has been amplified by the late reforms brought about by Regulation (EU) 2021/1133 and Regulation (EU) 2021/1134. However, these developments have not been unproblematic. In this regard, the article opens by recalling the main features of the common visa policy and explores the issues that surfaced from it. It then moves on to discuss the changes introduced by the mentioned regulations. In particular, it discusses the issues surrounding the mechanisms in place to safeguard third-country nationals' fundamental rights by law enforcement operatives accessing their stored data on the IT system. Indeed, although the VIS has strengthened European immigration policies in terms of efficiency and security, these reforms have raised several questions about the protection of individuals' data. For example, issues have emerged regarding the proper handling of sensitive biometric data processed by VIS due to the potentially biased effects that facial recognition software may have. Other questions have considered the use of algorithmic risk assessment tools and the choice to fully integrate the VIS data storage with the interoperability mechanisms that connect the various information systems within the area of freedom, security and justice.*

© 2017-2022 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.

ISSN 1972-4799

LA RIFORMA DEL SISTEMA DI INFORMAZIONE VISTI: TRA ESIGENZE DI SICUREZZA DELLO SPAZIO SCHENGEN E ISTANZE DI TUTELA DEI RICHIEDENTI IL VISTO

di Simone Marinai*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La politica comune dei visti: inquadramento generale e profili di criticità. – 3. Il sistema di informazione visti (VIS). – 4. L’ampliamento degli obiettivi e dell’ambito di applicazione del VIS. – 5. I dati biometrici raccolti nel VIS. – 6. Il rilievo attribuito agli indicatori di rischio specifici. – 7. L’interoperabilità con gli altri sistemi di informazione dell’UE. – 8. Riflessioni conclusive alla luce dei dati emersi nel corso dell’indagine.

1. Premessa

Il ricorso alle tecnologie digitali è divenuto negli ultimi anni un elemento centrale nell’ambito delle misure adottate dall’Unione europea in funzione dello sviluppo della propria politica di immigrazione e asilo¹.

In particolare, la creazione di banche dati elettroniche sempre più pervasive che consentono la raccolta e la verifica di dati biometrici viene considerato ormai uno strumento irrinunciabile per agevolare la gestione dei flussi migratori e garantire la sicurezza dell’area Schengen.

* Professore associato di Diritto dell’Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pisa. Il presente contributo è stato realizzato nell’ambito del *Proyecto de I+D*, finanziato dal *Ministerio de Economía y Competitividad* spagnolo, sul tema *Inmigración marítima, Estrategias de Seguridad y protección de valores europeos en la región del Estrecho de Gibraltar*, PID2020-114923RB-100 (P.I.: Prof. M.A. Acosta).

1. Con riferimento al crescente ricorso alle tecnologie digitali nell’ambito della politica di immigrazione e asilo dell’Unione europea ed ai connessi problemi in termini di rispetto dei diritti fondamentali degli individui, v. ad es. E. Brouwer, *Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; V. Mitsilegas, *Databases in the area of freedom, security and justice: Lessons for the centralisation of records and their maximum exchange*, in C. Stefanou, H. Xanthaki (eds.), *Towards a European Criminal Record*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 311; J. Rijpma, *Brave New Borders: The EU’s Use of New Technologies for the Management of Migration and Asylum*, in M. Cremona (ed.), *New Technologies and EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 197; P. Hanke, D. Vitiello, *High-Tech Migration Control in the EU and Beyond: The Legal Challenges of “Enhanced Interoperability”*, in E. Carpanelli, N. Lazzarini (eds.), *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, Cham, Springer, 2019, p. 3 e spec. p. 11 ss.; N. Vavoula, *The “Puzzle” of EU Large-Scale Information System for Third-Country Nationals: Surveillance of Movement and Its Challenges for Privacy and Personal Data Protection*, in *European Law Review*, 2020, p. 348; S. Marinai, *Il controllo delle frontiere e la lotta all’immigrazione irregolare*, in A.M. Calamia, M. Gestri, M. Di Filippo, S. Marinai, F. Casolari, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 197 e spec. p. 216 ss.; Id., *Il rafforzamento del controllo digitale nel nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo*, in *Annali AISDUE*, Vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 395.

Tra i vari sistemi di informazione istituiti dall'Unione europea devono essere quanto meno citati il SIS (sistema informativo Schengen), l'Eurodac (sistema dattiloscopico inizialmente nato per gestire le richieste di protezione internazionale), il VIS (sistema di informazione visti) e, più di recente, l'EES (sistema IT automatico per la registrazione di ingressi e uscite), l'ETIAS (sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi) e l'ECRIS-TCN (sistema europeo di informazione sui casellari giudiziali riguardo ai cittadini di Paesi terzi)².

Ciascuna di tali banche dati è stata creata in funzione del perseguimento di finalità ben specifiche, ma l'esigenza di accrescere l'efficienza dei meccanismi di cooperazione tra le autorità degli Stati membri ha spinto le istituzioni dell'Unione a favorire l'interoperabilità tra i medesimi sistemi di informazione³. Grazie alle sempre più avanzate soluzioni tecnologiche disponibili, è infatti possibile far “dialogare” fra loro le citate banche dati, in modo tale da sfruttare al massimo le informazioni che all'interno delle stesse sono raccolte. Ciò produce l'effetto di aumentare in modo esponenziale i dati a disposizione delle diverse autorità, con conseguenze senz'altro positive in termini di efficacia delle misure di contrasto alle attività criminali. D'altra parte, l'interoperabilità tra i sistemi informativi dell'Unione può mettere a rischio il rispetto di diritti fondamentali quali, ad es., quelli relativi alla tutela della vita privata, alla protezione dei dati personali, al principio di non discriminazione.

Nell'ambito del presente contributo soffermeremo la nostra attenzione sul VIS, che verrà analizzato in particolare alla luce delle novità che ad esso sono state recentemente

2. Per una sintetica panoramica sui diversi sistemi di informazione dell'UE utilizzati in materia di immigrazione ed asilo e per più puntuali riferimenti ai rispettivi strumenti istitutivi, v. FRA - Consiglio d'Europa, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Vienna - Strasburgo, Publications Office, 2020, p. 51 ss.

3. V. regolamento (UE) 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20.5.2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore delle frontiere e dei visti e che modifica i regolamenti (CE) 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 e (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio e le decisioni 2004/512/CE e 2008/633/GAI del Consiglio, in GUUE L 135 del 22.5.2019, p. 27; regolamento (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20.5.2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 e (UE) 2019/816, in GUUE L 135 del 22.5.2019, p. 85. A commento dei due regolamenti e, più in generale, sull'obiettivo di assicurare l'interoperabilità tra i diversi sistemi di informazione dell'Unione, v. E. Brouwer, *Large-scale databases and interoperability in migration and border policies*, in *European Public Law*, 2020, p. 71; G. Caggiano, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, p. 170; N. Vavoula, *Interoperability of EU Information Systems: The Deathblow to the Rights to Privacy and Personal Data Protection of Third-Country Nationals?*, in *European Public Law*, 2020, p. 131; C. Blasi Casagran, *Fundamental Rights Implications of Interconnecting Migration and Policing Databases in the EU*, in *Human Rights Law Review*, 2021, p. 433.

apportate dai regolamenti 2021/1133⁴ e 2021/1134⁵. L'obiettivo che ci proponiamo, peraltro, non è quello di compiere un esame dettagliato degli strumenti normativi appena richiamati, quanto piuttosto quello di evidenziarne alcuni dei profili maggiormente rilevanti dal punto di vista del rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini di Stati terzi la cui posizione viene valutata sulla base della consultazione del VIS.

Prima però di affrontare più da vicino tali questioni, occorre preliminarmente fare un più generale cenno alla politica comune dei visti sviluppata dall'Unione europea, considerato che è proprio in tale contesto che viene ad inserirsi la recente riforma del VIS.

2. La politica comune dei visti: inquadramento generale e profili di criticità

Lo sviluppo di una politica comune di visti a livello di Unione europea si inserisce tra le misure di accompagnamento che, a partire dagli Accordi di Schengen, sono state introdotte in funzione dell'obiettivo di eliminare i controlli alle frontiere interne tra gli Stati membri. Gli Stati membri, infatti, fin da allora si erano dichiarati disposti ad accettare l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne solo a condizione di vedere rafforzati i controlli alle frontiere esterne e sviluppare altre politiche comuni, tra cui quella di visti, mediante le quali poter evitare flussi incontrollati provenienti da Stati considerati "a rischio" dal punto di vista dell'immigrazione e del soggiorno irregolare⁶.

Bisogna ricordare, infatti, che il visto è un atto di natura autorizzatoria, espressione del potere sovrano, riconosciuto agli Stati secondo il diritto internazionale, di controllare l'ingresso degli stranieri sul loro territorio⁷. Il visto attesta l'avvenuto controllo sulla liceità degli scopi dell'ingresso e della durata del soggiorno, esprimendo un assenso preliminare

4. Regolamento (UE) 2021/1133 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7.7.2021, che modifica i regolamenti (UE) 603/2013, (UE) 2016/794, (UE) 2018/1862, (UE) 2019/816 e (UE) 2019/818 per quanto riguarda la definizione delle condizioni di accesso agli altri sistemi di informazione dell'UE ai fini del sistema di informazione visti, in GUUE L 248 del 13.7.2021, p. 1.

5. Regolamento (UE) 2021/1134 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7.7.2021, che modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (CE) n. 810/2009, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1860, (UE) 2018/1861, (UE) 2019/817 e (EU) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga le decisioni 2004/512/CE e 2008/633/GAI del Consiglio, ai fini della riforma del sistema di informazione visti, in GUUE L 248 del 13.7.2021, p. 11.

6. In tal senso, v. M. Di Filippo, *Contrasto dell'immigrazione irregolare e conseguenze negative sullo status del migrante: il caso del richiedente visto nel diritto dell'Unione europea*, in A.C. Amato Mangiameli, L. Daniele, M.R. Di Simone, E. Turco Bulgherini (a cura di), *Immigrazione, Marginalizzazione, Integrazione*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 257 e spec. p. 260.

7. V. Conclusioni dell'Avvocato generale P. Mengozzi del 11.4.2013, *Koushkaki*, causa C-84/12, punto 47; Conclusioni dell'Avvocato generale P. Pikamäe del 9.9.2020, *Minister van Buitelandse Zaken*, cause riunite C-225/19 e C-226/19, punto 58.

all'ammissione dello straniero sul territorio statale⁸. Mediante l'impiego di tale strumento, gli Stati membri dell'Unione svolgono un previo filtraggio degli arrivi alle frontiere esterne, demandando alle Rappresentanze diplomatiche o consolari poste negli Stati terzi la valutazione della situazione personale del richiedente, dei motivi di viaggio e dei requisiti stabiliti per l'ingresso⁹.

Le basi giuridiche che attualmente consentono all'UE di occuparsi della materia dei visti sono contenute negli artt. 77 e 79 TFUE, in virtù dei quali le istituzioni dell'Unione possono adottare misure sia in relazione ai visti di breve durata, sia in relazione ai visti di lunga durata.

Diversi sono i profili che ad oggi sono stati disciplinati nell'ambito della politica in questione. È stato introdotto un formato uniforme per il visto adesivo¹⁰. Sono stati stabiliti elenchi comuni agli Stati membri con l'indicazione dei cittadini di Stati terzi che devono essere in possesso del visto per soggiorni di breve durata (c.d. lista nera) e di quelli invece che sono esentati da tale adempimento (c.d. lista bianca)¹¹. Sono state disciplinate, nel Codice visti, procedure e condizioni uniformi per il trattamento delle domande di visto e per il rilascio dei visti per soggiorni di breve durata¹². È stato infine creato il sistema di informazione visti (VIS) sul quale torneremo più diffusamente nel prosieguo del presente contributo.

Gli strumenti appena menzionati hanno avuto senz'altro il merito di introdurre, per gli Stati dell'area Schengen, una disciplina uniforme che consente al possessore del visto di circolare liberamente all'interno di tali Stati per un periodo massimo di 90 giorni.

L'aver stabilito condizioni e procedure uniformi per il rilascio di visti di corta durata rappresenta un primo importante passo per perseguire l'obiettivo di ridurre il fenomeno del *visa shopping*, ovvero della possibilità che l'interessato scelga il Paese al quale chiedere il

8. In tal senso v. ad es. P. Bonetti, *Profili generali e costituzionali*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, CEDAM, 2004, p. 203 e spec. pp. 211-212.

9. V., in tal senso, M. Gestri, *La mobilità internazionale nel diritto consuetudinario e nella normativa sui diritti umani*, in A.M. Calamia, M. Gestri, M. Di Filippo, S. Marinai, F. Casolari, *op. cit.*, p. 133 e spec. pp. 155-156.

10. Regolamento (CE) 1683/95 del Consiglio, del 29.5.1995, che istituisce un modello uniforme per i visti, in GUCE L 164 del 14.7.1995, p. 1.

11. Regolamento (UE) 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14.11.2018, 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, in GUUE L 303 del 28.11.2018, p. 39.

12. Regolamento (CE) 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13.7.2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (Codice dei visti). A commento del regolamento in questione, v. A. Melloni, *Visa Code Regulation (EC) No 810/2009*, in D. Thym, K. Hailbronner (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary*, 3rd ed., München - Oxford - Baden-Baden, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2022, p. 84.

rilascio del visto dopo aver valutato quale delle normative dei singoli Stati membri sia maggiormente favorevole¹³.

Non pochi sono però gli elementi di criticità della politica comune dei visti, a partire dal fatto che la stessa, attualmente, riguarda essenzialmente i visti di corta durata, mentre i visti di lunga durata continuano ad essere disciplinati dalle normative stabilite dai singoli Stati membri.

La politica dei visti dell'Unione è stata poi da più parti criticata per il suo carattere discriminatorio¹⁴. In proposito, va considerato che le condizioni in base alle quali i cittadini di uno Stato terzo sono collocati all'interno delle già richiamate liste (bianca o nera) non sono basate su criteri sufficientemente definiti ed oggettivi¹⁵, con la conseguenza che la formazione delle predette liste (e le numerose modifiche ad esse apportate rispetto all'originaria versione del regolamento 539/2001) ha portato a dubitare che le stesse possano essere fonte di discriminazione su base razziale, etnica, religiosa, o ancora sulla base del censo.

A ciò si aggiunga che anche i criteri che il Codice visti prevede per il rilascio di un visto per soggiorni di breve durata possono avere per loro natura carattere discriminatorio. Il visto può infatti essere rifiutato, tra l'altro, qualora vi siano ragionevoli dubbi sull'intenzione del richiedente di lasciare il territorio prima della scadenza del visto¹⁶. Sia dall'allegato II del Codice visti, sia dal Manuale per il trattamento delle domande di visto¹⁷ si ricava l'indicazione che, al fine di verificare la sussistenza di un rischio di immigrazione irregolare e dell'intenzione del richiedente di lasciare il territorio dell'Unione prima della scadenza del visto, debbano essere valutati i legami familiari o altri legami personali del richiedente nello Stato di residenza e nello Stato membro, il suo *status* coniugale, la situazione lavorativa, la regolarità ed il livello delle fonti di reddito, lo *status* sociale, il possesso di proprietà immobiliari. È già stato osservato che i requisiti in questione avallino una visione elitaria

13. Bisogna peraltro tener conto che il fenomeno del *visa shopping* è proseguito anche dopo l'adozione del Codice visti, considerato che le condizioni e le procedure comuni previste da tale strumento normativo non sempre vengono applicate allo stesso modo da parte delle autorità dei diversi Stati membri.

14. V., ad es., R. Cholewinski, *Borders and Discrimination in the European Union*, ILPA - Migration Policy Group, Brussels, 2002, p. 20; M. den Heijer, *Visas and Non-discrimination*, in *European Journal of Migration and Law*, 2018, p. 470 e spec. p. 480 ss.

15. Ai sensi dell'art. 1 del reg. 2018/1806, cit., tali criteri «attengono, in particolare, all'immigrazione clandestina, all'ordine pubblico e alla sicurezza, ai vantaggi economici, segnatamente in termini di turismo e commercio estero, e alle relazioni esterne dell'Unione con i Paesi terzi in questione, includendo anche considerazioni relative ai diritti umani e alle libertà fondamentali nonché tenendo conto delle implicazioni di coerenza regionale e reciprocità».

16. V. art. 32, par. 1, lett. b) del reg. 810/2009, cit.

17. V. Allegato della decisione di esecuzione della Commissione che modifica la decisione della Commissione C(2010) 1620 definitivo per quanto riguarda la sostituzione del manuale per il trattamento delle domande di visto e la modifica dei visti già rilasciati (Manuale per il Codice dei visti I), C(2020) 395 final, del 28.1.2020, p. 72 ss.

della valutazione che devono compiere i Consolati per la concessione del visto¹⁸. A ciò si aggiunga che la selezione basata sul censo può, anche indirettamente, produrre effetti discriminatori in considerazione del fatto che, ancora in molte parti del mondo, fattori quali il sesso o il colore della pelle continuano ad incidere sulle condizioni socio-economiche degli individui¹⁹.

Altro profilo problematico della politica dei visti è legato al regime di condizionalità che è stato di recente introdotto, a seguito della riforma del Codice dei visti, al fine di sanzionare i Paesi terzi che non si dimostrino pronti a cooperare con l'Unione europea nell'attuazione degli obblighi di riammissione dei loro cittadini che si trovano in posizione irregolare sul territorio dell'UE²⁰. Nonostante che i meccanismi che fanno leva sui visti al fine di favorire le politiche di riammissione siano difficili da giustificare, sia per il fatto che fanno ricadere sui cittadini di Stati terzi la mancata cooperazione imputabile al loro Stato di appartenenza, sia perché ad oggi non si sono rivelati particolarmente efficaci e non hanno fatto altro che esacerbare i rapporti già tesi tra l'Unione europea e determinati Stati terzi in materia migratoria, le istituzioni dell'UE hanno ribadito, anche nell'ambito del Patto sull'immigrazione e l'asilo, che la condizionalità rappresenta un elemento essenziale della politica comune dei visti²¹.

Tra i vari aspetti da considerare per una valutazione complessiva della politica comune dei visti, devono infine essere ricordate le criticità derivanti dall'ampio margine di discrezionalità nelle decisioni di concessione del visto e dalla scarsa trasparenza della

18. Su tale problematico profilo, v. già M. Di Filippo, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea: una geometria variabile dei diritti e delle garanzie*, in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, CEDAM, 2012, p. 160 e spec. pp. 207-208.

19. In tal senso, v. T. Spijkerboer, *The Global Mobility Infrastructure: Reconceptualising the Externalisation of Migration Control*, in *European Journal of Migration and Law*, 2018, p. 452 e spec. pp. 457-458.

20. Si veda, in proposito, il considerando 13 del regolamento (UE) 2019/1155 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20.6.2019, recante modifica del regolamento (CE) 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (Codice dei visti), in GUUE L 188 del 12.7.2019, p. 25. Il meccanismo di condizionalità volto ad assicurare un adeguato livello di cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione dei migranti irregolari viene disciplinato dal nuovo art. 25 *bis* del Codice dei visti, così come introdotto dal regolamento 2019/1155. Su tale meccanismo, v. in senso critico N. Vavoula, *Of Carrots and Sticks: A Punitive Shift in the Reform of the Visa Code*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 5.9.2018, <https://eumigrationlawblog.eu/>; E. Guild, *Amending the Visa Code: Collective Punishment of Visa Nationals?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 10.5.2019, <https://eumigrationlawblog.eu/>; S.F. Nicolosi, *Refashioning the EU Visa Policy: A New Turn of the Screw on Readmission and to Discrimination?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, p. 467 e spec. p. 484 ss. Quale esempio di applicazione del meccanismo di condizionalità in questione, v. Decisione di esecuzione (UE) 2021/1781 del Consiglio, del 7.10.2021, relativa alla sospensione di alcune disposizioni del regolamento (CE) 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio nei confronti della Gambia, in GUUE L 360 dell'11.11.2021, p. 124.

21. V. 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 del 23.9.2020, p. 23 ss. In proposito, v. M. Borraccetti, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in questa *Rivista*, n. 1.2021, p. 1 e spec. p. 9 ss.

relativa procedura. Nonostante che la concessione del visto rappresenti ancora una decisione riconducibile alla sovranità statale, non dovrebbero essere derogate alcune garanzie fondamentali che caratterizzano lo stato di diritto. A ben vedere, però, il Codice dei visti solleva perplessità, sia con riferimento all'obbligo di motivazione della decisione di diniego del visto, sia con riferimento ai mezzi di ricorso contro tale decisione²². Tali perplessità non sono state attenuate dalle recenti modifiche apportate al Codice dei visti²³, in occasione delle quali si è perso una buona opportunità quanto meno per cristallizzare a livello normativo alcune delle garanzie procedurali minime che negli ultimi anni sono state sancite nella giurisprudenza della Corte di giustizia²⁴.

3. Il sistema di informazione visti (VIS)

Una componente fondamentale della politica comune dei visti è rappresentata dal sistema di informazione visti (VIS), istituito con decisione del Consiglio 2004/512²⁵ come soluzione tecnologica finalizzata a scambiare i dati sui visti tra Stati membri. Con tale decisione è stata stabilita l'architettura del VIS, costituita da un sistema centrale di informazione visti e da un'interfaccia nazionale in ciascuno degli Stati membri, oltre che da un'infrastruttura che mette in comunicazione il sistema centrale e le interfacce nazionali.

Con successivo regolamento 767/2008²⁶ del Parlamento europeo e del Consiglio sono stati fissati lo scopo, le funzionalità, le competenze del VIS e sono state definite le condizioni e le procedure per lo scambio di dati tra Stati membri al fine di agevolare l'esame delle domande di visto per soggiorno di breve durata e delle decisioni adottate al riguardo.

Il VIS è quindi una banca dati alla quale hanno accesso le autorità diplomatiche e consolari degli Stati membri dell'area Schengen che sono situate sul territorio degli Stati terzi, nonché le autorità preposte ai controlli alle frontiere esterne dell'Unione.

Nel momento in cui un cittadino di uno Stato terzo richiede il rilascio di un visto alle autorità diplomatiche o consolari di uno Stato membro, queste ultime inseriscono all'interno

22. In proposito, v. M. Di Filippo, *Contrasto dell'immigrazione irregolare e conseguenze negative sullo status del migrante: il caso del richiedente visto nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 266 ss.

23. È significativo che la versione finale del reg. 2019/1155, cit., non abbia ripreso la modifica che l'art. 1, punto 22, della proposta della Commissione COM (2018) 252 final del 14.3.2018 apportava all'art. 32, par. 3, del Codice visti ed in base al quale si intendeva quanto meno garantire che i richiedenti cui sia stato rifiutato il visto avessero il diritto di presentare un ricorso che garantisca in una determinata fase della procedura un ricorso giurisdizionale effettivo.

24. Su tale giurisprudenza, v. F.L. Gatta, *Politica dei visti e stato di diritto: il difficile equilibrio tra sovranità e garanzie procedurali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *European Papers*, 2021, n. 1, p. 599.

25. Decisione 2004/512/CE del Consiglio, dell'8.6.2004, che istituisce il sistema di informazione visti (VIS), in GUUE L 213 del 15.6.2004, p. 5.

26. Regolamento (CE) 767/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9.7.2008, concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata (regolamento VIS), in GUUE L 218 del 13.8.2008, p. 60.

della predetta banca dati informazioni relative alle impronte digitali, la foto ed altri dati ricavabili dalla domanda presentata dall'interessato.

È evidente che, mettendo a disposizione delle autorità diplomatiche e consolari e delle autorità di frontiera una banca dati automatizzata in grado di fornire in tempi rapidi informazioni sul richiedente il visto e su chi già è in possesso dello stesso, è possibile velocizzare le operazioni necessarie per il rilascio dei visti e per i controlli operati in frontiera.

Oltre che agevolare la procedura che viene seguita in relazione alle domande di visto, il VIS contribuisce a prevenire il già citato fenomeno del *visa shopping*. In mancanza di una banca dati centralizzata, infatti, il richiedente visto, dopo essersi visto respingere la propria domanda da parte di uno Stato membro, poteva presentare altra richiesta ad altro Stato membro, confidando nel fatto che difficilmente le autorità dei vari Stati fossero in grado di comunicare tra loro e condividere le informazioni che avevano spinto il primo a respingere la domanda.

Consentendo di svolgere confronti biometrici, principalmente basati sulle impronte digitali, il VIS mira poi ad agevolare la lotta contro la frode di identità e le verifiche che vengono svolte tanto ai valichi delle frontiere esterne, tanto all'interno del territorio degli Stati membri. Inoltre, il VIS può essere utilizzato per facilitare l'individuazione delle persone che non soddisfano le condizioni di ingresso, soggiorno e residenza negli Stati membri, oltre che per agevolare la determinazione dello Stato membro competente per esaminare una domanda di protezione internazionale. Infine, l'utilizzo del VIS contribuisce a prevenire minacce alla sicurezza interna degli Stati membri. Si tenga conto, in proposito, che con decisione 2008/633²⁷ del Consiglio sono state stabilite a quali condizioni le autorità designate degli Stati membri e l'Europol sono in grado di consultare il VIS ai fini della prevenzione, dell'individuazione e l'investigazione di reati di terrorismo ed altri reati gravi. L'accesso al VIS per finalità di contrasto alle attività criminali è consentito solo quando ciò risulti necessario in relazione ad un caso specifico e solo quando vi siano fondati motivi di ritenere che la consultazione della banca dati possa contribuire in modo significativo a tali obiettivi²⁸.

Il VIS è entrato in funzione l'11 ottobre 2011 ed è stato poi gradualmente introdotto nei Consolati di tutti gli Stati membri fino ad essere divenuto operativo a livello mondiale

27. Decisione 2008/633/GAI del Consiglio, del 23.6.2008, relativa all'accesso per la consultazione al sistema di informazione visti (VIS) da parte delle autorità designate degli Stati membri e di Europol ai fini della prevenzione, dell'individuazione e dell'investigazione di reati di terrorismo e altri reati gravi, in GUUE L 218 del 13.8.2008, p. 129.

28. Si vedano, in particolare, gli artt. 5 e 6 della decisione 2008/633/GAI, cit., per le condizioni che devono essere rispettate quando l'accesso al VIS è chiesto dalle autorità designate degli Stati membri e l'art. 7 della stessa decisione per le condizioni che a tal fine devono invece essere rispettate quando l'accesso viene chiesto da parte di Europol.

fin dal 2016²⁹. A seguito di miglioramenti tecnologici apportati sotto la responsabilità di eu-LISA (l'Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia), le capacità di conservazione dei dati all'interno del VIS sono state progressivamente accresciute. In proposito, si osserva che, mentre il VIS nel 2016 aveva una capacità di 60 milioni di registrazioni, a partire dal 2019 la sua capacità è stata accresciuta in modo da poter contenere fino a 100 milioni di registrazioni³⁰. All'interno della banca dati vengono infatti conservate le informazioni derivanti da tutte le domande di visto di corta durata che vengono presentate ai singoli Stati membri e che, annualmente, nel 2019, prima della pandemia, erano circa 17 milioni, salvo poi scendere – evidentemente a causa delle restrizioni alla circolazione internazionale imposte per far fronte alla diffusione del Covid-19 – a 3 milioni nel 2020 ed a 2,5 milioni nel 2021³¹.

La Commissione europea, pur avendo valutato sostanzialmente in modo positivo il funzionamento del VIS³², ha peraltro ritenuto opportuno procedere ad un aggiornamento della relativa disciplina, in modo da poterla rendere maggiormente in grado di rispondere alle nuove sfide che pone il mutato contesto (anche normativo) in cui si applica la politica dei visti³³.

La Commissione ha pertanto elaborato nel 2018 una proposta di modifica del VIS³⁴, che si è andata ad inserire nella più ampia riforma della politica dei visti che ha portato anche alla già citata revisione del Codice dei visti. Nel corso dei negoziati interistituzionali, dopo sei triloghi politici e numerose riunioni tecniche, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno raggiunto nel dicembre 2020 un compromesso sul testo di due regolamenti che poi sono stati pubblicati nel luglio 2021: uno dedicato alle modifiche al VIS (il regolamento 2021/1134) ed uno volto a definire le condizioni di accesso agli altri sistemi di informazione dell'UE ai fini del VIS (il regolamento 2021/1133).

29. V. eu-LISA, *Report on the technical functioning of the Visa Information System (VIS)*, 2020, p. 5.

30. *Ivi*, pp. 6-7.

31. V. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *State of Schengen Report 2022*, COM (2022) 301 final/2 del 24.5.2022, p. 15.

32. V. Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *sull'attuazione del regolamento (CE) 767/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente il sistema di informazione visti (VIS), l'impiego delle impronte digitali alle frontiere esterne e il ricorso ai dati biometrici nella procedura relativa alle domande di visto/valutazione REFIT*, COM (2016) 655 final del 14.10.2016, spec. p. 10 ss.

33. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Adattare la politica comune in materia di visti alle nuove sfide*, COM (2018) 251 final del 14.3.2018.

34. V. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) 767/2008, il regolamento (CE) 810/2009, il regolamento (UE) 2017/2226, il regolamento (UE) 2016/399, il regolamento (UE) 2018/XX [regolamento sull'interoperabilità] e la decisione 2004/512/CE, e che abroga la decisione 2008/633/GAI del Consiglio, COM (2018) 302 final del 16.5.2018.

4. L'ampliamento degli obiettivi e dell'ambito di applicazione del VIS

Le modifiche che il regolamento 2021/1134 apporta al VIS sono molte e di vario tipo.

Alcune di esse mirano essenzialmente a semplificare il quadro normativo esistente. Ciò dicasi, in particolare, per la scelta di consolidare in un unico regolamento le norme relative all'istituzione ed all'impiego del VIS che sono state sviluppate mediante le decisioni 2004/512, 2008/633 ed il regolamento 767/2008. Le due citate decisioni vengono infatti abrogate e le loro disposizioni trasfuse all'interno del regolamento 767/2008 che, così come integrato dal regolamento 2021/1134, diventa quindi il testo base che regola l'istituzione e l'uso del VIS.

Tali modifiche hanno reso necessario ampliare anche gli scopi del VIS³⁵ inserendo tra gli stessi, fra l'altro, l'obiettivo – già previsto nella decisione 2008/633 – di contribuire alla prevenzione, all'accertamento e all'indagine di reati di terrorismo o altri reati gravi.

Tra i nuovi scopi del VIS si segnala, poi, l'utilizzo della banca dati in questione anche al fine di contribuire al rimpatrio (e non più solo all'identificazione) delle persone che non soddisfino o non soddisfino più le condizioni di ingresso, soggiorno o residenza nel territorio degli Stati membri.

Sempre tra i nuovi scopi, viene incluso il riferimento alla finalità di sostenere gli obiettivi del SIS relativi alle segnalazioni di cittadini di Stati terzi soggetti ad un rifiuto di ingresso, di persone ricercate per l'arresto o a fini di consegna e estradizione, di persone scomparse o vulnerabili, di persone ricercate nell'ambito di un procedimento giudiziario e di persone da sottoporre a controllo.

Gli scopi del VIS vengono inoltre rivisti ed ampliati anche per tener conto di quella che, forse, può essere considerata la principale novità in ordine all'ambito di applicazione del sistema di informazione in questione. Se, infatti, in precedenza, all'interno della banca dati venivano raccolte soltanto informazioni relative ai visti di corta durata, il nuovo VIS – che, si prevede, sarà operativo entro la fine del 2023 – conterrà anche i dati relativi ai titolari di visti di lunga durata e di permessi di soggiorno. Con tale estensione si è inteso colmare la lacuna rappresentata dal fatto che i titolari di visti di lunga durata e di permessi di soggiorno erano i soli cittadini di Paesi terzi i cui dati non venivano raccolti in nessuno dei sistemi di informazione dell'Unione³⁶.

Certo, ci si potrebbe interrogare sull'organicità di una disciplina che, da una parte, continua ad essere caratterizzata dal fatto che visti per soggiorni di lunga durata e permessi

35. V. art. 2 del reg. 767/2008.

36. In tal senso, v. G. Caggiano, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi*, cit., p. 176.

di soggiorno sono ancora essenzialmente regolati dalle normative dei singoli Stati membri³⁷, mentre al contempo vengono ora inserite all'interno del VIS le informazioni relative a tali cittadini di Stati terzi. D'altra parte, si è tenuto conto del fatto che i visti di lunga durata ed i permessi di soggiorno, pur essendo disciplinati principalmente da norme nazionali, consentono la libera circolazione nello spazio Schengen. Di conseguenza, anche con riferimento a tali cittadini di Stati terzi si pongono esigenze di cooperazione tra le autorità degli Stati membri. In particolare, l'obiettivo è quello di consentire anche alle autorità di Stati membri diversi da quelli che hanno proceduto al rilascio del visto e del permesso di soggiorno, di verificare i documenti in questione ed i rispettivi titolari sia alle frontiere esterne, sia all'interno dei loro territori³⁸. Così facendo, si intende sostenere un elevato livello di sicurezza in tutti gli Stati membri, contribuendo a valutare se il richiedente o il titolare di un visto per soggiorno di lunga durata o di un permesso di soggiorno debba essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna o la salute pubblica³⁹.

5. I dati biometrici raccolti nel VIS

Il regolamento 2021/1134 introduce novità con riferimento ai dati biometrici che devono essere raccolti al momento della presentazione della domanda di visto e poi conservati nel VIS. In precedenza, infatti, tra le informazioni inserite nel VIS, solo le impronte digitali potevano sempre essere utilizzate per compiere verifiche basate sulla corrispondenza biometrica. Non potevano invece essere compiute analoghe verifiche utilizzando le fotografie dei richiedenti visto. Queste, infatti, potevano essere acquisite anche mediante scansione di un'immagine cartacea scattata autonomamente dall'interessato e poi scansionata dall'operatore, senza quindi avere i requisiti tecnici necessari per permettere di essere utilizzata ai fini del controllo della corrispondenza biometrica⁴⁰. Una volta che il

37. Le istituzioni dell'Unione europea, pur non avendo disciplinato le condizioni per il rilascio dei permessi di soggiorno ai cittadini di Stati terzi, hanno quanto meno introdotto un modello uniforme per tali permessi. V. già l'azione comune 97/11/GAI del Consiglio, del 16.12.1996, adottata sulla base dell'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea relativa a un modello uniforme per i permessi di soggiorno, in GUCE L 7 del 10.1.1997, p. 1, poi sostituita dal regolamento (CE) 1030/2002 del Consiglio, del 13.6.2002, che istituisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di Paesi terzi, in GUUE L 157 del 15.6.2002, p. 1.

38. In tal senso, v. posizione del Consiglio in prima lettura in vista dell'adozione del regolamento di riforma del VIS, Doc. 5950/1/21 REV 1 ADD 1, del 28.5.2021, p. 6. Sulla necessità e sulla proporzionalità della scelta di includere nel VIS anche i dati dei cittadini di Stati terzi richiedenti visti per soggiorni di lunga durata e permessi di soggiorno, v. anche European Commission, Directorate-General for Migration and Home Affairs, *Legal analysis on the necessity and proportionality of extending the scope of the Visa Information System (VIS) to include data on long stay visas and residence documents. Final Report*, Luxembourg, Publications Office, 2018.

39. V. art. 2.2 del reg. 767/2008, così come modificato dal reg. 2021/1134.

40. Ai sensi del regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR), le fotografie «rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando saranno trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica». V. considerando 51 del regolamento (UE) 2016/679

nuovo regolamento sarà pienamente applicabile, invece, l'immagine facciale verrà rilevata direttamente all'interno dell'ufficio consolare, in modo da poter essere caricata, questa volta con i requisiti necessari ai fini della verifica della corrispondenza biometrica, all'interno del VIS-BMS (*Visa Information System – Biometric Matching Service*).

L'introduzione delle immagini del volto come identificatore biometrico nell'ambito del VIS è in linea con quanto avvenuto negli altri sistemi di informazione dell'UE. Un simile utilizzo è stato previsto per la prima volta dal regolamento EES⁴¹, per poi essere progressivamente integrato anche negli altri sistemi di informazione dell'UE. È indubbio che l'impiego di tecnologie di riconoscimento facciale sia utile in funzione dell'obiettivo di una più sicura identificazione degli individui e contribuisca al contrasto alle frodi ed ai furti di identità. D'altra parte, visto che tali tecnologie operano, nel caso specifico, avvalendosi di dati sensibili, è necessario garantire che il trattamento di questi ultimi rispetti i test di necessità e proporzionalità secondo le precise condizioni dettate dal GDPR⁴².

Bisogna poi tener conto di alcune problematiche poste, in generale, dai *software* di riconoscimento facciale che in molti casi rischiano di produrre effetti discriminatori. La precisione e l'affidabilità dei meccanismi di riconoscimento in questione dipendono, infatti, dal numero e dalla qualità delle immagini impiegate e dal fatto che le stesse siano rappresentative dei diversi gruppi di persone. Peraltro, è stato osservato che tali *software* spesso fanno maggiore uso di immagini di uomini bianchi e di un numero inferiore di immagini di donne e di individui con altre origini etniche; addirittura, anche la presenza di riflessi della luce al momento in cui la foto viene scattata può influenzare in modo diverso la qualità delle immagini a seconda che l'interessato abbia una carnagione molto chiara oppure la pelle scura⁴³. Con la conseguenza che, a seconda del sesso e del colore della pelle, può essere maggiore il rischio che si verifichino casi di falsi positivi, con evidenti effetti discriminatori per l'interessato⁴⁴.

del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27.4.2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati personali), in GUUE L 119 del 4.5.2016, p. 1.

41. Regolamento (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30.11.2017, che istituisce un sistema di ingressi/uscite per la registrazione dei dati di ingresso e di uscita e dei dati relativi al respingimento dei cittadini di Paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri e che determina le condizioni di accesso al sistema di ingressi/uscite a fini di contrasto e che modifica la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e i regolamenti (CE) 767/2008 e (UE) 1077/2011, in GUUE L 327 del 9.12.2017, p. 20.

42. V., in particolare, art. 9, par. 2, GDPR.

43. FRA, *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, Vienna, Publications Office, 2019, p. 27 ss.

44. In proposito v. anche N. Vavoula, *Artificial Intelligence (AI) at Schengen Borders: Automated Processing, Algorithmic Profiling and Facial Recognition in the Era of Techno-Solutionism*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, p. 457 e spec. p. 478 ss.

Sempre con riferimento agli identificatori biometrici raccolti nel VIS, il regolamento 2021/1134, da una parte, ha abbassato da 12 a 6 anni l'età a partire dalla quale è previsto il loro rilevamento per i minori e, dall'altra, ha stabilito che sono esentati da tale adempimento le persone con età maggiore di 75 anni⁴⁵. Per giungere a tali scelte è stato valutato, innanzitutto, il diverso grado di affidabilità dei dati biometrici a seconda dell'età dell'interessato. Quanto alle persone di età superiore a 75 anni, è stato tenuto conto del fatto che le impronte digitali delle persone anziane sono spesso di scarsa qualità e non del tutto precise. Quanto invece ai minori, sulla base di alcuni studi fatti svolgere dalla Commissione europea, è stato ritenuto che la raccolta dei dati biometrici a partire dall'età di 6 anni non avrebbe inciso in modo significativo sull'affidabilità dei dati così archiviati⁴⁶. L'abbassamento dell'età è stata però ritenuta particolarmente importante quale misura in grado di contribuire alle attività di contrasto ai fenomeni della scomparsa, della tratta e della sottrazione di minori⁴⁷. Si è comunque tenuto conto dell'esigenza di adottare particolari cautele in vista dell'inserimento nel VIS delle immagini del volto dei minori, in ragione della naturale maggiore vulnerabilità di questi ultimi. Proprio per questo, è stato previsto che: il personale addetto al rilevamento deve essere stato specificamente formato a tal fine; il minore deve essere accompagnato da un familiare adulto o da un tutore legale al momento del rilevamento dei dati; non può essere esercitata alcuna coercizione ai fini del rilevamento dei dati.

Cautele vengono previste anche con riferimento alla conservazione dei dati biometrici dei minori. Le impronte digitali e le immagini del volto dei minori di età inferiore ai 12 anni sono cancellate allo scadere del visto o del permesso di soggiorno e, in caso di visto, all'uscita del minore dalle frontiere esterne. Ciò, in linea anche con la considerazione che i dati biometrici dei minori sono suscettibili di mutare con maggiore rapidità durante la crescita, con possibili conseguenze negative dal punto di vista dell'affidabilità dei dati raccolti.

6. Il rilievo attribuito agli indicatori di rischio specifici

Un ulteriore profilo critico, che emerge dall'esame del regolamento di riforma del VIS, riguarda gli indicatori di rischio specifici che vengono introdotti ai fini del funzionamento della banca dati in questione. Occorre premettere che, fin dall'originaria versione del Codice dei visti, è previsto che le autorità incaricate di esaminare una domanda di visto uniforme

45. V. le modifiche apportate all'art. 13 del Codice visti dall'art. 2 del reg. 2021/1134.

46. European Commission, Directorate-General for Migration and Home Affairs, *Feasibility and implications of lowering the fingerprinting age for children and on storing a scanned copy of the visa applicants' travel document in the Visa Information System (VIS). Final Report*, Luxembourg, Publications Office, 2018.

47. V. considerando 10 del reg. 2021/1134.

sono chiamate a verificare se il richiedente rappresenti un fattore di rischio per l'immigrazione irregolare, un rischio per la sicurezza degli Stati membri e se lo stesso sia realmente intenzionato a lasciare il territorio dell'Unione prima della scadenza del visto richiesto⁴⁸. Per la valutazione di tali rischi, con la riforma del VIS vengono introdotti meccanismi automatizzati, in linea con la più generalizzata tendenza, riscontrabile nei diversi sistemi di informazione dell'UE, a far uso di algoritmi basati su modelli probabilistici⁴⁹. In proposito, va ricordato che la prima banca dati dell'UE che ha fatto ricorso a tecniche di profilazione⁵⁰ basate su indicatori di rischio è ETIAS, che sarà operativa a partire da maggio 2023⁵¹. Tale sistema di informazione e autorizzazione ai viaggi solleva perplessità soprattutto con riguardo all'affidabilità dei meccanismi automatizzati che utilizza. Questi, infatti, non tengono conto delle specifiche condotte personali dell'interessato, ma dell'appartenenza dello stesso a determinati gruppi o categorie di individui che, con logica probabilistica, vengono ritenuti suscettibili di rappresentare un fattore di rischio. In particolare, simili meccanismi destano perplessità, soprattutto nella misura in cui non risulti del tutto chiaro su quali basi vengono definiti gli indicatori di rischio specifici di cui fanno uso, quando, al contrario, i criteri impiegati nel caso di tali profilazioni dovrebbero essere certi, prestabiliti e non sottoposti ad una eccessiva discrezionalità nella loro applicazione pratica⁵².

Anche il regolamento 2021/1134, con riguardo alle interrogazioni nella banca dati VIS da parte delle autorità incaricate di esaminare la domanda di visto, stabilisce che le stesse debbano essere svolte mediante l'applicazione di indicatori di rischio specifici. Tali indicatori vengono applicati per mezzo di un algoritmo che permette la profilazione mettendo a confronto i dati registrati in un fascicolo relativo alla domanda del VIS con indicatori di rischio specifici relativi alla sicurezza, all'immigrazione irregolare, all'alto rischio

48. V. art. 21 del reg. 810/2009.

49. V. E. Brouwer, *Schengen and the Administrative of Exclusion: Legal Remedies Caught in between Entry Bans, Risk Assessment and Artificial Intelligence*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, p. 485 e spec. p. 494 ss.

50. Ai sensi dell'art. 4, n. 4, del GDPR, per «profilazione» si intende «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

51. V., in particolare, art. 33 del regolamento (UE) 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12.9.2018, che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e che modifica i regolamenti (UE) 1077/2011, (UE) 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226, in GUUE L 236 del 19.9.2018, p. 1 ss.

52. In tal senso, v. ad es. C. Derave, N. Genicot, N. Hetmanska, *The Risks of Trustworthy Artificial Intelligence: The Case of the European Travel Information and Authorisation System*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2022, p. 1 e spec. p. 18 ss.

epidemico⁵³. Gli indicatori vengono registrati nel VIS da parte dell'unità centrale ETIAS, a seguito di una complessa procedura che richiede la previa adozione, da parte della Commissione, di un atto delegato volto a definire i rischi rilevanti in base a statistiche e informazioni provenienti da varie fonti⁵⁴ e la successiva adozione di un atto di esecuzione, sempre da parte della Commissione, in grado di specificare i rischi medesimi. Una volta definiti i rischi, l'ETIAS stabilisce gli indicatori consistenti in una combinazione di uno o più dei dati relativi a: a) età, sesso, cittadinanza; b) Paese e città di residenza; c) Stato/i membro/i di destinazione; d) Stato membro di primo ingresso; e) scopo del viaggio; f) attuale occupazione. Viene precisato, peraltro, che gli indicatori di rischio specifici devono essere mirati e proporzionati e, in linea con il generale divieto di discriminazione sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; non devono essere basati esclusivamente sul sesso o sull'età o su informazioni che rivelino la razza, il colore della pelle, l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, le opinioni politiche o di altra natura, la religione, il patrimonio, la disabilità, l'orientamento sessuale, ecc.⁵⁵. Va peraltro osservato che l'aver richiesto di non considerare in modo isolato i predetti fattori (e l'aver quindi preteso una loro considerazione combinata) non è una garanzia sempre sufficiente ad escludere ogni forma di discriminazione. Talvolta, anche la combinazione di alcuni degli indicatori di rischio specifici potrebbe infatti condurre a discriminazioni indirette⁵⁶. Già con riferimento alla proposta, che poi ha condotto all'adozione del regolamento 2021/1134, erano state ad esempio sollevate perplessità riguardo alla considerazione dei dati relativi all'occupazione attuale, visto che indirette discriminazioni si potrebbero avere nella misura in cui una determinata occupazione o professione in un certo luogo sia svolta prevalentemente da individui appartenenti ad un'unica minoranza etnica o nazionale⁵⁷.

Per contribuire a garantire il rispetto dei diritti fondamentali nell'attuazione degli indicatori di rischio specifici è stata comunque istituita una Commissione di orientamento sui diritti fondamentali del VIS, con funzioni consultive e di valutazione⁵⁸. A tale Commissione è, tra l'altro, attribuito il compito di formulare raccomandazioni in relazione

53. V. l'art. 9 *undecies* introdotto nel reg. 767/2008 dal reg. 2021/1134.

54. Ai sensi del già citato art. 9 *undecies*, par. 2, del reg. 767/2008, la Commissione, nell'adottare l'atto delegato al fine di definire i rischi per la sicurezza, di immigrazione irregolare o l'alto rischio epidemico, tiene conto, sia di statistiche (generate dall'EES o dal VIS), sia di informazioni suffragate da elementi fattuali e basati su dati concreti (fornite da Stati membri). Tra le varie tipologie di statistiche e informazioni che vengono elencate nella predetta disposizione, ci limitiamo a richiamare, a titolo meramente esemplificativo, quelle relative ai tassi anormali di *overstayers* e respingimenti per uno specifico gruppo di titolari di visto.

55. V. anche il considerando 24 del reg. 2021/1134.

56. V. FRA, *Preventing unlawful profiling today and in the future, Handbook*, Luxembourg, Publications Office, 2018, p. 117.

57. V. FRA, *The revised VISA Information System and its fundamental rights implications, Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA Opinion – 2/2018 del 30.8.2018, p. 79.

58. V. art. 9 *terdecies* del reg. 767/2008 così come inserito dal reg. 2021/1134.

all’impatto che il trattamento delle domande e i meccanismi basati sugli indicatori di rischio possono avere sui diritti fondamentali e, in particolare, sul diritto alla vita privata, sulla protezione dei dati personali e sul principio di non discriminazione.

È possibile chiedersi se simili cautele siano sufficienti per ritenere la normativa in questione in linea con quanto chiesto dalla Corte di giustizia quando, in più occasioni, ha avuto modo di occuparsi del trattamento automatizzato di dati. In considerazione dell’ingerenza che tale trattamento può comportare sui diritti fondamentali degli individui e, in particolare, sul rispetto della vita privata e sulla protezione dei dati personali sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, la Corte ha affermato che i criteri usati per compiere le analisi in questione devono essere specifici, affidabili, limitati a quanto strettamente necessario e non discriminatori⁵⁹.

La Corte ha anche osservato che le analisi basate su modelli e criteri prestabiliti presentano necessariamente un certo tasso di errore, con la conseguenza che l’idoneità del sistema dipende in gran misura dal buon funzionamento della verifica successiva compiuta con mezzi non automatizzati⁶⁰. Inoltre, i criteri prestabiliti, secondo la Corte, devono essere periodicamente rivisti in modo da poter essere aggiornati in funzione dell’evoluzione delle condizioni che ne hanno giustificato la presa in considerazione ai fini della valutazione preliminare⁶¹.

Nell’ambito del VIS, il regolamento 2021/1134 ha opportunamente precisato che in nessun caso l’autorità competente a pronunciarsi sul visto può adottare automaticamente una decisione sulla base di un riscontro positivo fondato su indicatori di rischio specifici. In caso di riscontro positivo a seguito del trattamento automatizzato, infatti, l’autorità è tenuta a compiere una valutazione individuale del rischio per la sicurezza, di immigrazione irregolare e l’alto rischio epidemico⁶². L’autorità centrale ETIAS, poi, oltre ad avere il già ricordato compito di definire gli indicatori di rischio specifici, ha tra l’altro anche quello di valutarli *a posteriori*, rivederli e se necessario eliminarli.

59. V. Corte di giustizia, parere 1/15 del 26.7.2017, spec. punti 121 ss. e 172 ss.; sentenza del 6.10.2020, *La Quadrature du Net e a.*, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, spec. punti 130 ss. e 176 ss.; sentenza del 6.10.2020, *Privacy International*, causa C-623/17, punto 67 ss.; sentenza del 21.6.2022, *Ligue des droit humains*, causa C-817/19, punto 103 ss. A commento di tali pronunce, v. ad es. E. Guild, E.M. Kuskonmaz, *A Critical Take on Opinion 1/15: Is the Glass Half Full or Half Empty?*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2019, p. 111; I. Cameron, *Metadata retention and national security: Privacy International and La Quadrature du Net*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 1433; M. Nino, *La disciplina internazionale ed europea della data retention dopo le sentenze Privacy International e La Quadrature du Net della Corte di giustizia UE*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2021 p. 93; T. Zandstra, E. Brouwer, *ETIAS, the Rights to Data Protection, and the CJEU’s PNR Judgment*, in *VerfBlog*, <https://verfassungsblog.de/>, 24.6.2022.

60. V. Corte di giustizia, *Ligue des droit humains*, cit., punto 124.

61. *Ivi*, punto 201.

62. V. art. 9-*quater*, par. 6, del reg. 767/2008 così come inserito dal reg. 2021/1134.

Nonostante le cautele appena richiamate, l'impiego di meccanismi automatizzati basati sugli indicatori di rischio può indubbiamente rendere più difficile, per il richiedente visto, venire a conoscenza delle reali motivazioni che hanno portato ad una decisione di diniego del visto. Pur essendo previsto che il controllo automatizzato, nel caso in cui dia un riscontro positivo, debba essere seguito da una valutazione individuale dell'autorità chiamata a pronunciarsi sul visto, è probabile che quest'ultima possa risultare influenzata dalla risultanza emersa mediante l'utilizzo dello strumento informatico. D'altra parte, la stessa Commissione europea, nell'ambito della proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, ha dimostrato di essere ben consapevole del fatto che l'utilizzo di sistemi basati sulla profilazione in materia migratoria può essere particolarmente problematico⁶³. Proprio in tale contesto, la Commissione ha infatti sottolineato la posizione di particolare vulnerabilità in cui si trovano in molti casi i cittadini di Stati terzi che cercano di far ingresso alle frontiere esterne dell'Unione ed il cui futuro dipende dall'esito delle azioni delle autorità competenti. In virtù di tale considerazione, la Commissione ha ritenuto che i sistemi basati sull'intelligenza artificiale che vengono impiegati in ambito migratorio debbano essere considerati ad alto rischio. Con la conseguenza che gli stessi devono essere particolarmente accurati, non devono avere carattere discriminatorio e devono assicurare un elevato livello di trasparenza, in modo da garantire il rispetto dei diritti fondamentali degli interessati, incluso i loro diritti collegati alla circolazione, alla non discriminazione, alla tutela della vita privata ed al rispetto dei dati personali, alla protezione internazionale, alla buona amministrazione⁶⁴.

7. L'interoperabilità con gli altri sistemi di informazione dell'UE

La riforma del VIS si pone in linea con l'obiettivo di rafforzare l'interoperabilità tra i diversi sistemi di informazione dell'UE.

In proposito, va ricordato che già da qualche anno, soprattutto sulla spinta delle misure ritenute necessarie in funzione del contrasto alla minaccia terroristica⁶⁵, è stata compiuta una chiara scelta, da parte delle istituzioni dell'Unione, a favore della interconnessione tra

63. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM (2021) 206 final del 21.4.2021.

64. *Ivi*, considerando 39-40.

65. È significativo, ad esempio, che i Ministri della giustizia e degli affari interni dell'Unione, nell'ambito di una dichiarazione adottata nei giorni immediatamente successivi agli attacchi terroristici di Bruxelles del 22 marzo 2016, abbiano indicato l'interoperabilità tra le banche dati europee e internazionali esistenti nei settori della sicurezza, dei viaggi e della migrazione come una delle priorità da portare avanti al fine di rafforzare le capacità di contrasto alla minaccia terroristica. V., in tal senso, *Joint statement of EU Ministers for Justice and Home Affairs and representatives of EU institutions on the terrorist attack in Brussels on 22 March 2016*, Doc. 7371/16 del 24.3.2016.

banche dati, in modo tale da poter sfruttare a pieno le informazioni contenute all'interno delle stesse. La Commissione europea ha infatti ritenuto possibile, alla luce del nuovo quadro generale di protezione dei dati personali nell'UE e dei significativi progressi nel campo delle tecnologie e della sicurezza informatica, superare la frammentazione dell'architettura della gestione dei dati raccolti per il controllo delle frontiere esterne e la sicurezza dell'Unione⁶⁶. Ciò, in netto contrasto con la precedente convinzione, in base alla quale il funzionamento delle diverse banche dati doveva essere mantenuto separato, visto che si riteneva che la creazione di un sistema di informazione unico e globale a livello di Unione europea con finalità multiple, avrebbe potuto costituire una limitazione grave e illegittima del diritto dell'individuo al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali⁶⁷.

La consapevolezza delle difficoltà derivanti dal parallelo funzionamento di una pluralità di banche dati attive su piattaforme tecnologiche distinte, ha invece spinto le istituzioni dell'UE a porre in essere le riforme necessarie per consentire l'interoperabilità tra i vari sistemi di informazione applicabili nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tra gli atti normativi a tal fine adottati, deve in questa sede quanto meno essere richiamato il regolamento 2019/817 che ha istituito un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore delle frontiere e dei visti⁶⁸. Con tale strumento, per quanto qui interessa, è stato creato il portale di ricerca europeo (ESP) che rappresenta un'interfaccia unica, in grado di consentire un'interrogazione parallela di tutti i sistemi di informazione dell'UE, dei dati Europol e delle banche dati Interpol, da parte delle autorità degli Stati membri e delle Agenzie europee che abbiano accesso ad almeno uno dei sistemi di informazione dell'UE. Attraverso un servizio comune di confronto biometrico (BMS comune) viene data la possibilità di svolgere la ricerca ed il confronto di dati biometrici ricavati dalle diverse banche dati. È stato inoltre istituito un archivio comune di dati di identità (CIR), la cui infrastruttura centrale diventa parte integrante dell'architettura su cui è basato il VIS. Infine, è stato consentito alle autorità competenti per il visto di accedere ai dati conservati nel rilevatore di identità multiple (MID) quando creano o aggiornano un fascicolo relativo alla domanda nel VIS⁶⁹.

Con il regolamento 2021/1133 sono state stabilite le modalità con cui attuare l'interoperabilità e le condizioni per la consultazione dei dati conservati all'interno di diverse banche dati (SIS, Eurodac, ECRIS-TCN, nonché dei dati Europol) mediante il processo automatizzato del VIS al fine dell'individuazione di riscontri positivi.

66. V., in tal senso, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Sistemi d'informazione più solidi e intelligenti per le frontiere e la sicurezza, COM (2016) 205 final del 6.4.2016, p. 5.

67. In tal senso, v. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Panorama generale della gestione delle informazioni nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, COM (2010) 385 def. del 20.7.2010, p. 3.

68. Reg. 2019/817, cit.

69. V. art. 26 del reg. 2019/817.

Mentre in precedenza i Consolati erano tenuti a controllare i viaggiatori soggetti all'obbligo del visto mediante la sola consultazione della banca dati SIS, in modo da poter verificare se a carico degli stessi vi fosse un divieto di ingresso sul territorio dell'Unione, quando i meccanismi di interoperabilità entreranno a pieno regime, anche le autorità in questione, mediante un'unica ricerca, potranno ottenere risultati da tutti i sistemi di informazione ai quali sono autorizzate ad accedere⁷⁰.

Al fine di rendere possibile l'interrogazione in parallelo dei dati conservati nel VIS e negli altri sistemi di informazione dell'UE, il regolamento 2021/1133 ha quindi apportato modifiche ai regolamenti che disciplinano il funzionamento dell'Eurodac (reg. 603/2013), di Europol (reg. 2016/794), del SIS (reg. 2018/1862), di ECRIS-TCN (reg. 2019/816), oltre che al regolamento sull'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione e giudiziaria, asilo e immigrazione (reg. 2019/818).

Con il regolamento 2021/1134, invece, si è cercato di disciplinare in modo dettagliato le finalità a cui può tendere il controllo automatizzato che consente al VIS di accedere ai diversi sistemi di informazione mediante l'utilizzo del portale ESP⁷¹. Per ciascuna delle già citate banche dati viene cioè precisato a quali fini il VIS può consultarne i relativi dati. Così, ad esempio, tramite l'accesso all'ESP, il VIS può utilizzare i dati contenuti nel SIS al fine di verificare: se il documento di viaggio utilizzato per la domanda di visto corrisponda ad un documento smarrito, rubato o altrimenti sottratto o invalidato; se il richiedente sia oggetto di una segnalazione SIS ai fini del respingimento, del rifiuto di soggiorno, del rimpatrio, o, ancora, di una segnalazione come persona ricercata per l'arresto, come persona scomparsa o vulnerabile, come persona ricercata nell'ambito di un procedimento giudiziario, o da sottoporre a controllo discreto, controllo di indagine, controllo specifico. I dati che l'accesso al portale ESP consente di ricavare dall'EES possono essere utilizzati dal VIS al fine di verificare, ad esempio, se il richiedente sia segnalato come *overstayer* oppure se sia stato oggetto di un respingimento. L'interrogazione dei dati contenuti nell'ETIAS è finalizzata a verificare se il richiedente il visto sia una persona per la quale un'autorizzazione ai viaggi sia stata rilasciata, rifiutata, annullata o revocata; oppure, ancora, se i dati forniti nell'ambito della domanda di visto corrispondano ai dati contenuti nell'elenco di controllo ETIAS. Le informazioni ricavate dall'ECRIS-TCN possono invece essere utilizzate per verificare se il richiedente sia una persona i cui dati sono stati registrati all'interno di tale sistema di informazione nei 25 anni precedenti in relazione a reati di terrorismo o nei 15 anni precedenti per condanne per altri reati gravi.

70. V. COM (2018) 302 final, cit., p. 9.

71. V., in particolare, l'art. 9-*bis* del reg. 767/2008 introdotto dal reg. 2021/1134.

Simili specificazioni sono evidentemente pensate al fine di consentire che l'integrazione del VIS nei meccanismi dell'interoperabilità avvenga in conformità al principio della limitazione della finalità⁷², il cui rispetto è ritenuto basilare per la tutela dei dati personali dell'interessato. Va però anche sottolineato che il principio della limitazione della finalità rischia comunque di essere messo in pericolo in ragione del fatto che l'interoperabilità tra i diversi sistemi di informazione dell'UE rende labile il confine tra gli obiettivi legati al controllo dei flussi migratori e quelli invece diretti al contrasto alle attività criminali⁷³.

Altro principio di cui si è tenuto conto nell'ambito della riforma del VIS è quello che consiste nel divieto – sancito, in linea generale, dall'art. 22 del GDPR e dall'art. 11 della direttiva 2016/680⁷⁴ – di adottare decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato quando le stesse sono in grado di produrre effetti giuridici negativi sull'interessato.

Già il regolamento 2021/1133, nel suo considerando 6 precisa che, qualora a seguito di una interrogazione automatizzata si ottenga un riscontro positivo tra dati personali contenuti nella domanda di visto e quelli presenti in altri sistemi di informazione, la domanda dovrà essere verificata manualmente dall'operatore dell'autorità competente.

Le modalità con cui deve essere svolta tale verifica manuale sono poi disciplinate dal regolamento 2021/1134. A seconda del tipo di dati che generano il riscontro positivo, la verifica manuale deve essere compiuta dall'autorità competente a pronunciarsi sulla domanda di visto, da un'autorità designata per il VIS da ciascuno Stato membro o dall'unità nazionale di ETIAS⁷⁵. La scelta di non attribuire sempre all'autorità incaricata di esaminare il visto il compito di svolgere la predetta verifica manuale è dovuta al fatto che i riscontri positivi generati a partire da sistemi di informazione delle autorità di contrasto o giudiziarie sono generalmente più sensibili, con la conseguenza che la loro valutazione non dovrebbe essere affidata ai Consolati, ma alle autorità designate per il VIS o alle unità nazionali di ETIAS⁷⁶.

72. Ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. b), del GDPR, in virtù del principio di limitazione della finalità, i dati personali devono essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità. Su tale principio, v. Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, Doc. 000569/13/EN WP 203 del 2.4.2013.

73. V. C. Blasi Casagran, *Fundamental Rights Implications of Interconnecting Migration and Policing Databases in the EU*, cit., p. 445.

74. Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27.4.2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in GUUE L 119 del 4.5.2016, p. 89.

75. V., rispettivamente, artt. 9-*quarter*, 9-*quinquies* e 9-*sexies* introdotti nel reg. 767/2008 dal reg. 2021/1134.

76. V. considerando 20 del reg. 2021/1134.

Pur dovendo essere valutata positivamente la previsione di una simile verifica manuale, va però tenuto conto che i controlli addizionali svolti dopo che un riscontro positivo sia ottenuto mediante un controllo automatizzato, verranno comunque ad incidere sulla posizione di particolare debolezza che spesso caratterizza il cittadino di Stato terzo che intende far ingresso alle frontiere esterne dell'Unione⁷⁷.

In funzione del rispetto dei principi di necessità e proporzionalità con cui viene posto in essere il trattamento dei dati, vengono apportate modifiche al periodo di conservazione degli stessi. Con riferimento al sistema centralizzato ECRIS-TCN creato per individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di Paesi terzi e apolidi, già l'art. 8 del regolamento 2019/816 prevedeva che ciascuna registrazione di dati fosse conservata nel predetto sistema centrale fino a quando i dati relativi alle condanne pronunciate a carico dell'interessato sono conservati nel casellario giudiziale. Il regolamento 2021/1133, nell'integrare pienamente il VIS con i meccanismi di interoperabilità, ha aggiunto all'interno del citato art. 8 del reg. 2019/816 che, allo scadere del periodo di conservazione, l'autorità centrale dello Stato membro di condanna è tenuto a cancellare non solo dal sistema centrale, ma anche dal CIR, la registrazione dei dati inseriti tra i quali, ad es., quelli relativi alle impronte digitali, alle immagini del volto, agli indicatori che segnalino condanne nei 25 anni precedenti per determinati reati punibili con pena detentiva o misura di sicurezza privativa della libertà per un massimo di almeno tre anni.

Dalle previsioni che, sia pur senza pretesa di esaustività, abbiamo appena richiamato, si ricava che i regolamenti 2021/1133 e 2021/1134, nel procedere ad integrare il VIS nei meccanismi volti a consentire l'interoperabilità tra i diversi sistemi di informazione dell'UE, ha senz'altro tenuto conto dell'esigenza di rispettare principi essenziali ai fini della tutela dei dati personali degli interessati quali quelli di necessità, proporzionalità, divieto di decisione automatizzata e limitazione della finalità.

Nonostante le cautele adottate, restano però non poche perplessità sulla effettiva idoneità, del meccanismo creato, ad assicurare il rispetto dei principi in questione. La scelta di proseguire nella direzione dell'interoperabilità, infatti, se da una parte potrà consentire di conseguire ottimi risultati in termini di rapidità ed efficacia dei controlli, dall'altra parte porta con sé anche una serie di elementi di criticità dal punto di vista del rispetto dei diritti di coloro i cui dati si trovano inseriti all'interno delle diverse banche dati che vengono messe in comunicazione tra loro. Già il Garante europeo della protezione dei dati ha evidenziato i rischi prodotti dall'imponente mole di informazioni che vengono condivise mediante il meccanismo centralizzato di interconnessione tra i diversi sistemi di informazione dell'UE. Secondo il Garante, infatti, considerata l'ampiezza del sistema e la natura dei dati, anche

77. V. E. Brouwer, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection*, cit., p. 91.

biometrici, che vengono condivisi, una violazione dei dati personali sarebbe potenzialmente in grado di pregiudicare un ampio numero di individui, mettendo in serio pericolo i diritti fondamentali relativi al rispetto della vita privata ed alla tutela dei dati personali degli stessi⁷⁸.

A ciò si aggiunga, poi, che rimane la complessiva impressione che, sempre più, le istituzioni dell'Unione tendano ad associare i fenomeni migratori a quelli criminali. Coloro che si avvicinano alle frontiere esterne dell'Unione cercando di entrare all'interno delle stesse vengono evidentemente visti con sospetto e, nei casi in cui viene loro richiesto il visto, il rilascio di quest'ultimo viene subordinato a controlli che denotano un atteggiamento di diffidenza e che acuisce la condizione di soggezione rispetto all'eccessiva discrezionalità che già viene riconosciuta nell'ambito della relativa procedura alle autorità consolari.

8. Riflessioni conclusive alla luce dei dati emersi nel corso dell'indagine

Nel corso dell'indagine è stato evidenziato il rilievo che il VIS ha progressivamente assunto in funzione dell'attuazione della politica dei visti dell'Unione europea.

Per poter comprendere la portata delle novità introdotte dalla riforma del VIS realizzata mediante l'adozione dei regolamenti 2021/1133 e 2021/1134, è stato necessario richiamare preliminarmente, sia pure in modo sintetico, i principali caratteri della politica comune dei visti, facendo riferimento ad alcuni degli elementi di criticità che emergono dall'esame della stessa⁷⁹.

In particolare, abbiamo ricordato che la politica dei visti dell'UE ha avuto il merito di introdurre per gli Stati dell'area Schengen una disciplina uniforme che consente, ai cittadini di Stati terzi in possesso del visto, di circolare liberamente all'interno di tale area per un periodo massimo di 90 giorni. Peraltro, proprio il fatto che, ad oggi, gli atti di diritto derivato adottati al fine di sviluppare tale politica riguardino essenzialmente i visti di corta durata, rappresenta un limite rispetto alle potenzialità delle competenze espresse nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che consentirebbero invece alle istituzioni dell'UE di disciplinare in modo uniforme anche i visti di lunga durata. La politica dei visti dell'UE, poi, è stata criticata in quanto potenzialmente discriminatoria: si pensi, ad esempio, alla scelta di prevedere l'obbligo del visto in relazione ai cittadini di alcuni Stati terzi e non di altri; oppure agli effetti che derivano dall'applicazione dei requisiti previsti per determinare la genuinità dell'intenzione del richiedente di lasciare il territorio dell'Unione prima della data di scadenza del visto e che fanno trasparire una visione elitaria della valutazione che sono chiamati a compiere i Consolati al momento di decidere se concedere il visto. Altro profilo

78. V. European Data Protection Supervisor, *Opinion 4/2018 on the Proposal for two Regulations establishing a framework for interoperability between EU large-scale information systems*, 19.4.2018, p. 11.

79. V. *supra*, par. 2.

di criticità è rappresentato dal regime di condizionalità che è stato di recente introdotto nell'ambito della riforma del Codice dei visti al fine di sanzionare i Paesi terzi che non siano pronti a cooperare con l'UE nell'attuazione degli obblighi di riammissione dei cittadini che si trovino in posizione irregolare sul territorio dell'Unione. Abbiamo osservato, in proposito, che si tratta di un meccanismo che fa ricadere sull'individuo le conseguenze della mancata cooperazione con l'Unione europea da parte dello Stato di appartenenza. Infine, nonostante che la concessione del visto rappresenti indubbiamente una decisione riconducibile alla sovranità statale, è criticabile l'eccessiva discrezionalità riconosciuta alle autorità consolari, considerato che la relativa procedura non dovrebbe essere tale da derogare a garanzie tipiche dello stato di diritto, quali ad esempio quelle relative all'obbligo di motivazione o alla disponibilità di effettivi mezzi di tutela giurisdizionale avverso il diniego del visto.

È alla luce di questo quadro, di per sé problematico, che devono essere valutati i caratteri del VIS, sistema di informazione istituito essenzialmente per consentire lo scambio dei dati tra Stati membri al fine di agevolare l'esame delle domande di visto⁸⁰. I meriti del VIS sono indubbi. Mediante tale banca dati è stato infatti possibile velocizzare le operazioni necessarie per il rilascio dei visti e per i controlli operati alle frontiere esterne dell'Unione. Si tratta, inoltre, di uno strumento che, fra l'altro, consente di limitare il fenomeno del *visa shopping*, oltre che di prevenire minacce alla sicurezza interna degli Stati membri visto che, a determinate condizioni, può essere consultata anche da Europol e da altre autorità designate dagli Stati membri in funzione delle attività di contrasto a reati di terrorismo ed altri reati gravi.

Gli scopi, le funzionalità e l'ambito di applicazione del VIS sono stati ampliati con la riforma introdotta dai citati regolamenti 2021/1133 e 2021/1134⁸¹.

L'obiettivo perseguito mediante le principali novità apportate dalla riforma è quello di sostenere un elevato livello di sicurezza.

In tale direzione va, ad esempio, l'inserimento all'interno del VIS dei dati relativi ai titolari di visti per soggiorni di lunga durata e di permessi di soggiorno. Pur continuando questi ad essere disciplinati principalmente da norme nazionali, si è tenuto conto del fatto che tali individui circolano nello spazio Schengen, con la conseguenza che è parsa opportuna la cooperazione tra gli Stati membri al fine di consentire lo scambio delle relative informazioni.

Oppure, ancora, sempre in funzione di una più sicura identificazione degli individui e quindi al fine di poter contrastare in modo più efficace anche le frodi ed i furti di identità, vengono ampliati i dati biometrici raccolti all'interno del VIS⁸². Si prevede infatti che

80. V. *supra*, par. 3.

81. V. *supra*, par. 4.

82. V. *supra*, par. 5.

l'immagine facciale del richiedente il visto venga rilevata direttamente all'interno dell'ufficio consolare, così da assicurare che la stessa abbia i requisiti tecnici necessari per permettere verifiche automatizzate basate sulla corrispondenza biometrica.

A fronte di simili miglioramenti, in linea di principio da accogliere con favore, abbiamo però anche sottolineato che la natura sensibile dei dati biometrici in questione richiede che gli stessi vengano trattati nel rispetto delle garanzie previste in proposito dal GDPR.

In ogni caso, poi, abbiamo osservato che i *software* di riconoscimento facciale non sempre sono precisi ed affidabili e, per come sono costruite le relative banche dati, rischiano in molti casi di produrre effetti discriminatori visto che, a seconda del sesso e del colore della pelle del soggetto riprodotto nell'immagine, può essere maggiore il rischio di falsi positivi, con possibili ripercussioni negative sulle *chances* di ottenere il visto da parte dell'interessato.

La tensione tra esigenze di sicurezza ed istanze di tutela degli individui si riscontra anche con riferimento alla scelta, compiuta in occasione della riforma del VIS, di abbassare l'età a partire dalla quale è stabilito il rilevamento degli identificatori biometrici per i minori. Si tratta, senz'altro, di una misura pensata per contribuire al contrasto ai fenomeni della scomparsa, della tratta e della sottrazione dei minori. D'altro canto, l'inserimento e la conservazione delle immagini del volto dei bambini già a partire dall'età di sei anni ha richiesto la predisposizione di particolari cautele, in considerazione della vulnerabilità di tali soggetti e del fatto che i relativi dati sono suscettibili di mutare con maggiore rapidità durante la crescita dell'interessato.

Problematici sono poi anche i meccanismi automatizzati che, con logica probabilistica, applicano indicatori di rischio specifici relativi alla sicurezza, all'immigrazione irregolare, alle potenzialità epidemiche⁸³. Nonostante le cautele con cui tali meccanismi sono stati circondati nell'ambito della nuova disciplina del VIS, restano perplessità soprattutto in ragione dei loro possibili effetti discriminatori. Tali indicatori non tengono conto delle specifiche condotte dell'interessato, ma della riconducibilità di quest'ultimo a gruppi o categorie di individui che, in generale, vengono ritenuti suscettibili di rappresentare un fattore di rischio. Se è vero che la decisione relativa al visto non potrà essere presa sulla sola base della verifica compiuta mediante strumenti automatizzati, abbiamo anche osservato che l'impiego dei mezzi automatizzati basati su indicatori di rischio può indubbiamente rendere più difficile, per il richiedente, venire a conoscenza delle reali motivazioni che conducano all'eventuale adozione di una decisione di diniego del visto.

Infine, abbiamo sottolineato che anche la scelta, compiuta con la riforma del VIS, di integrare pienamente tale banca dati con i meccanismi di interoperabilità che mettono tra

83. V. *supra*, par. 6.

loro in comunicazione i diversi sistemi di informazione istituiti nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, risponde ancora una volta alla logica che mira alla gestione della politica dell'immigrazione sulla base di criteri di efficienza e sicurezza⁸⁴. Non si può negare che con la riforma del VIS si sia cercato di introdurre cautele in funzione del rispetto di principi basilari per la tutela dei dati personali degli interessati quali quelli: della limitazione della finalità; del divieto di adottare decisioni basate unicamente su meccanismi automatizzati; di necessità e proporzionalità del trattamento; del divieto di discriminazione. Restano però perplessità sulla effettiva idoneità, da parte del meccanismo creato, ad assicurare il rispetto dei principi in questione. Le criticità, a bene vedere, riguardano, più in generale, la stessa scelta – ormai compiuta in modo deciso da parte delle istituzioni dell'Unione – di proseguire sulla strada dell'interoperabilità. L'aumento esponenziale delle informazioni che in questo modo vengono messe a disposizione delle autorità consolari, di frontiera e di contrasto alle attività criminali, rappresenta un'arma importante nell'ottica del rafforzamento della sicurezza. Al contempo, però, anche il rischio di violazioni alla tutela della vita privata e dei dati personali degli interessati sembrano aumentare di pari passo. Tra l'altro, avrebbe dovuto essere tenuto conto del fatto che il quadro giuridico introdotto in funzione dell'interoperabilità non è ancora pienamente applicabile. Senza aver quindi avuto la possibilità di valutarne la portata e gli effetti concreti, si è proceduto ad una revisione dello stesso per permettere che al suo interno venga integrato anche il VIS. Il modo di procedere è quanto meno discutibile, così come discutibile è più in generale la tecnica legislativa impiegata con i due citati regolamenti di riforma del VIS, che certo non brillano per chiarezza e trasparenza. Invece che procedere apportando parcellizzate modifiche ai testi normativi previgenti, sarebbe infatti stato preferibile adottare un nuovo testo più facilmente leggibile e quindi anche meglio comprensibile, sia per le autorità coinvolte, sia per i richiedenti il visto.

Anche nell'ambito della politica dei visti, sembra quindi confermata l'impressione, già ben evidenziata, più in generale, con riferimento alle misure adottate in funzione della creazione dell'area Schengen, che la sicurezza sempre più domini la libertà, con un progressivo inasprimento degli strumenti volti ad assicurarla⁸⁵.

Il ricorso alle tecnologie digitali deve senz'altro essere incentivato, soprattutto tenuto conto delle sempre più avanzate soluzioni rese possibili dai progressi compiuti. Il percorso tracciato dalla recente riforma del VIS verrà con ogni probabilità proseguito con l'imminente introduzione di visti digitali. Attualmente, le domande e le decisioni di visto sono registrate

84. V. *supra*, par. 7.

85. Così, A. Di Pascale, *Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, p. 1 e spec. p. 46.

nel VIS, ma la procedura di domanda di visto, in gran parte degli Stati membri, è solo parzialmente digitalizzata. A ciò si aggiunga che il visto viene ancora materialmente applicato in forma adesiva. La Commissione, dando seguito all'obiettivo già indicato nell'ambito del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo del 23 settembre 2020⁸⁶, ha presentato nell'aprile 2022 una proposta volta a digitalizzare la procedura di rilascio dei visti⁸⁷. Anche tale proposta viene presentata come strumento utile, tra l'altro, a migliorare la sicurezza dell'area Schengen. Obiettivo, questo, certo legittimo, ma che in nessun modo può andare a discapito delle istanze di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini di Stati terzi richiedenti il visto.

86. V. 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 del 23.9.2020, p. 14.

87. V. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (CE) 767/2008, (CE) 810/2009 e (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, i regolamenti (CE) 1683/95, (CE) 333/2002, (CE) 693/2003 e (CE) 694/2003 del Consiglio e la Convenzione di applicazione dell'Accordo Schengen, per quanto riguarda la digitalizzazione della procedura di visto, COM (2022) 658 final del 27.4.2022.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

LA DETERMINAZIONE DELL'ETÀ DEI RICHIEDENTI ASILO NEI PAESI DI "SECONDO APPRODO": *IN DUBIO PRO SOFTWARE?*

di Luca Alessandria

Abstract: *I movimenti secondari comportano la necessità per lo Stato membro di destinazione di accertare l'età dei richiedenti asilo che hanno già fatto ingresso nel territorio europeo in un altro Stato membro. La regolarità e l'efficacia della procedura di accertamento dell'età sono di fondamentale importanza per la tutela degli interessi dei minori richiedenti asilo e dipendono, in ultima analisi, dalla legittimità e dall'adeguatezza dei mezzi di indagine impiegati. In assenza di norme uniformi tra gli Stati membri, assume particolare rilievo il modo in cui le autorità degli Stati membri di secondo arrivo tengono conto delle risultanze dell'accertamento dell'età effettuato nel Paese di primo ingresso, quali ad esempio le informazioni sull'età derivanti dai sistemi informativi comuni. Il presente lavoro cercherà di stabilire, alla luce delle fonti internazionali ed europee in materia di protezione dei minori, nonché del quadro procedurale del sistema comune europeo di asilo, quale efficacia possa essere legittimamente riconosciuta alle determinazioni dell'età effettuate dallo Stato membro di primo ingresso.*

Abstract: *Secondary movements entail the need for the Member State of destination to assess the age of asylum seekers who have already entered the European territory in another Member State. The regularity and effectiveness of the age assessment procedure are of paramount importance for the protection of minor asylum seekers' interests and ultimately depend on the lawfulness and appropriateness of the means of investigation employed. Recently, the implementation of shared databases in the Common European Asylum System has made available to the migration and security authorities of each Member State the results of investigations carried out by other States on the characteristics of the asylum seeker, including his age. In the absence of uniform rules at the European level, it is crucial to investigate how the authorities of the "second arrival" Member States take into account the findings of the age assessment carried out in the country of first entry, such as age information from common information systems. This paper will attempt to establish, in the light of international and European sources on child protection, as well as the procedural framework of the Common European Asylum System, whether and under which conditions such information can be considered valid and binding.*

LA DETERMINAZIONE DELL'ETÀ DEI RICHIEDENTI ASILO NEI PAESI DI "SECONDO APPRODO": *IN DUBIO PRO SOFTWARE?*

di Luca Alessandria*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Principi guida per l'accertamento dell'età nel contesto della procedura d'asilo. – 2.1. Il sistema comune d'asilo e le fonti applicabili al procedimento di determinazione dell'età. – 2.2. Il principio dei *best interests of the child* e il beneficio del dubbio quale suo corollario. – 2.3. L'accertamento transfrontaliero dell'età tra autonomia procedurale e principio della fiducia reciproca tra Stati membri. – 3. Peculiarità della istruttoria procedimentale nel Paese di "secondo approdo". – 3.1. Le circostanze in cui sorge il dubbio circa l'età del richiedente. – 3.2. La valenza istruttoria delle risultanze dei sistemi informativi europei. – 3.3. Autonomia procedurale e *mutual recognition*: un esito decisionale a rime obbligate? – 4. Quale efficacia può essere riconosciuta alle determinazioni dell'età compiute dallo Stato membro di primo ingresso? – 4.1. La tensione apparente tra *mutual recognition* e beneficio del dubbio. – 4.2. Le implicazioni dei *best interests of the child* per l'autonomia procedimentale dello Stato membro di secondo approdo. – 4.3. Limiti e rimedi rispetto al riconoscimento di efficacia da parte dello Stato di "secondo approdo" alle determinazioni dell'età effettuate da un altro Stato membro. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel sistema comune europeo d'asilo, nonostante un progressivo calo rispetto al picco registrato in corrispondenza della cosiddetta «crisi dei rifugiati» nel 2015¹, nell'anno 2020 tre nuove domande d'asilo su dieci sono state presentate da minori, di cui il dieci per cento non accompagnati². Se tale dato è letto in congiunzione con quelli secondo cui tra il 2018 e il 2020, nell'ambito della procedura d'asilo, soltanto circa milleduecento minori stranieri non accompagnati sono stati trasferiti dallo Stato di primo ingresso in ragione dei legami familiari, a norma dell'art. 8 del c.d. regolamento Dublino III³, mentre nello stesso periodo

* Allievo Ordinario di Scienze Giuridiche nella Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna, Pisa. Indirizzo mail: l.alessandria@santannapisa.it.

1. L'espressione, equivalente a quella di «crisi migratoria», nonostante trovi evidentemente la propria radice nel tono sensazionalistico con cui i *media* descrissero nel 2015 l'aumento del numero di richiedenti asilo giunti in Europa a seguito della crisi (quella sì) in Siria (si v. a tal proposito, E. Greussing & H. G. Boomgaarden, *Shifting the refugee narrative? An automated frame analysis of Europe's 2015 refugee crisis*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 43(11).2017, pp. 1749-1774), è entrata a pieno titolo anche nel linguaggio accademico e istituzionale (si cfr. ad esempio, M. Savino (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017; S. Carrera, S. Blockmans, D. Gros and E. Guild, *The EU's Response to the Refugee Crisis Taking Stock and Setting Policy Priorities*, in *CEPS Essays*, n. 20.2015; European Commission, *Refugee crisis: European Commission takes decisive action*, 9 settembre 2015).

2. Tali dati si rinvencono in Eurostat, *3 out of 10 first-time asylum applicants are children*, 26 luglio 2021, consultabile all'indirizzo <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210726-1>.

3. Si v. il *Data Browser* di Eurostat (online data code: migr_dubti) all'indirizzo https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/MIGR_DUBTI_custom_3088054/default/table?lang=en. Cfr. M.

si sono perse le tracce di oltre diciottomila minori stranieri non accompagnati⁴, risulta possibile comprendere, pur in assenza di numeri precisi, in quale misura il fenomeno dei c.d. movimenti secondari interessi la categoria probabilmente più vulnerabile tra i richiedenti asilo. Tra le complesse questioni che emergono, da un simile contesto, in relazione alla condizione giuridica del minore straniero non accompagnato che domandi il riconoscimento della protezione internazionale in uno Stato diverso da quello di “primo approdo”, il presente lavoro intende porre in risalto e analizzare i profili problematici che connotano l’attività di determinazione dell’età⁵. L’età assume infatti rilievo, nel sistema europeo comune d’asilo, per la selezione delle regole e procedure migratorie applicabili nell’ambito dell’esame della domanda del richiedente⁶: in particolare, la minore età determina l’applicabilità di norme diverse con riferimento ai presupposti e alle modalità di trattenimento (ai sensi dell’art. 11, dir. 2013/33/UE del 26.6.2013), al trasferimento nello Stato competente secondo il reg. 604/2013/UE del 26.6.2013 (regolamento Dublino III), in particolare l’articolo 6, e alle decisioni di allontanamento a norma della direttiva 2001/40/CE del 28.05.2001, nonché in ordine alle condizioni di accoglienza e assistenza⁷. Il disconoscimento della condizione di minore dello straniero nello Stato di secondo ingresso, ove questi abbia avanzato domanda d’asilo, è dunque suscettibile di provocare conseguenze pregiudizievoli sul piano delle garanzie procedurali e della tutela dell’interesse materiale e morale. Pertanto, rivestono fondamentale importanza la regolarità e l’efficacia del procedimento di determinazione dell’età, le quali dipendono precipuamente dalla legittimità e dall’adeguatezza dei mezzi istruttori impiegati. A tale riguardo, in mancanza di una disciplina uniforme tra gli Stati

Wagner, J. Perumadan, e P. Baumgartner, *Secondary Movements*, in *Ceaseval Research On The Common European Asylum System*, 34, 2019, p. 14 e ss.

4. Le cifre qui riportate sono state rese note dall’organizzazione Lost in Europe (cfr. <https://lostineurope.eu/file/no-numbers-file>) e pubblicate, tra gli altri, da J.P. Stroobants, *En trois ans, plus de 18.000 mineurs étrangers ont disparu en Europe*, in *Le Monde*, 19 aprile 2021.

5. Con riguardo all’ordinamento italiano, il tema è stato, da ultimo, affrontato da M. Benvenuti, *Dubito, ergo iudico. Le modalità di accertamento dell’età dei minori stranieri non accompagnati in Italia*, in questa *Rivista*, n. 2.2012, pp. 172-195, il quale analizza l’evoluzione della disciplina delle modalità di accertamento dell’età dei minori stranieri non accompagnati e dei minori non accompagnati vittime di tratta, mettendo in luce gli apprezzabili avanzamenti conseguiti con la l. n. 47/2017 e il Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell’età dei minori stranieri non accompagnati del 2020, ma al contempo rilevando le persistenti lacune e contraddizioni che tuttora caratterizzano tale quadro normativo.

6. In questo senso, *ex multis*, si vedano European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures – Minimum age requirements concerning children’s rights in the EU*, 2018, p. 7, consultabile all’indirizzo <http://fra.europa.eu/en/publication/2018/minimum-age-asylum>; European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Detriment of the Doubt: Age Assessment of Unaccompanied Asylum-Seeking Children*, Dicembre 2015, AIDA Legal Briefing n. 5, p. 1; J. Dorber, *Age Assessment for Children in Migration: a Human Rights-Based Approach*, Consiglio d’Europa, Dicembre 2019, p. 7, accessibile all’indirizzo www.coe.int/children; S. Penasa, *L’accertamento dell’età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un’analisi comparata e interdisciplinare*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. spec. 2.2019, p. 99.

7. Sul punto, v. European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 6 e European Asylum Support Office (EASO), *Guida pratica dell’EASO sulla valutazione dell’età*, 2018, p. 18.

membri, la recente pubblicazione dei risultati del monitoraggio svolto dallo *European Asylum Support Office* (di seguito, EASO) ha fatto luce in merito alle legislazioni vigenti e alle prassi invalse in ciascun ordinamento⁸. Un aspetto particolarmente problematico per la tutela della persona di minore età richiedente asilo, che i risultati di tale indagine pongono in risalto, riguarda le modalità di accertamento dell'età adottate da uno Stato membro per valutare l'applicabilità dell'art. 6 del regolamento Dublino III⁹. Si pone, in particolare, un interrogativo, su cui la dottrina sembra per il momento non aver focalizzato la propria attenzione: in quale misura gli Stati membri dell'Unione europea tengono conto, nel proprio accertamento, del risultato di una determinazione dell'età effettuata da un altro Stato membro?

All'esito di un movimento secondario, quando giunge nel Paese di destinazione, in effetti, lo straniero che proponga la domanda d'asilo e voglia essere riconosciuto quale minore non è destinato a scontrarsi solo con la «cultura del sospetto»¹⁰, né è ostacolato soltanto dalla carenza dei documenti anagrafici (carenza che in un'ampia parte dei casi contraddistingue i minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo)¹¹, ma si trova in una posizione tale per cui l'autorità dello Stato al quale richiede il riconoscimento è in possesso di un novero di informazioni che lo riguardano, provenienti dallo Stato di primo ingresso, che rischiano di orientare in modo incontrovertibile la determinazione¹². L'impiego nel sistema comune europeo di asilo di strumenti informativi digitali e banche dati comuni ha infatti reso disponibile – si vedrà in che misura – alle autorità migratorie e di sicurezza di ciascuno Stato membro anche le risultanze di accertamenti condotti da altri Stati sulle caratteristiche del richiedente asilo, ivi compresa l'età anagrafica. Le certezze, solo apparenti, che le autorità del Paese di “secondo approdo” traggono dalla consultazione dei sistemi informativi europei, talora in virtù di un principio di *mutual recognition* che pure non pare sancito da alcuna normativa eurounitaria, rischiano di riverberarsi nella dinamica

8. La ricerca, condotta per la prima volta nel 2013, è stata nuovamente pubblicata come European Asylum Support Office (EASO), *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings*, Luglio 2021, disponibile su <https://www.refworld.org/docid/6138b2cd4.html>.

9. Si v. *ivi*, p. 7 e ss.

10. L'espressione si ricava dalla parafrasi di quella di «*culture of disbelief*» impiegata da H. Crawley, *When is a child not a child? Asylum, age disputes and the process of age assessment*, ILPA research report, 2007, p. 26 e ss., cui si rinvia anche per il relativo approfondimento.

11. Cfr. *Id.*, *op. cit.*, p. 21; S. Penasa, *op. cit.*, p. 100; Advisory Committee on Migration Affairs (ACVZ), *Report: 'Detriment of the doubt' Age assessment and age registration in EU Member States of previous stay*, The Hague, ACVZ publication, 2020, *passim*; E. di Napoli, *Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017*, in questa *Rivista*, n. 3.2017, p. 2.

12. Tale circostanza, su cui si tornerà più diffusamente *infra*, è data per scontata da testi rivolti alla prassi quali European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, 2020, *passim*, e European Asylum Support Office (EASO), *Guida pratica dell'EASO sulla valutazione dell'età*, 2018, *passim*.

procedurale dell'accertamento dell'età del richiedente asilo con effetti dirompenti, in particolar modo ove conducano all'accantonamento di altri metodi istruttori certamente disponibili¹³. Allorché poi l'informazione dedotta dal *software* si ponesse in contraddizione con l'età affermata dal minore e l'autorità accertante ritenesse di riconoscere un valore dirimente a tale risultanza, il dubbio sull'età del richiedente, benché originante dallo stesso *software*, invece che operare in beneficio del soggetto sino alla determinazione, finale e conclusiva, della situazione contraria, si risolverebbe in una presunzione di maggiore età, con evidente detrimento in termini di garanzie procedurali e tutele sostanziali.

La sussistenza di una simile prassi in diversi Stati membri può condurre a riconoscere la validità del principio *in dubio pro software*? Nell'ambito del presente lavoro, dopo aver operato un'analisi delle fonti applicabili alla luce del quadro normativo internazionale ed europeo e chiarito quali elementi contraddistinguono, sotto questo profilo, la procedura di accertamento dell'età nello Stato di "secondo approdo", si tenterà di stabilire se, in conformità al diritto vigente, possa essere riconosciuta alcuna efficacia alle determinazioni dell'età del richiedente asilo effettuate da un altro Stato membro.

2. Principi guida per l'accertamento dell'età nel contesto della procedura d'asilo

2.1. Il sistema comune d'asilo e le fonti applicabili al procedimento di determinazione dell'età

Il quadro giuridico della procedura di determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati, qui intesa quale momento della più ampia procedura di asilo, varia considerevolmente tra gli Stati membri¹⁴, principalmente con riferimento alle modalità di valutazione¹⁵, ma sembra possibile intravedere la progressiva convergenza dei singoli ordinamenti verso principi uniformi. Giacché, com'è noto, la Convenzione di Ginevra del 1951, eseguita in Italia con la l. n. 722/1954, oltre a recare la definizione dello *status* di rifugiato, pone in capo alle Parti contraenti obblighi strumentali alla protezione dei richiedenti, tra cui in primo luogo il principio di *non refoulement*, che, pur avendo un sicuro

13. Su tali rischi ha richiamato recentemente l'attenzione il Report dell'Advisory Committee on Migration Affairs (ACVZ), *op. cit.*, con riferimento al contesto dei Paesi Bassi, ma le prassi ivi analizzate e le osservazioni ivi contenute paiono assumere rilevanza anche nel resto del sistema comune europeo d'asilo.

14. Una simile osservazione, per la verità assai ricorrente, oltre che in S. Penasa, *op. cit.*, p. 102 e AIDA, *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, European Council of Refugees and Exiles, 2017, p. 35, si ritrova anche nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, *La protezione dei minori migranti*, COM(2017)211 final, del 12.4.2017.

15. In questo senso, European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 2 che cita, a tal proposito, l'European Asylum Support Office (EASO), *Age assessment practices in Europe*, Dicembre 2013, ma l'affermazione rimane valida anche con riferimento a European Asylum Support Office (EASO), *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings*, Luglio 2021.

rilievo procedurale, non valgono a configurare una disciplina compiuta dell'*iter* che conduce al riconoscimento della tutela, può certamente dirsi che, sino agli anni Novanta, la regolamentazione della procedura d'asilo fosse in larga parte rimasta ricompresa nell'ambito dell'esercizio dei tradizionali «poteri di confine» dello Stato nazionale¹⁶. Sebbene non si possa obliterare come, almeno parzialmente, lo Stato conservi tuttora la storica prerogativa di definire le condizioni di ingresso e permanenza nel proprio territorio, appare tuttavia d'obbligo riconoscere l'intervenuto mutamento del quadro normativo e procedere alla ricostruzione della disciplina della procedura di asilo, ed in particolare della procedura di determinazione dell'età dei MSNA, alla luce delle fonti internazionali, delle fonti dell'Unione europea e del diritto nazionale. Infatti, onde evidenziare l'applicabilità di principi comuni agli Stati membri dell'Unione nello svolgimento dell'attività di accertamento dell'età, occorre considerare attentamente quale margine di discrezionalità permanga in capo agli Stati una volta adempiute le obbligazioni che discendono dall'interazione delle eterogenee fonti summenzionate.

Guardando in primo luogo alle fonti del diritto internazionale, è sufficiente rammentare, per i limitati fini del presente lavoro, come gli Stati membri dell'UE, oltre che della Convenzione di Ginevra, sono altresì Parti contraenti della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (CRC); pertanto, tali Convenzioni internazionali dispiegano la propria efficacia, ove applicabili, anche nel contesto della procedura di asilo e, nello specifico, nell'accertamento dell'età dei richiedenti¹⁷. In secondo luogo, è noto come la direttiva 2005/85/CE del 1.12.2005, dapprima, e la direttiva 2013/32/UE del 26.6.2013, c.d. direttiva procedure che l'ha poi sostituita, abbiano inteso operare un'armonizzazione minima delle regole vigenti nei singoli Stati membri attraverso l'affermazione di *standard* comuni, ossia di principi e garanzie che debbono trovare uniforme applicazione in tutti gli Stati, nella prospettiva di costituire quel «sistema europeo comune di asilo» già evocato nelle Conclusioni del Consiglio di Tampere e attualmente individuato quale obiettivo dal diritto primario dell'Unione¹⁸. La procedura d'asilo, dunque, benché non sia fatta oggetto di una regolazione unitaria tra gli Stati membri, appare comunque quale

16. Si intende qui richiamare il titolo di F. Oliveri, «*Poteri di confine*» e i loro limiti. Per una genealogia del diritto italiano dell'immigrazione, in *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, a cura di F. Biondi dal Monte e E. Rossi, Pisa, Pisa University Press, 2020, pp. 109-146. Inoltre, si sceglie qui per semplicità di far coincidere il processo della progressiva assimilazione delle discipline in materia d'asilo tra gli Stati membri con il periodo della adozione delle prime iniziative della politica comune di asilo, che principia con la Convenzione di Dublino del 1990.

17. In questo senso, E. di Napoli, *op. cit.*, p. 4. Si vedano, inoltre, G. Ciliberto e A.M. Roşu, *Asilo e protezione internazionale nella Cedu*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, e UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Observations on the use of age assessments in the identification of separated or unaccompanied children seeking asylum*, Giugno 2015.

18. Il riferimento è al *Programma di Tampere: verso un'Unione di libertà, sicurezza e giustizia*, Conclusioni della Presidenza del 15-16 ottobre 1999, consultabile al sito www.consilium.europa.eu, par. 15 e all'art. 78 TFUE.

locus giuridico retto da norme di principio e obiettivi di risultato comuni in relazione ai quali deve essere valutata la legittimità delle puntuali regole procedurali adottate da ciascun ordinamento, e quindi anche delle regole attinenti alla determinazione dell'età dei richiedenti asilo. Né potrebbe essere revocata in dubbio la necessità di interpretare le norme della direttiva 2013/32/UE, e degli altri atti legislativi dell'Unione in materia di asilo, tra cui il reg. 604/2013/UE del 26.6.2013 (c.d. regolamento Dublino III), in conformità con i principi di fonte internazionale, al fine di prevenire antinomie tra gli *standard* di tutela e la violazione da parte degli Stati membri degli obblighi cui sono soggetti secondo il diritto internazionale convenzionale. D'altra parte, sono le stesse fonti primarie del diritto dell'UE, ed in particolare l'art. 78 TFUE, ad operare il raccordo tra le misure legislative adottate nell'ambito della politica comune di asilo e i trattati di diritto internazionale umanitario, allorché stabiliscono che «detta politica deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo *status* dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti.»; nella categoria degli «altri trattati pertinenti» si iscrive indubbiamente la CEDU, le cui norme peraltro rappresentano principi generali del diritto dell'Unione, ma anche la CRC, nonostante la reticenza della Corte di giustizia sul punto¹⁹.

Chiarito perciò come il procedimento che conduce al riconoscimento o al diniego dello *status* di rifugiato sia informato dalla vigenza di norme multilivello, occorre allora indicare quali siano le disposizioni che devono trovare applicazione da parte degli Stati membri nel definire le regole di svolgimento di accertamenti sull'età di MSNA richiedenti. In primo luogo, assume rilievo l'art. 10 della direttiva procedure che, in riferimento all'esame della domanda di protezione, ribadisce l'esigenza che le decisioni dell'autorità accertante siano adottate «previo congruo esame»: anche l'età del richiedente, quale elemento di fatto rilevante ai fini della decisione sullo *status* di rifugiato, deve essere oggetto di uno scrutinio appropriato (*appropriate examination*), secondo i criteri definiti dalla norma stessa, quali la natura individuale, obiettiva ed imparziale della decisione, l'impiego di informazioni sui Paesi di origine, la competenza specifica dei funzionari incaricati di condurre l'esame e la possibilità di questi di avvalersi di consulenti per l'esecuzione di accertamenti di natura tecnica. Evidente è il nesso tra l'esigenza di un'istruttoria adeguata e la disciplina dei mezzi istruttori, *in primis* dell'onere della prova: a tal proposito, secondo l'orientamento degli organismi internazionali competenti in materia di asilo e della costante giurisprudenza

19. Vd. a tal proposito R. Banks, *The Potential and Limitations of the Court of Justice of the European Union in Shaping International Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, n. 2, p. 217, secondo cui «the purpose of this provision is to guarantee the conformity of the EU asylum policies with international law binding upon member states».

interna e sovranazionale²⁰, dal combinato disposto dell'art. 4, par. 1 della dir. 2011/95/UE del 13.12.2011 (c.d. direttiva qualifiche) e degli articoli 12, par. 1, lett. a) e 13, par. 1, lett. b), dir. 2013/32/UE deriva un principio di condivisione dell'onere probatorio, tale per cui il richiedente dovrebbe essere posto in condizione di poter produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda e, al contempo, l'autorità, amministrativa o giurisdizionale, dovrebbe sia cooperare con il richiedente al fine di assicurare la completezza del materiale probatorio e verificare l'attendibilità del medesimo, sia estendere il proprio scrutinio a tutti gli elementi significativi della domanda, anche se eventualmente non allegati dal richiedente. Mentre sotto il profilo amministrativo tale principio si traduce in un obbligo di cooperazione istruttoria, ossia di soccorso istruttorio e di dispiegamento dei metodi di indagine disponibili da parte dell'autorità procedente, sotto il profilo processuale esso si risolve in un'attenuazione del principio dispositivo in ordine all'onere della prova, sia per la doverosa attivazione dei poteri officiosi d'integrazione istruttoria sia per le modalità di valutazione della prova²¹. Nonostante sembrino mancare disposizioni esplicitamente volte a declinare tali parametri nel contesto della procedura di determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati, alcune norme in materia *lato sensu* probatoria e specificatamente applicabili a tale procedimento possono essere desunte dall'art. 25, par. 5 della dir. 2013/32/UE, rubricato «Garanzie per i minori non accompagnati». Tale disposizione, sotto il profilo dell'*an*, riconosce agli Stati membri la facoltà di esperire visite mediche per accertare l'età del minore non accompagnato laddove, in base a sue dichiarazioni generali o altre indicazioni pertinenti, siano sorti dubbi circa l'età, mentre, sotto il profilo del *quomodo*, dispone garanzie procedurali *ad hoc* per la salvaguardia della dignità dell'individuo e della attendibilità dei risultati dell'esame. Il fatto che l'art. 25, par. 5 disciplini espressamente solo una delle possibili modalità di determinazione dell'età, ossia il ricorso al mezzo istruttorio della perizia medico-legale, non può condurre a travisare la portata precettiva di tale disposizione: da un lato, la subordinazione dell'esperimento della visita medica alla sussistenza di un dubbio fondato, sorto a seguito dell'esame dei documenti e delle dichiarazioni del richiedente, qualifica l'indagine medica quale *extrema ratio* per la determinazione dell'età e, dunque, impone un giudizio di proporzionalità delle misure

20. Si cfr. European Asylum Support Office (EASO), *Guida pratica, cit.*, p. 67 e European Asylum Support Office (EASO), *Valutazione delle prove e della credibilità nell'ambito del sistema europeo comune di asilo. Un'analisi giuridica*, 2019, p. 44 e ss., e la giurisprudenza ivi citata. Tale orientamento si richiama a UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, Dicembre 2011, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, accessibile a <https://www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html>, Section 196.

21. Con riguardo, ad esempio, alla sola giurisprudenza nazionale si v. Cass. s. n. 13897/2019, Cass. s. n. 29056/2019; Cass. s. n. 29054/2019; Cass. s. n. 28990/2018; Cass. s. n. 26921/2017; Cass. s. n. 29358/2018; Cass. s. n. 16201/2015.

adottate dallo Stato membro rispetto all'esigenza di definire lo *status* del richiedente²²; dall'altro lato, tale articolo contiene una chiara enunciazione della regola del beneficio del dubbio in favore del richiedente, la quale sembrerebbe essere suscettibile di applicazione anche al di fuori dei casi di esame medico-legale inconcludente. Tali norme debbono poi naturalmente essere coordinate con il par. 6 dell'art. 25, a norma del quale «L'interesse superiore del minore costituisce un criterio fondamentale nell'attuazione, da parte degli Stati membri, della presente direttiva». Nell'interpretare tale disposizione, tuttavia, sorge l'interrogativo su quali conseguenze debbano trarsi dalla qualificazione dei *best interests of the child* (di seguito, anche, *BIC*) quale criterio «fondamentale» rispetto agli altri principi sin qui richiamati (il principio del congruo esame, il principio della collaborazione nella formazione della prova, il principio di proporzionalità, il beneficio del dubbio). La risposta a tale domanda non può prescindere da un'ulteriore indagine attorno al contenuto del principio del *BIC* nell'ambito delle procedure di determinazione dell'età dei richiedenti asilo.

2.2. *Il principio dei best interests of the child e il beneficio del dubbio quale suo corollario*

L'indagine può principiarsi rammentando che il principio della prioritaria considerazione dell'interesse del minore è sancito dall'art. 3 della Convenzione di New York del 1989, il cui primo comma recita «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». La disposizione è stata, peraltro, tradotta nella previsione dell'art. 24, co. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, secondo cui «In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente». Secondo l'autorevole interpretazione del *Committee on the Rights of the Child* delle Nazioni Unite, l'art. 3 CRC avrebbe tre dimensioni, o, altrimenti detto, sarebbe fonte di tre distinte norme²³. In primo luogo, essendo una clausola della Convenzione direttamente applicabile (*self-executing*), l'art. 3 determina l'insorgenza in capo allo Stato contraente dell'obbligo di prendere in considerazione il *BIC* nelle decisioni che riguardano un minore, e, correlativamente, l'attribuzione al minore della titolarità di un diritto soggettivo, azionabile in giudizio, del medesimo contenuto. In secondo luogo, il principio del *best interests* esprime la propria vincolatività sul piano ermeneutico, poiché il pieno rispetto del contenuto della norma non può prescindere da una interpretazione di clausole aperte in conformità con essa. Infine dall'art. 3 CRC discende una regola procedurale di carattere generale, tale per cui qualunque

22. Un simile orientamento traspare anche dall'affermazione di S. Penasa, *op. cit.*, p. 104.

23. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Article 3, para. 1)*, 29 Maggio 2013, CRC/C/GC/14.

processo decisionale che possa incidere sulla sfera giuridica di un minore deve includere una appropriata valutazione dei suoi *best interests*, lo svolgimento e le risultanze della quale devono peraltro trasparire dalla motivazione della decisione. Nella prospettiva della presente indagine, allora, il generico richiamo operato dall'art. 25, par. 6 al *BIC* quale «criterio fondamentale» cui gli Stati devono attenersi nell'attuazione delle disposizioni della direttiva, tra cui anche quelle relative alle procedure di accertamento dell'età, deve intendersi operato al complessivo contenuto normativo dell'art. 3 CRC, nonché alle altre norme della Convenzione che concorrono a definire la nozione di «interesse» del minore. D'altronde, la doverosa conformazione della procedura d'asilo al principio sancito dall'art. 3 CRC sembrerebbe già conseguire alla ampia definizione del perimetro applicativo della Convenzione, la quale vincola gli Stati alla tutela di qualunque minore che dipende dalla loro giurisdizione. L'esigenza di conformità appare altresì confermata dall'art. 22 CRC, il quale stabilisce espressamente l'obbligo degli Stati di predisporre «misure adeguate» affinché le persone di minore età che cercano di ottenere lo *status* di rifugiato possano beneficiare della protezione e della assistenza umanitaria necessarie per poter usufruire dei diritti loro riconosciuti²⁴. Com'è stato osservato, la tutela dei minori, ivi compresi ovviamente i MSNA, si configura come un obbligo generale per lo Stato membro che si estrinseca nel dovere di predisporre meccanismi e misure adeguati allo *standard* di protezione sancito dalla Convenzione²⁵; in questo senso, le disposizioni della Convenzione costituiscono il *framework* all'interno del quale ciascun ordinamento è tenuto a strutturare il proprio «*comprehensive child protection system*»²⁶. A tale esigenza trasversale di tutela devono, in definitiva, essere adeguate anche le regole procedurali che governano la procedura di asilo.

Per quanto riguarda, in particolare, l'accertamento dell'età dei richiedenti asilo appare allora condivisibile l'osservazione secondo la quale, al fine di assicurare l'effettivo godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione di New York, è essenziale che un minore sia identificato come tale, soprattutto se non accompagnato, motivo per cui gli Stati hanno un vero e proprio dovere di identificare i bambini come bambini, non appena la loro presenza sul territorio sia nota alle autorità²⁷. L'attività amministrativa o giurisdizionale di determinazione dell'età, quindi, se definita come il procedimento attraverso cui le autorità cercano di stabilire l'età cronologica di un richiedente asilo, e in particolare se questi sia un minore o un adulto, con

24. A tal proposito, si v. J. Pobjoy, *Refugee Children*, in C. Costello, M. Foster, J. McAdam, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 745 e ss.

25. Cfr. European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 1 e UNHCR, *Observations, cit.*, par. 7.

26. L'espressione si ricava da European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *loc. ult. cit.*

27. In questi termini, UNHCR, *Observations, op. cit.*, par. 8, con riferimento a UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *CRC General Comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, 1 Settembre 2005, CRC/GC/2005/6, par. 31(i).

lo scopo di definire quali procedure e regole devono essere seguite²⁸, si configura quale adempimento di tale dovere, adempimento che non può non essere improntato ai *best interests of the child*²⁹. Volgendo, dunque, a considerare quali conseguenze derivino dalla affermazione della cogenza del principio del *BIC*, come interpretato dal *Committee*, nella attività amministrativa e in quella giurisdizionale finalizzate all'accertamento dell'età dei richiedenti asilo, risulta imprescindibile declinare quelli che sono stati previamente richiamati come i principi che presiedono all'esercizio di tale attività alla luce del contenuto sostanziale, ermeneutico e procedurale dell'art. 3 CRC. Pertanto, il principio del congruo esame sembra dover essere interpretato nel senso che risulta deficitaria un'istruttoria in cui manchi un'appropriata valutazione dell'impatto che la decisione sull'età potrebbe avere, sia in termini negativi sia in termini positivi, sul minore straniero non accompagnato, prendendo in considerazione le specifiche circostanze in cui questi versa, nella prospettiva di stabilire quale sia il suo prioritario interesse (ossia lo svolgimento del c.d. *best interests determination*). Di riflesso, il principio della collaborazione nella formazione della prova comporta che speciali garanzie procedurali circondino l'attività istruttoria volta alla determinazione dell'età, al fine di far emergere, anche al di là delle allegazioni del richiedente, l'insieme degli elementi utili ad accertarne la minore età, ma al contempo facendo salve le esigenze di protezione che derivano dalla sua condizione di particolare vulnerabilità. Tali garanzie, per lo meno in parte, sono previste dal già richiamato art. 25 della dir. procedure e dunque devono essere attuate dagli Stati membri³⁰; tuttavia le fonti di *soft law* provenienti da autorevoli organismi internazionali sembrano indicare la necessità di andare oltre quanto previsto dalla direttiva, che costituisce uno *standard* minimo di tutela, per assicurare una «*comprehensive child protection*», e segnalano determinate soluzioni procedurali e *best practices* come maggiormente idonee a rispettare il principio del *best interests*³¹. Allo scopo di consentirgli di far valere tutti gli elementi necessari alla decisione, ad esempio, assume primaria importanza il riconoscimento in capo alla «persona di minore età capace di discernimento» del diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, e il correlativo obbligo dell'autorità di prendere in considerazione

28. Si confrontino le definizioni, per lo più concordanti, di FRA, *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures*, *op. cit.*, p. 7 e European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *loc. ult. cit.*

29. Può forse riconoscersi un contrasto tra l'orientamento qui esposto e quello secondo cui il *best interests of the child* inciderebbe anche sull'*an* della determinazione dell'età nel senso che tale procedura dovrebbe essere svolta solo quando è nell'interesse del minore (come espresso, ad esempio, da S. Penasa, *op. cit.*, p. 114.); in realtà, come argomentato più avanti, si preferisce ricondurre tale regola all'applicazione di un generale principio di proporzionalità, interpretato alla luce del *BIC*.

30. Tra queste figurano, la nomina di un legale rappresentante o tutore e la garanzia dell'accesso alle informazioni, nonché condizioni di non-invasività, professionalità e volontarietà dell'esame medico-legale.³¹ Si v. EASO, *Guida pratica*, *cit.*, p. 20 e ss.; UNHCR, *Observations*, *cit.*, par. 9.

31. Si v. EASO, *Guida pratica*, *cit.*, p. 20 e ss.; UNHCR, *Observations*, *cit.*, par. 9.

tale opinione, pur «tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità»³². Da tale norma che ha la sua fonte nella Convenzione di New York, pur in assenza di riferimenti in tal senso nella direttiva, potrebbe forse farsi discendere un obbligo per gli Stati membri di prevedere anche all'interno del procedimento di determinazione dell'età una fase di ascolto, in senso lato, del richiedente la cui condizione di minore è contestata, ossia un colloquio o un'intervista (il che è ben lungi dall'essere la prassi in molti Stati membri)³³. Anche il principio di proporzionalità nella selezione e nell'applicazione delle misure di determinazione dell'età richiede di essere specificato alla luce della primaria considerazione dell'interesse del minore: infatti, sotto il profilo della necessità, lo svolgimento di un accertamento dell'età dovrebbe conseguire solo all'esistenza di un dubbio circostanziato circa l'età che il richiedente sostiene di avere, e il ricorso a una determinata tecnica di accertamento (quale, ad esempio, la perizia medico-legale) dovrebbe essere stabilito solo se è nell'interesse del minore; mentre, sotto il profilo della adeguatezza, la procedura (e, quindi, le tecniche ivi impiegate) dovrebbe rispondere non ad un'astratta esigenza di determinare precisamente l'età anagrafica del minore straniero non accompagnato, bensì alla necessità di stabilire se trattare il richiedente quale un minore³⁴.

La ricostruzione sin qui svolta sembra suggerire, però, una speciale rilevanza del principio del beneficio del dubbio. Infatti, il beneficio del dubbio rappresenta, per così dire, un *prius* in rapporto agli altri principi, idoneo a meglio specificare in che modo si realizzi (o si dovrebbe realizzare), nell'ambito della procedura di determinazione dell'età del richiedente asilo, quell'istanza di tutela che discende dalla Convenzione. Occorre, dunque, innanzitutto sgomberare il campo da possibili fraintendimenti attorno alla natura e al contenuto di tale principio, poiché, nonostante la reiterata affermazione dell'esistenza di un solo orientamento interpretativo compatibile con il dettato della CRC da parte dell'organo deputato a interpretarla³⁵, persistono in alcuni Stati membri disposizioni che manifestano una diversa concezione del beneficio del dubbio. Infatti, in taluni ordinamenti questo principio trova applicazione solo se il giudice (o, in senso ampio, l'organo decidente) non può ottenere una ragionevole certezza sull'età effettiva della persona dopo aver esaurito tutte le

32. Tale è il tenore dell'art. 12 CRC: «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.».

33. Un riferimento fondamentale è EASO, *Guida pratica, cit.*, p. 40 e ss.

34. In senso analogo, European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 4.

35. V. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, Settembre 2005, disponibile a <https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>, p. 10.

opzioni di indagine proceduralmente ammissibili, quali convengono alle circostanze del caso³⁶. Secondo l'interpretazione preferibile, invece, il beneficio del dubbio opera in favore del sedicente minore, la cui età sia contestata, quale una presunzione relativa tale per cui, nel corso del procedimento amministrativo e/o del giudizio, questi dev'essere considerato un minore, fino all'accertamento della situazione contraria³⁷. Solo tale opzione ermeneutica permette, infatti, di qualificare l'esito dell'attività di determinazione dell'età quale una «decisione relativa ai fanciulli» ai sensi dell'art. 3 CRC; d'altronde è evidente che il superiore interesse del minore non può avere adito nel «congruo esame» degli elementi istruttori già in fase di determinazione dell'età se il richiedente è presunto essere un adulto. Né si vede perché dovrebbero essere applicate, ad esempio all'atto di svolgere la perizia medico-legale, quelle peculiari garanzie sancite *expressis verbis* dalla direttiva in favore del minore, se il richiedente la cui età dev'essere determinata è considerato un adulto. La presunzione di minore età, invece, garantisce la piena applicazione dei principi precedentemente richiamati come scaturenti dall'art. 3 CRC e appare, perciò, una *conditio sine qua non* perché sin dalla fase di identificazione e determinazione dell'età il MSNA richiedente possa accedere a quell'assistenza e quella protezione umanitaria che, ai sensi dell'art. 22 CRC, sono necessarie per il godimento dei diritti che gli sono riconosciuti in quanto fanciullo. D'altronde, se la contestazione della età da parte dell'autorità fosse sufficiente a privare un soggetto che si dichiara minore delle tutele che corrispondono a tale stato, per lo meno fino a un accertamento, lo Stato si sarebbe sottratto *medio tempore* al proprio obbligo di protezione senza possibilità per il sedicente minore di evitare tale situazione potenzialmente dannosa: in altri termini, il dubbio, traducendosi in una presunzione di maggiore età, si risolverebbe in pregiudizio del richiedente (e in beneficio, al massimo, della fiscalità generale).

2.3. L'accertamento transfrontaliero dell'età tra autonomia procedurale e principio della fiducia reciproca tra Stati membri

Nell'esaminare il quadro delle fonti applicabili alla procedura di determinazione dell'età dei MSNA nell'ambito del sistema europeo comune d'asilo, evidenziando in particolare gli orientamenti interpretativi delle disposizioni vigenti che ne assicurano la maggior congruità con il *framework* internazionale e sovranazionale di tutela dei minori, si è dunque resa esplicita l'esistenza di norme di principio comuni che devono trovare attuazione in tutti gli Stati membri dell'UE. A tal proposito, se da un lato la non diretta applicabilità della direttiva

36. Sembra questo essere, ad esempio, il caso della Germania (su cui v. EASO, *Guida pratica, cit.*, p. 5).

37. Sul punto, si v. anche E. di Napoli, *op. cit.*, pp. 8-9.

2013/32/UE (c.d direttiva procedure) sembrerebbe comportare una piena autonomia degli Stati membri «in merito alla forma e ai mezzi» con cui assicurare l'esecuzione degli obblighi che discendono da tali norme di principio, benché temperata, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, dai principi di equivalenza e di effettività³⁸, dall'altro l'efficacia diretta di talune disposizioni chiare, precise e incondizionate contenute nella direttiva e la vigenza di obblighi derivanti da norme *self-executing* di fonte internazionale concorrono a ridurre tale margine di discrezionalità nell'attuazione. A titolo illustrativo, è sufficiente citare la doverosa integrazione del superiore interesse del minore nella decisione e l'applicazione della regola *in dubio pro minore* quali esempi di obblighi idonei a incidere sulla configurazione del quadro normativo applicabile alla determinazione dell'età, per lo meno nella misura in cui sono suscettibili di determinare in capo al minore richiedente una situazione giuridica soggettiva di vantaggio la cui lesione può essere fatta valere in giudizio. L'esistenza di uno *standard* di tutela del minore dotato di un sufficiente grado di vincolatività dovrebbe, dunque, determinare un ridimensionamento dell'autonomia procedurale degli Stati membri e, in ipotesi, la progressiva approssimazione e ravvicinamento tra le legislazioni, anche in materia di determinazione dell'età. Una prima evidenza in questo senso si rinviene nella giurisprudenza delle Corti nazionali e sovranazionali che non ha mancato di censurare l'esercizio dell'attività di accertamento in quanto carente delle dovute garanzie nei confronti del soggetto la cui età è contestata³⁹. Tuttavia la pubblicazione delle nuove risultanze della ricerca condotta da EASO attorno alle legislazioni vigenti e alle prassi invalse negli Stati membri dell'UE per la determinazione dell'età dei minori, nel contesto dei procedimenti di valutazione della domanda di asilo, evidenzia significative evoluzioni nelle modalità di svolgimento di tale accertamento cruciale ai fini della salvaguardia dei diritti e degli interessi del minore straniero non accompagnato, ma non lascia trasparire un quadro di insieme unitario, dal momento che persistono discrepanze non trascurabili nelle regole procedurali⁴⁰. Anche a prescindere dalla sussistenza in alcuni ordinamenti di sistematiche violazioni delle norme comuni del sistema europeo d'asilo⁴¹, difficilmente potrebbe affermarsi che i principi comuni precedentemente

38. Si intende qui richiamare la nota interpretazione dell'art. 288 TFUE ad opera della Corte di giustizia, come ricostruita in H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe, A.H. Türk, *Principles Underlying the Relationship Between the European Union and the Member States*, in Id., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 117-142.

39. In questo senso, per una panoramica sul ruolo delle Corti in prospettiva comparata, si v. S. Penasa, *op. cit.*, p. 110 e ss.

40. Si intende qui fare riferimento alle già citate European Asylum Support Office (EASO), *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings*, Luglio 2021, disponibile su <https://www.refworld.org/docid/6138b2cd4.html>, le quali costituiscono la più aggiornata panoramica sulla disciplina della determinazione dell'età negli Stati membri dell'UE.

41. In particolare Stati quali la Grecia, la Polonia, l'Ungheria si sono contraddistinti negli ultimi anni per ripetute violazioni del principio di *non refoulement* e per le deficienze strutturali nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo.

richiamati, che presiedono allo svolgimento dell'attività di determinazione dell'età, siano oggetto di un'uniforme applicazione in tutti gli Stati membri.

Tale circostanza, non potendo non incidere sulla fenomenologia delle procedure di asilo che interessano più di uno Stato membro (come nei frequenti casi di movimenti secondari), dev'essere valutata, insieme ad altri elementi, anche nella prospettiva di giudicare dell'esistenza e della vincolatività di un principio di *mutual trust*, ossia di fiducia reciproca tra Stati membri, quale fonte di norme applicabili al procedimento di determinazione dell'età con implicazioni transfrontaliere. Com'è noto, il principio di fiducia reciproca origina nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di mercato interno, benché possa rinvenirsi il fondamento legale nella clausola di leale collaborazione prevista dal Trattato dell'UE⁴², e opera quale garanzia della libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi, in quanto limita lo svolgimento degli accertamenti, delle ispezioni, dei controlli nello Stato membro di destinazione a casi eccezionali, vigendo generalmente la presunzione che nello Stato membro d'origine siano applicate e rispettate le norme del diritto dell'Unione europea, ivi comprese quelle in materia di diritti fondamentali⁴³. La progressiva estensione dell'ambito di applicazione del principio, e delle regole da esso promananti (quali il divieto di doppi controlli, il mutuo riconoscimento, ecc.), che è giunto a ricomprendere settori di *policy* quali lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, ove non figura come valore fondante la libera circolazione, ha generato una tensione tra l'effettiva protezione dei diritti fondamentali e l'efficace applicazione del diritto dell'Unione⁴⁴. La scaturente necessità di reperire un equilibrio tra fiducia reciproca tra Stati membri ed esigenze di tutela si riverbera sia in una dimensione astratta, *ex ante*, imponendo al legislatore europeo di dettare una regola ispirata al *mutual trust* solo nella misura in cui esista tra gli ordinamenti nella *subiecta materia* un «*sufficient common ground*»⁴⁵, ossia un sufficiente livello di armonizzazione, sia sul piano concreto, *ex post*, allorché i singoli casi dimostrano i limiti

42. In questo senso, C. Jannsens, *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 28, che a sua volta cita G. Majone, *Regulating Europe*, Londra, Routledge, 1996, p. 279.

43. Le fonti in materia sono estremamente numerose, pertanto ci si limiterà a richiamare in questo luogo quelle che hanno un più diretta connessione con l'argomento del presente lavoro. Per cui, sull'evoluzione giurisprudenziale relativa al principio di *mutual trust* si v. *Ibidem*, p. 11 e ss., e S. Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *European Papers*, vol. 75, 2.2017. Mentre, sulle implicazioni della fiducia reciproca tra Stati membri rispetto al sistema comune europeo d'asilo, si cfr. G. Anagnostaras, *The Common European Asylum System: Balancing Mutual Trust Against Fundamental Rights Protection*, in *German Law Journal*, 2020, 21, pp. 1180-1197; L.A. Jiménez, *Effective Judicial Protection and Mutual Recognition in the European Administrative Space*, in *German Law Journal*, 2021, 22, pp. 344-370; S. Bartolini, *In the name of the best interests of the child: the principle of mutual trust in child abduction cases*, *Common Market Law Review*, 2019, 56, pp. 91-120.

44. Sul tema, si v. F. Maiani e S. Migliorini, *One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Common Market Law Review*, 57, 1.2020, pp. 7-44.

45. Così C. Jannsens, *op. cit.*, p. 28.

dell'architettura del quadro regolatorio europeo fondato sulla *mutual recognition*⁴⁶. Ecco dunque che anche nell'ambito del sistema comune europeo di asilo con riferimento al principio di *mutual trust* si manifesta «*the attempt to strike a balance between the need to ensure the effective functioning of the CEAS and the aspiration to protect the legal interests of asylum seekers and beneficiaries of international protection*»⁴⁷. Ai fini del presente lavoro, può infatti essere utile rammentare che operano nel quadro delle politiche migratorie dell'Unione europea due principali meccanismi fondati sulla fiducia reciproca: il primo è previsto dal reg. 604/2013/UE del 26.6.2013 (c.d. regolamento Dublino III) in riferimento alla determinazione del Paese competente a esaminare la domanda di asilo, e al relativo trasferimento del richiedente nello Stato di primo ingresso; il secondo è il sistema di riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento relative a cittadini di Paesi terzi, che è disciplinato dalla dir. 2001/40/CE del 28 maggio 2001⁴⁸. Nonostante le differenze, in entrambe le ipotesi l'applicazione della regola determina una sospensione da parte dello Stato membro di secondo ingresso della funzione di tutela nei confronti di cittadini di Paesi terzi che si trovano nel suo territorio, la quale è compensata dalla presunzione di fiducia reciproca: nel caso del regolamento di Dublino, è generalmente presunto che i richiedenti asilo trasferiti nello Stato membro responsabile riceveranno una protezione equivalente dei loro diritti fondamentali⁴⁹, mentre, nel caso della dir. 2001/40/CE, si dà per presupposto che le decisioni di allontanamento siano state adottate in conformità ai diritti fondamentali⁵⁰. Le possibili conseguenze negative per il richiedente che derivano da una “applicazione automatica” di tali meccanismi appaiono incompatibili con l'esigenza di tutela dei minori stranieri non accompagnati, e in particolare con lo *standard* di protezione cui gli Stati sono vincolati in conformità alla Convenzione di New York del 1989; ragion per cui, per lo meno nel regolamento di Dublino III, sono previste particolari cautele in rapporto al trasferimento del minore, ossia il previo esperimento di una valutazione del suo preminente interesse quale condizione per la decisione di trasferimento⁵¹. Nondimeno il difficile bilanciamento sotteso

46. Il rimando è ovviamente alla giurisprudenza della Corte di giustizia sui limiti del principio di *mutual trust* nell'ambito dell'applicazione del regolamento di Dublino, i cui più recenti sviluppi sono analizzati da G. Anagnostaras, *op. cit.*, p. 1182 e ss.

47. La citazione è tratta da *ibidem*, p. 1184 con riferimento alla pronuncia Corte giust, sent. 19.3.2019, C- 163/17, *Abubacarr Jawo v. Bundesrepublik Deutschland*.

48. Più in generale, sui meccanismi di *mutual recognition* operanti nel diritto dell'UE, si v. J.J. Pernas García, *The EU's Role in the Progress Towards the Recognition and Execution of Foreign Administrative Acts: The Principle of Mutual Recognition and the Transnational Nature of Certain Administrative Acts*, in *Recognition of Foreign Administrative Acts*, a cura di J. Rodríguez e A. Muñoz, Cham, Springer International Publishing, 2016, pp. 15-32.

49. In questi termini, S. Bartolini, *op. cit.*, p. 95.

50. Si v. il considerando 4 della citata dir. 2001/40/CE del 28 maggio 2001.

51. In particolare, le garanzie per il minore nelle procedure di applicazione del regolamento 604/2013 sono previste dall'art. 6; si veda a tal proposito V. Mitsilegas, *Solidarity and Trust in the Common European Asylum System*, in *Comparative migration Studies*, Vol. 2, 2.2014, pp. 181-201.

alla disciplina di tali meccanismi ne suggerisce la eccezionalità, per lo meno nel sistema comune d'asilo, e dunque l'inapplicabilità in via analogica: in altri termini, bisogna riconoscere che il principio di *mutual trust* «allo stato attuale del suo sviluppo, non è un principio autonomo applicabile indipendentemente dalla legislazione secondaria o che prevalga su di essa, ma, al contrario, esso si applica attraverso la legislazione.»⁵². In assenza di una fonte secondaria che istituisca un meccanismo procedurale fondato sulla fiducia reciproca tra Stati membri, lo Stato membro rimane soggetto solo a un generale obbligo di leale collaborazione.

In definitiva, il quadro giuridico della procedura di determinazione dell'età transfrontaliera, benché ancora fortemente condizionato dalle discrasie scaturenti dall'autonomia procedurale degli Stati membri, appare informato da principi comuni di indubbia coerenza volti ad assicurare il difficile equilibrio, nel sistema comune europeo d'asilo, tra efficacia e tutela; essendo tuttavia incompleto il processo di armonizzazione, le spinte in avanti nella direzione della fiducia reciproca non trovano *de jure condito* giustificazione nella legislazione secondaria e devono, perciò, essere vagliate criticamente.

3. Peculiarità della istruttoria procedimentale nel Paese di “secondo approdo”

3.1. *Le circostanze in cui sorge il dubbio circa l'età del richiedente*

Per il soggetto straniero presente nel territorio di uno Stato diverso da quello di primo ingresso, come sono particolari i rischi del mancato riconoscimento della sua minore età, così sono peculiari le circostanze dalle quali può sorgere una contestazione dell'età asserita. Un'analisi della procedura di accertamento dell'età che tenga conto di tali specificità non può tuttavia prescindere dal rispondere, almeno sommariamente, a un interrogativo preliminare: perché un minore straniero non accompagnato dovrebbe allontanarsi dallo Stato membro cui è giunto in primo luogo? Ebbene, una ragione potrebbe essere individuata nella circostanza per cui i bambini migranti sono indotti a credere che sia preferibile per loro non essere identificati come minori al fine di evitare di essere oggetto delle misure di protezione dello Stato membro in cui si trovano e così poter continuare a spostarsi⁵³. Tale ipotesi, per quanto verosimile, appare comunque contraddetta sia dalla scarsa significatività che in molti contesti socio-culturali riveste l'età anagrafica sia dal fatto che «risulta provato come molti bambini migranti non si rendano conto del significato e delle implicazioni della contestazione della loro età, sia per quanto riguarda le modalità con cui viene esaminata la

52. In questi termini, F. Maiani e S. Migliorini, *op. cit.*, p. 11 (trad. mia).

53. Tale ipotesi è formulata anche in European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 2. Analogamente H. Crawley, *op. cit.*, p. 19.

loro domanda di asilo, sia per quanto riguarda i diritti all'assistenza o all'istruzione»⁵⁴. Sembra dunque parimenti plausibile la spiegazione secondo la quale i movimenti secondari sarebbero da imputarsi agli ostacoli al ricongiungimento familiare di carattere legale e amministrativo, che si traducono in lunghi periodi d'attesa, che possono durare anni, e che inducono i bambini a tentare di raggiungere le proprie famiglie da soli⁵⁵. Se a quanto osservato si unisce la considerazione dei casi in cui la minore età sia stata disconosciuta dalle autorità dello Stato di ingresso, si può ritenere di avere inquadrato, pur non esaustivamente, le principali cause dei movimenti secondari dei minori migranti all'interno dell'area Schengen. È del tutto evidente come le cause sistemiche informino le dinamiche concrete che determinano gli spostamenti clandestini del minore migrante e si riflettano anche sulle circostanze della contestazione della età nello Stato di destinazione. La vicenda dello spostamento intra-Schengen, che a monte determina il carattere trans-frontaliero della procedura di asilo, tende in altre parole a condizionare le cause, le modalità di svolgimento e gli esiti dell'accertamento nello Stato di destinazione.

Sebbene, infatti, si sia affermata la sussistenza di un principio di necessità che impone agli Stati membri di limitare il ricorso alla procedura di determinazione dell'età ai casi in cui ciò sia nell'interesse del presunto minore, e di non condurre tale attività di accertamento in modo routinario⁵⁶, l'esame delle prassi adottate dagli Stati membri evidenzia come l'*age assessment* possa iniziare in ogni momento, in ogni fase della procedura di asilo⁵⁷. Ciò si spiega, in effetti, constatando che la determinazione dell'età rappresenta, da un punto di vista procedimentale, una fase eventuale dell'attività di identificazione dello straniero richiedente asilo⁵⁸; giacché l'età, oltre a essere un dato della personalità, costituisce un segno distintivo dell'identità⁵⁹, l'impossibilità di determinarla importa l'incompleta identificazione del soggetto. In questo senso, nella maggioranza dei casi è «l'oggettiva impossibilità *ab origine* di recare e produrre documenti affidabili in grado di certificare la data di nascita e la stessa identità del migrante nel momento del primo contatto con le autorità nazionali del Paese di arrivo» a far «sorgere in queste ultime l'esigenza di verificare attraverso altre modalità e procedure, alternative a quelle basate su prove

54. *Loc. ult. cit.*, p. 20 (trad. mia).

55. Si veda a tal proposito quanto riportato dal report Save the Children, *Protection beyond reach. State of play of refugee and migrant children's rights in Europe*, Settembre 2020, pp. 3-4.

56. In questo senso anche EASO, *Guida pratica, cit.*, p. 24 e European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 3.

57. Tale dato si desume da EASO, *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings, cit.*, p. 11.

58. In senso analogo, E. di Napoli, *op. cit.*, p. 2.

59. Sul rapporto tra identità e segni identificativi, si v. la voce G. Bavetta, *Identità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 955.

esclusivamente documentali, l'identità e l'età dei richiedenti protezione internazionale»⁶⁰. Cionondimeno, ai fini della procedura di asilo, non sembra *prima facie* sussistere in capo all'autorità un dovere di definire conclusivamente l'età cronologica del soggetto identificando, bensì solo di rilevarne la maggiore o minore età per stabilire il trattamento giuridico conseguente⁶¹. Tale esigenza di precisa individuazione dell'età anagrafica pare invece derivare dall'obbligo delle autorità di rilevare i dati identificativi del richiedente e di registrarli, anche nei pertinenti sistemi informatici europei⁶². In ogni caso, l'applicazione del beneficio del dubbio imporrebbe di condizionare la contestazione dell'età dichiarata dal richiedente, ma non supportata da attestazioni documentali ufficiali, alla presenza di elementi contrastanti che fondino un dubbio serio sulla veridicità della dichiarazione; in altri termini, l'età allegata ma non provata dal richiedente, in applicazione del beneficio del dubbio, non dovrebbe essere ritenuta controversa se non in presenza di elementi contrari idonei alla contestazione. Un momento procedimentale essenziale, dunque, a stabilire preliminarmente se l'età del richiedente sia in dubbio oppure no è dunque quello, definito

60. Si riproduce qui, in quanto pienamente condiviso, l'osservazione di S. Penasa, *op. cit.*, p. 100.

61. Sul punto, appare condivisibile quanto osservato da European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 4: «In asylum proceedings, the rationale behind the conduct of age assessments is driven not by medical considerations but by *precepts of fairness*; asylum authorities seek to determine whether an applicant should benefit or not from the protective regime afforded to children.» (cors. mio).

62. L'osservazione procede dalle evidenze già riscontrabili nell'analisi di H. Crawley, *op. cit.*, p. 21 in relazione al sistema britannico, ma gli obblighi di registrazione in capo alle autorità dell'immigrazione (che sono dati per scontati dalle fonti consultate, quali quelle citate alla n. 9) discendono prevalentemente dagli strumenti informativi comuni dell'Unione europea e solo in parte dalle legislazioni nazionali (per l'Italia, pur in assenza di un espresso riferimento in alcuna delle disposizioni del d.lgs. n. 142/2015, si v. Commissione nazionale per il diritto d'asilo (Ministero dell'interno), *Guida pratica per richiedenti protezione internazionale in Italia*, p. 12). Come è stato evidenziato dall'European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Handbook, cit.*, p. 51 e ss., nel diritto dell'Unione, le autorità degli Stati membri fanno sempre più affidamento sulle tecnologie nell'assumere decisioni riguardanti le persone (sul tema, si cfr. anche L. Jasmontaite-Zaniewicz e J. Zomignani Barboza, *Disproportionate Surveillance: Technology-Assisted and Automated Decisions in Asylum Applications in the EU?*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. XX, 2021, pp. 1-22). Il legislatore dell'Unione ha istituito sei sistemi informatici su larga scala, oltre alle banche dati di Europol (quali l'EIS, *Europol Information System*); questi sistemi informatici, oltre a fornire supporto alle autorità nell'ambito della cooperazione giudiziaria e della sicurezza interna dell'Unione, sono impiegati in una serie di procedimenti legati alla migrazione: nel procedimento di asilo, nel trattamento dei visti, durante i controlli di frontiera, quando si rilasciano permessi di soggiorno, quando si arrestano i migranti in situazione irregolare, nelle procedure di rimpatrio e per l'emissione di divieti di ingresso, così come nello scambio di informazioni sulle condanne penali di cittadini di Paesi terzi. Tra questi, rivestono particolare importanza, anche perché più frequentemente compulsati dalle autorità, il sistema EURODAC, che raccoglie le impronte digitali dei cittadini di Paesi terzi che chiedono asilo in uno degli Stati membri dell'UE, nonché le impronte digitali dei migranti fermati in relazione a un attraversamento irregolare della frontiera, e il Sistema Informativo Schengen (SIS II) che, tra l'altro, contiene segnalazioni su cittadini di Paesi terzi che sono oggetto di un rifiuto d'ingresso o di una decisione di rimpatrio. Per quanto attiene all'oggetto del presente lavoro, occorre considerare come da un lato, sebbene EURODAC non contenga informazioni dirette sull'età dei richiedenti (bensì solo dieci impronte digitali, il sesso, il Paese di rilevamento delle impronte digitali, il luogo e la data della domanda d'asilo), esso fornisce alle autorità l'indicazione che il richiedente ha (*rectius*, è stato accertato avere) un'età superiore ai quattordici anni nel momento in cui le impronte sono rilevate. Dall'altro lato, invece, l'*alert* del SIS II, il quale in un singolo anno è controllato oltre 6,1 miliardi di volte, qualificandosi dunque quale sistema informatico dell'UE più utilizzato nel campo della migrazione e della sicurezza, contiene dati personali sul richiedente, tra cui può certamente rientrare l'età.

dall'EASO, dell'«analisi delle prove»: nello svolgimento di tale attività, che inerisce ancora alla funzione *lato sensu* identificativa, «sono prese in considerazione tutte le prove a disposizione delle autorità (documenti, dichiarazioni del richiedente e dei suoi familiari sulla sua età e identità, dichiarazioni del tutore, informazioni presenti in altre banche dati e prime stime basate sulle caratteristiche fisiche)» al limitato scopo di delibare la veridicità dell'età dichiarata⁶³.

Avendo tali considerazioni valenza generale, sotto l'aspetto dell'*an* della procedura di accertamento dell'età non si intravede quindi che una significativa differenza tra lo Stato di primo ingresso e quello in cui il MSNA richiedente è giunto posteriormente: il novero di informazioni che lo riguardano in possesso dell'autorità del secondo Stato cui domanda protezione. In particolare, le autorità accertanti nel secondo Stato beneficiano delle informazioni reperite e registrate nei sistemi informativi europei da quelle del Paese di primo ingresso, ivi compresi i segni identificativi⁶⁴. Nella fase di «analisi delle prove», pertanto, il riscontro nel *software* di un'informazione circa l'età del richiedente contrastante con quella dichiarata genera un dubbio, che spetta all'autorità accertante risolvere.

3.2. La valenza istruttoria delle risultanze dei sistemi informativi europei

Sulle modalità della soluzione di tale dubbio, ossia sul *quomodo* dell'accertamento dell'età, si registra la maggiore eterogeneità tra gli Stati membri. Come si è visto, però, la vigenza in ciascun ordinamento giuridico nazionale, in dipendenza dall'interazione con l'ordinamento eurounitario e internazionale, di norme di principio comuni agli altri Stati membri, consente un raffronto e una valutazione critica, alla stregua di queste, delle legislazioni e delle pratiche invalse. In altri termini, lo *standard* del «congruo esame», l'esigenza di un soccorso istruttorio volto ad alleviare l'onere probatorio del richiedente, il parametro di proporzionalità ed adeguatezza dei mezzi istruttori, la sistematica applicazione del beneficio del dubbio e l'esistenza di un rimedio giurisdizionale effettivo appaiono quali obblighi vincolanti per gli Stati membri, in conformità ai quali dev'essere disciplinata e svolta l'istruttoria procedimentale o processuale. Nondimeno, il residuo margine di apprezzamento consente ai singoli Stati di adattare le proprie procedure ad esempio alle caratteristiche del fenomeno migratorio nel proprio Paese o alla struttura organizzativa degli apparati, amministrativi o giurisdizionali, preposti alla funzione. In tale prospettiva, se nuovamente si conviene che la peculiarità dell'istruttoria nello Stato di «secondo approdo» consista nella disponibilità di risultanze di accertamenti svolti in altri Stati membri, risulta

63. Così EASO, *Guida pratica, cit.*, p. 42 e ss.

64. *Ibidem*, p. 45. Interessante notare, in questo senso, come solo le legislazioni dei Paesi diversi da quelli di primo approdo prevedano esplicitamente una disciplina dell'utilizzo delle informazioni contenute nelle banche dati europee (v. *ibidem*, p. 81 e ss.).

opportuno considerare, al netto delle differenze nazionali, quale valenza probatoria esse possano assumere in ordine alla determinazione dell'età del richiedente.

Preliminarmente occorre tuttavia chiarire la natura dell'oggetto dell'accertamento e del correlato potere di cui si fa esercizio. Come chiaramente affermato dalla *High Court* del Regno Unito nel caso *Merton*⁶⁵, che – è stato osservato – può essere considerato il *leading case* in materia di modalità di accertamento dell'età⁶⁶, l'età di un individuo rappresenta «*a matter of objective fact*», un elemento di fatto. Tuttavia, l'indisponibilità allo stato attuale di una tecnologia che consenta di definire in modo certo l'età, implica un'ineliminabile incertezza attorno ai risultati del procedimento di determinazione, che è comunemente espressa tramite l'indicazione del margine di errore. *A fortiori*, l'esigenza di adeguatezza allo scopo, che discende dal principio di proporzionalità e di «congruo esame», può essere soddisfatta solo dalla selezione di mezzi istruttori idonei a una efficace e completa valutazione di tutti gli elementi rilevanti. A tal proposito, si usa distinguere due categorie di mezzi istruttori: da una lato, vi sono i metodi di valutazione medica, a loro volta divisi in tecniche senza radiazioni e tecniche con radiazioni; dall'altro, vi sono i metodi di accertamento non medico quali l'osservazione dell'aspetto fisico, l'esame dei documenti e delle informazioni disponibili, il colloquio con il richiedente per la valutazione dell'età e la valutazione psicosociale⁶⁷. Come a suo tempo stabilito nel caso *Merton* e poi ripetutamente affermato dalla *Guida pratica* dell'EASO, volta a favorire la circolazione delle *best practices* nel contesto della determinazione dell'età di cui manca una disciplina unitaria a livello europeo, la metodologia che meglio risponde all'esigenza di sottoporre a un congruo esame gli aspetti rilevanti per la determinazione dell'età è quella propria dell'approccio olistico, ossia orientato a una valutazione complessiva delle informazioni disponibili, e dell'approccio multidisciplinare, che assicura il concorso tra metodi non medici e metodi medici secondo un criterio di gradualità.

Seguendo tale classificazione, appare ovvio che l'esame delle risultanze degli accertamenti condotti in un altro Stato membro rientri nella categoria dei metodi non-medici, documentali, di valutazione. L'autorità accertante, purché a ciò autorizzata in conformità al quadro normativo pertinente, può venire a conoscenza delle informazioni raccolte da un altro Stato membro tramite la consultazione delle banche dati europee e, in caso di dubbio, può procedere a un'interlocuzione con lo Stato che ha provveduto a registrarle, al fine di conseguire una migliore comprensione delle circostanze in cui e delle modalità con cui si è svolto l'accertamento, essenziale per valutarne l'attendibilità. D'altra

65. *B v. London Borough of Merton* (2003), EWHC 1689 (admin).

66. Così S. Penasa, *op. cit.*, p. 112.

67. Cfr. EASO, *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings, cit., passim*; EASO, *Guida pratica, cit.*, pp. 45-60; S. Penasa, *op. cit.*, p. 101.

parte, la natura e il contenuto di tali informazioni appare di per sé assai eterogeneo, potendo la determinazione dell'età nell'altro Stato membro essere avvenuta secondo una valutazione completa e multidisciplinare, ovvero essere il risultato di una mera registrazione dell'età dichiarata dal minore, o ancora, com'è talora avvenuto, il frutto dell'assegnazione arbitraria di una data di nascita da parte delle autorità di pubblica sicurezza⁶⁸. Inoltre, se si considerano le possibili combinazioni di tali informazioni con le altre note all'autorità accertante, si configurano quattro scenari possibili: l'età dichiarata è inferiore ai diciotto anni e coincide con le risultanze dei sistemi informatici (ma vi sono altri elementi che hanno dato adito alla contestazione), oppure l'età dichiarata è inferiore ai diciotto anni ma dal sistema informatico risulta un'età superiore, oppure l'età dichiarata è superiore ai diciotto anni ma dal sistema informatico risulta un'età inferiore, oppure l'età dichiarata è inferiore ai diciotto anni mentre quella che risulta dal sistema informatico, pur inferiore di diciotto, è diversa in aumento o diminuzione⁶⁹. L'efficacia probatoria che l'autorità accertante può riconoscere a tali risultanze ai fini della determinazione dell'età sembrerebbe dipendere dal contenuto delle medesime e dal rapporto con gli altri elementi *lato sensu* probatori. Ciò implica però necessariamente lo svolgimento di una valutazione caso per caso ed eventualmente anche il ricorso ad ulteriori mezzi istruttori. In almeno nove Stati membri, tuttavia, questa non risulta essere la regola: ivi, al contrario, i risultati di un procedimento di determinazione dell'età condotto dalle autorità di un altro Stato dell'UE sono

68. A tal proposito, si cfr. quanto riportato da European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *op. cit.*, p. 6 «Recent criticisms addressed against practice in the “hotspots” of Italy, where unaccompanied children from Gambia and Senegal who lack documentation are all assigned the fictitious birthdate of 1 January 1997 so as to be amenable to expulsion, are a vivid illustration thereof. Such treatment of asylum seekers whose age has not been determined contradicts both the “best interests of the child” and the “benefit of the doubt” principle, which underpin States’ legal obligations.»; E. di Napoli, *op. cit.*, p. 6, «la Fundamental Rights Agency (FRA) ha riscontrato come in Italia, almeno sino al 29 maggio 2017, ancora non vi fossero linee guida chiare né adeguato personale qualificato per l'identificazione dei minori stranieri non accompagnati e che le procedure di accertamento dell'età non fossero generalmente applicate nei Centri di prima accoglienza (soprattutto nei Paesi in transito) né fossero adeguatamente spiegate ai presunti minori»; Advisory Committee on Migration Affairs (ACVZ), *Report: ‘Detriment of the doubt’ Age assessment and age registration in EU Member States of previous stay*, The Hague, ACVZ publication, 2020, «The scope of the exploratory study was too limited to allow us to draw general conclusions about whether incorrect recording of personal data systematically occurs in Italy or Greece. However, based on the exploration of implementation practice in the selected Member States, it can be concluded that the risk of irregularities in age registration is high. The procedures for identification, age assessment and registration are not up to par in all areas, some parts are insufficiently harmonised and, in practice, the procedures do not always or completely comply with EU standards. In practice, it seems to be very difficult for asylum seekers to correct an age registration, regardless of whether the incorrect registration is due to an intentional untruth on the part of the asylum seeker or a mistake on the part of the authorities». Il quadro descritto da tali documenti trova, da ultimo, conferma in AIDA, *Country report: Italy. 2020 update*, European Council on Refugees and Exiles (ECRE), 4th June 2021, p. 35 e p. 81 e ss.

69. Ovviamente si esclude il caso in cui sia l'età dichiarata sia quella che risulta dalle banche dati siano superiori ai diciotto anni, non potendosi allora, salva la presenza di elementi ulteriori, ritenere dubbia l'età del richiedente.

sistematicamente accettati⁷⁰. Inoltre, anche in quegli ordinamenti in cui non è riconosciuta *de plano* l'efficacia probatoria di tali risultanze, è comunque possibile pervenire a un riconoscimento di efficacia all'esito di un procedimento di delibazione volto a verificare l'esistenza, il contenuto e la comparabilità degli atti con analoghi provvedimenti delle autorità nazionali⁷¹. Neanche in tale secondo scenario, tuttavia, è assicurato il riesame delle altre informazioni disponibili o il ricorso a ulteriori mezzi istruttori in presenza di un *match* nella banca dati in merito all'età del richiedente.

3.3. *Autonomia procedurale e mutual recognition: un esito decisionale a rime obbligate?*

Alla luce di quanto osservato nella presente sezione, dovrebbe delinarsi più chiaramente in quale misura gli Stati membri dell'UE tengano conto nella determinazione dell'età del risultato di un accertamento effettuato da un altro Stato membro. Da una parte, infatti, il reperimento di informazioni sulla data di nascita nei *software* europei risulta essere una circostanza idonea a far sorgere un dubbio sulla veridicità della dichiarazione del richiedente e, quindi, a dare adito allo svolgimento di una procedura di determinazione dell'età, come disciplinata nell'ordinamento nazionale ed eurounitario. Dall'altra, tuttavia, taluni Stati membri sembrano spingersi oltre, allorché riconoscono alla risultanza del sistema informativo un'efficacia probatoria sufficiente a definire l'esito dell'indagine attorno all'età del richiedente. Come si giustifica la sussistenza di una simile prassi alla luce del quadro giuridico eurounitario ed internazionale? Secondo una prima ipotesi, poiché nell'operare una ricostruzione delle fonti applicabili al procedimento di determinazione dell'età si è rilevato come non vi sia nella direttiva procedure né nel regolamento Dublino III alcuna disposizione che disciplini esplicitamente le modalità di valutazione e, per così dire, il peso reciproco che dev'essere attribuito ai singoli elementi istruttori, si potrebbe desumere che, in assenza di regole comuni, spetti a ciascuno Stato membro, in virtù della propria autonomia procedurale, definire le regole dell'istruttoria procedimentale e, conseguentemente, anche dell'efficacia delle risultanze di accertamenti condotti in altri Stati membri. Secondo una seconda ipotesi, cui sembra conformarsi talora la legislazione implicitamente, talora la giurisprudenza di singoli Stati membri esplicitamente, sarebbe possibile dare applicazione in questo ambito a un principio di *mutual recognition*, tale per cui l'autorità accertante può legittimamente presumere che la registrazione dell'età nel sistema informativo sia stata, in linea di principio, effettuata con la dovuta diligenza, nel

70. Tale constatazione emergeva già da EASO, *Guida pratica*, cit., p. 83 e ss., ma è stata di recente confermata espressamente dalle menzionate analisi condotte da EASO, *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings*, cit., p. 22.

71. *Loc. ult. cit.*

rispetto delle relative previsioni del diritto dell'Unione, e dunque spetta al cittadino straniero richiedente dimostrare che la data di nascita registrata non è corretta⁷². Né l'uno né l'altro orientamento sembrano ostare a un riconoscimento incondizionato dell'efficacia conclusiva delle risultanze della determinazione dell'età condotta in un altro Stato membro, cosicché, in tutti i casi in cui al nominativo (o alle impronte digitali) del richiedente sia associata dal *software* un'informazione sulla data di nascita, l'esito decisionale appare a rime obbligate.

Poiché, tuttavia, nel corso della presente trattazione è stata argomentata la necessaria subordinazione della disciplina della procedura d'asilo, e quindi anche della disciplina della determinazione dell'età, al principio del *best interests of the child* e sono stati esposti i limiti dell'autonomia procedurale e della fiducia reciproca tra Stati membri, occorre nella seguente sezione illustrare come tale conclusione appaia in contrasto con i principi comuni applicabili nella *subiecta materia* e dare conto di quale efficacia possa, in conformità con questi, essere riconosciuta alle determinazioni dell'età compiute dallo Stato membro di primo ingresso.

4. Quale efficacia può essere riconosciuta alle determinazioni dell'età compiute dallo Stato membro di primo ingresso?

4.1. *La tensione apparente tra mutual recognition e beneficio del dubbio*

Al fine di evidenziare l'incongruità delle pratiche adottate da una parte degli Stati membri in materia di determinazione dell'età con le esigenze di protezione del minore straniero non accompagnato che scaturiscono dalle fonti di diritto internazionale, è possibile in primo luogo vagliare criticamente la tesi secondo cui le risultanze degli accertamenti godono negli altri Stati membri di un riconoscimento incondizionato dell'efficacia in virtù del principio della fiducia reciproca. Infatti, come già osservato precedentemente, le ipotesi di *mutual recognition* nel diritto dell'Unione, in particolare nel sistema europeo comune d'asilo, rivestono natura eccezionale e sono strettamente correlate alla previsione, da parte degli atti legislativi secondari che le istituiscono, di adeguati contemperamenti con le esigenze di tutela delle persone che delle decisioni sono oggetto. A tal proposito, occorre riscontrare la carenza di una disciplina eurounitaria che preveda il mutuo riconoscimento delle decisioni sull'età, giudiziarie o extragiudiziarie, rese in uno Stato membro da parte degli altri Stati membri⁷³. In assenza di una simile disciplina, non sembra possibile

72. Tale è l'orientamento del *Raad van State* dei Paesi Bassi (di cui si v. ad esempio le sentenze AJDCS 17 January 2017, ECLI:NL:RVS:2017:134; AJDCS 19 December 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4131; AJDCS, 11 April 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1165) come si apprende da Advisory Committee on Migration Affairs (ACVZ), *op. cit.*, *passim* e EASO, *Age assessment practices in EU+ countries: updated findings*, *cit.*, pp. 4-5.

73. Infatti, l'art. 1, par. 2, lett. a, del reg. 1215/2012/UE del 12.12.2012 esclude lo stato delle persone fisiche, ivi compresa evidentemente l'età, dall'ambito di applicazione delle relative disposizioni concernenti la competenza

riconoscere la sussistenza di una regola che autorizzi lo Stato a derogare al proprio obbligo di protezione verso i minori, che si estrinseca *in primis* nel dovere di identificarli, presumendo che tali obblighi siano stati adeguatamente adempiuti da parte di un altro Stato membro. In assenza di un grado sufficiente di armonizzazione delle procedure e di un equilibrato meccanismo di *mutual recognition* retto da una regolamentazione puntuale, la fiducia reciproca tra Stati membri non costituisce una giustificazione legittima per venire meno agli obblighi di fonte convenzionale.

Tale orientamento non osta, peraltro, alla valorizzazione della leale collaborazione tra Stati membri, anzi suggerisce una riconsiderazione del ruolo svolto dai meccanismi di dialogo e cooperazione previsti dalla legislazione secondaria in materia di banche dati comuni a supporto delle autorità competenti in materia di asilo: tramite la consultazione delle proprie omologhe, le autorità accertanti pervengono infatti a una migliore comprensione della situazione di fatto e delle circostanze dell'accertamento svolto nel Paese di primo ingresso. Ciò potrebbe forse indurre a ritenere conformi al diritto dell'Unione, e al diritto internazionale, tutte quelle soluzioni procedurali che pervengono a un'attribuzione di valenza probatoria alle risultanze condizionata al previo esperimento di una delibazione sulla decisione resa dall'altro Stato membro. Sebbene sia perspicuo come queste soluzioni, che conducono a un'integrazione dell'istruttoria, risultino assai più compatibili con il principio del «congruo esame» rispetto a un, per così dire, automatico riconoscimento dell'efficacia del dato contenuto nel *software*, non può comunque affermarsi che esse siano doverose in virtù del principio della fiducia reciproca, poiché nemmeno un simile regola procedimentale di riconoscimento reciproco, pur temperata da talune cautele, sembra trovare la propria fonte in atti legislativi dell'Unione europea.

4.2. *Le implicazioni dei best interests of the child per l'autonomia procedimentale dello Stato membro di secondo approdo*

Se dunque non v'è nel diritto dell'Unione un obbligo di mutuo riconoscimento, le soluzioni procedurali che a tale regola si ispirano rappresentano scelte dei singoli ordinamenti nazionali che ricadono inevitabilmente nel perimetro dell'autonomia procedurale degli Stati membri. Tuttavia, il margine di apprezzamento degli Stati – come si è affermato precedentemente – incontra il limite del rispetto dei principi generali e comuni agli Stati membri derivanti dal diritto dell'Unione e dal diritto internazionale. Conseguentemente, anche il riconoscimento dell'efficacia delle determinazioni dell'età svolte nello Stato di primo ingresso deve essere disciplinato ed attuato in modo conforme,

giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Si v., a tal riguardo, F. Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 1.2016, pp. 49-88.

innanzitutto, con il principio del *best interests of the child* e i suoi corollari. Se dunque alla stregua di tale principio, come sancito dall'art. 3 CRC, si qualifica l'attività di determinazione dell'età quale una «decisione relativa ai fanciulli», giacché tutti i soggetti la cui minore età sia contestata debbono essere presunti fanciulli fino all'accertamento contrario, lo Stato di destinazione, non potendo legittimamente riporre un affidamento sulla presunzione che il *best interests* del minore sia stato preso in considerazione già nel corso del procedimento svolto dallo Stato di primo ingresso, risulta vincolato a garantire un'adeguata ponderazione di tale interesse nel proprio procedimento di determinazione dell'età. Tale esigenza si traduce, nella prospettiva del «congruo esame» e del principio di proporzionalità-adequatezza, nell'alternativa tra una approfondita verifica della conformità in concreto dell'accertamento svolto dall'altro Stato membro con il *BIC* e, altrimenti, il doveroso dispiegamento di quei mezzi istruttori ulteriori rispetto alla consultazione delle banche dati, di natura medica e non medica, che permettano di risolvere il dubbio circa l'età del richiedente. D'altra parte, anche sotto il profilo dell'onere probatorio, una volta esclusa l'applicabilità della presunzione derivante dal mutuo riconoscimento, che porrebbe in capo al richiedente la dimostrazione delle circostanze eccezionali che impongono il disconoscimento dell'efficacia della decisione sull'età resa dallo Stato membro di primo ingresso, non può non riconoscersi la vigenza del principio di «condivisione dell'onere probatorio», tale per cui le autorità accertanti garantiscono il soccorso istruttorio e l'integrazione d'ufficio dei materiali istruttori per completare il quadro degli elementi rilevanti per la decisione quale deriva dalle sole dichiarazioni del richiedente.

4.3. Limiti e rimedi rispetto al riconoscimento di efficacia da parte dello Stato di “secondo approdo” alle determinazioni dell'età effettuate da un altro Stato membro

I limiti all'autonomia procedurale dello Stato membro sinora affermati parrebbero quindi ostare al riconoscimento incondizionato dell'efficacia delle risultanze dell'accertamento svolto dallo Stato di primo ingresso. Le regole procedurali, per soddisfare lo *standard* di tutela del richiedente presunto minore, dovrebbero dunque presentarsi scevre da automatismi che inducano alla mancata attivazione di indagini d'ufficio, che pure appaiono possibili e proporzionate; in altri termini, le regole procedurali assicurano una adeguata integrazione del prioritario interesse del minore nella misura in cui concorrono a definire un modello di accertamento appropriato alle circostanze del caso concreto e idoneo a portare alla luce tutti gli elementi di fatto rilevanti per l'accertamento. Ciò non significa, comunque, escludere del tutto l'efficacia istruttoria delle risultanze delle determinazioni dell'età effettuate da un altro Stato membro, ma solo la necessità di subordinare il riconoscimento di efficacia a talune condizioni. Quali sono le condizioni a cui tali risultanze possono legittimamente orientare la determinazione dell'età del richiedente? Acclarata la

necessità di un esame individuale, le condizioni sembrano dipendere in definitiva dalle caratteristiche proprie del caso concreto: tra queste, assumono particolare importanza a fini istruttori l'attendibilità delle risultanze, valutata con riferimento alle modalità concrete con cui lo Stato di primo ingresso è giunto all'informazione sull'età, e il rapporto che tali risultanze intrattengono con le altre informazioni disponibili, *in primis* con le dichiarazioni del richiedente.

Il problema dell'attendibilità si pone, evidentemente, per la presenza – già ricordata – di un'estrema varietà tra Stati membri nei metodi di valutazione e nel rapporto tra valutazione e registrazione; nella prassi, infatti, la registrazione dell'età nel *database* può infatti anche precedere lo svolgimento di un accertamento dell'età (qualora ad esempio si registri quella dichiarata in prima battuta dal richiedente) o addirittura conseguire a una vera e propria "invenzione" da parte delle autorità accertanti, così come invece può essere il frutto dell'esperimento di un procedimento, nella migliore delle ipotesi olistico e multidisciplinare, di determinazione dell'età. Sembra che nulla osti alla facoltà delle autorità accertanti di svolgere verifiche su tali aspetti nell'interlocuzione con il Paese di primo ingresso. Peraltro, alla luce della doverosa integrazione della considerazione del prioritario interesse del minore nel contesto della determinazione dell'età, l'attendibilità delle risultanze dovrebbe essere valutata dalle autorità accertanti avendo riguardo in primo luogo all'effettiva compatibilità delle modalità di accertamento adottate dallo Stato di primo ingresso con le garanzie sancite dalla Convenzione e dalle altre fonti a beneficio del minore straniero non accompagnato. Una valutazione dell'attendibilità, per quanto onerosa, appare in questo senso una condizione necessaria per il riconoscimento di qualunque efficacia *lato sensu* probatoria alle risultanze del sistema informativo. Si potrebbe allora sostenere che proprio tale necessità di valutare l'attendibilità distingua l'impiego delle risultanze del *software* in quella fase preliminare, ancora attinente all'identificazione, in cui sorge il dubbio (e la conseguente contestazione) sull'età del richiedente dell'impiego nella vera e propria procedura di determinazione: un'informazione sull'età reperita nel *database* discordante con le dichiarazioni del richiedente, anche se non verificata, è comunque idonea a far sorgere un dubbio, purché circostanziata, ma non risulta sufficiente a fondare una decisione. Seguendo tale prospettiva, allorché all'esito della verifica dell'attendibilità si riscontrasse l'insussistenza di tale *conditio*, ovvero qualora fosse impossibile procedere a una simile verifica, non potendosi riconoscere alcuna efficacia alle informazioni contenute nel *software*, si dovrebbe ricorrere agli altri mezzi istruttori.

Al netto della preliminare verifica dell'attendibilità, l'incidenza di tali risultanze sull'esito decisivo dovrebbe comunque dipendere dal rapporto che le informazioni ivi contenute intrattengono con le altre disponibili all'autorità, e in particolare con le dichiarazioni effettuate dal richiedente in merito alla propria età. Così, allorché questi abbia

dichiarato di essere un minore e dalla banca dati risulti lo stesso, una volta accertata la attendibilità di quanto risulta dalla banca dati, sembrerebbe appropriato riconoscere la minore età del richiedente, anche in presenza di altri elementi contrastanti, salvo che questi non siano sopravvenuti rispetto alla precedente procedura (si pensi ad esempio all'ipotesi del ritrovamento, successivo al primo accertamento, di un certificato di nascita dal quale risulti la maggiore età). Analoga soluzione parrebbe applicabile all'ipotesi in cui l'età dichiarata è inferiore ai diciotto anni mentre quella che risulta dal sistema informatico, pur inferiore di diciotto, è diversa in aumento o diminuzione, non ponendosi nell'interesse del MSNA un'ulteriore indagine volta a determinare la precisa età anagrafica. Il ragionamento non può tuttavia essere esteso alle ipotesi in cui la dichiarazione del richiedente e l'informazione registrata nel *database* siano in contraddizione. In tali casi, il principio della prioritaria considerazione dell'interesse del minore, in combinato disposto con il principio di proporzionalità-adequatezza, impone di valutare se l'informazione reperita nel *software*, oltre a essere attendibile, derivi da un accertamento olistico e multidisciplinare, che dunque è da ritenersi esaustivo e completo, o se invece nel procedimento dello Stato di primo ingresso siano stati omessi taluni mezzi istruttori (*in primis* la perizia medico-legale). Se infatti nello Stato di primo ingresso non sono state esaurite le possibilità di indagine, e in particolare non è stato esperito l'accertamento medico, la decisione dell'autorità accertante che si fondasse sulle risultanze del *software* difficilmente potrebbe dirsi adottata all'esito di un esame congruo. Al contrario, la discordanza tra età dichiarata dal richiedente e età registrata nella banca dati determina la sussistenza di un dubbio fondato, circostanziato, che giustifica (o, forse, rende necessario) il ricorso anche alle tecniche più invasive di valutazione dell'età, purché ciò appaia nell'interesse del richiedente presunto minore. Quando, invece, risulti che nello Stato di primo ingresso l'età del richiedente è stata fatta oggetto di una valutazione completa, l'informazione desunta dal *software* può legittimamente orientare la decisione dell'autorità accertante, salva però la facoltà del richiedente di fornire la prova delle circostanze eccezionali che impongono il disconoscimento dei risultati della prima determinazione dell'età.

In definitiva, carente una disciplina legislativa di fonte eurolunitaria, le condizioni predette paiono opportunamente realizzare il doveroso equilibrio tra la necessità dell'efficace funzionamento del sistema comune europeo d'asilo e l'esigenza di protezione del MSNA richiedente asilo, nella misura in cui non impediscono il riconoscimento dell'efficacia agli accertamenti provenienti da un altro ordinamento, ma lo subordinano allo svolgimento di indagini istruttorie ulteriori, che paiono conformi, al contempo, al principio del *best interests of the child* e al principio di leale collaborazione tra Stati membri.

5. Conclusioni

La determinazione dell'età dei richiedenti asilo, quale momento cruciale per la salvaguardia degli interessi e la garanzia dei diritti di quanti tra questi sono minori, evidenzia la difficoltà di reperire nel sistema comune europeo d'asilo un soddisfacente bilanciamento tra le istanze di efficacia e le esigenze di tutela, soprattutto nelle ipotesi dei movimenti secondari, in cui la procedura d'asilo viene a configurarsi come un procedimento complesso di carattere transfrontaliero, nell'ambito del quale interagiscono le autorità amministrative o giudiziarie di più Stati membri. In questo senso, la disponibilità di sistemi informativi comuni, che raccolgono e rendono note alle autorità competenti un novero crescente di informazioni sulle persone coinvolte a vario titolo nelle procedure migratorie, costituisce un indubbio avanzamento delle modalità di cooperazione orizzontale tra Stati membri, ma al contempo la carente regolamentazione del loro impiego pone singolari rischi in ordine al regolare esercizio dei poteri nel contesto della procedura d'asilo, e in particolare dell'accertamento dell'età. Infatti la regolarità e l'efficacia di tale procedimento dipendono in definitiva dalla legittimità e dall'adeguatezza dei mezzi istruttori, con riguardo precipuamente alle garanzie previste in favore dei presunti minori. Qualora dunque le autorità accertanti facciano affidamento sulle risultanze dei sistemi informatici allo scopo di determinare l'età dei richiedenti asilo sedicenti minori, si genera una tensione tra l'osservanza dei doveri di leale collaborazione tra Stati membri e la necessaria conformazione delle procedure d'asilo al supremo interesse del minore, quale obbligo che scaturisce dal diritto internazionale convenzionale e dell'Unione medesima. Tale tensione, come argomentato nel corso del presente lavoro, non può risolversi nell'adozione da parte degli Stati membri di "secondo approdo" di regole procedurali che riconoscano in modo automatico e incondizionato un'efficacia conclusiva alle risultanze di accertamenti svolti dalle autorità dagli Stati di primo ingresso, poiché in tal modo si eluderebbe l'esigenza di «congruo esame» che deriva dalla direttiva procedure, interpretata in conformità all'art. 3 della Convenzione di New York del 1989. Al contrario, non riscontrandosi *de jure condito* la vigenza di un principio generale di *mutual recognition* nel sistema europeo comune d'asilo, anche se l'efficacia della determinazione dell'età compiuta da un altro Stato membro dipende dal riconoscimento che ciascun ordinamento ne faccia, secondo la propria autonomia procedurale, l'osservanza degli obblighi internazionali di protezione del minore comporta la subordinazione di tale riconoscimento d'efficacia a precise condizioni, quali quelle che si sono enucleate nella terza sezione del presente lavoro. La persistenza in numerosi Stati membri di prassi applicative non conformi allo *standard* ivi delineato suggerisce l'opportunità, *de jure condendo*, di una ulteriore armonizzazione a livello eurounitario delle modalità di determinazione dell'età, che renda dunque possibile un mutuo riconoscimento delle decisioni assunte e garantisca pienamente la tutela dei minori stranieri non accompagnati nella

procedura di asilo. Un intervento in tale direzione appare auspicabile soprattutto in vista delle proposte di riforma del quadro normativo, contenute del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, le quali attribuiscono rilievo in plurimi ambiti all'età anagrafica del minore, tanto precisamente individuata in astratto quanto difficilmente riscontrabile in concreto.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

SI FA PRESTO A DIRE SPECIALE

LA PROTEZIONE SPECIALE A DUE ANNI DAL DECRETO LEGGE 130/2020: UN ISTITUTO UNITARIO ANCORA IN CERCA DI UNA DISCIPLINA, UN PERMESSO DI SOGGIORNO CHE NON PUÒ NON ESSERE CONVERTIBILE

di Livio Neri

***Abstract:** L'articolo esamina l'istituto della protezione speciale sotto lo specifico aspetto dei diritti di chi invochi tale forma di protezione e di chi l'abbia avuta riconosciuta. Ci si interroga, in particolare, sull'unitarietà dell'istituto a prescindere dalla procedura scelta per chiederne il riconoscimento e, quindi, sull'estensione a tutti i titolari di detta forma di protezione dei diritti sanciti dall'art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008 (biennialità del permesso, accesso al lavoro, rinnovabilità e convertibilità del permesso per protezione speciale).*

***Abstract:** The article examines the institution of special protection and focuses on the set of rights enjoyed by those who apply for and by those who have already been granted such form of protection. In particular, the A. argues that, regardless of the type of procedure that leads to its recognition, all holders of this form of protection are entitled of the same rights as enshrined in Art. 32, par. 3 of Legislative Decree no. 25/2008 (two-year validity of the permit, access to employment, renewability and convertibility of the special protection permit).*

SI FA PRESTO A DIRE SPECIALE

LA PROTEZIONE SPECIALE A DUE ANNI DAL DECRETO LEGGE 130/2020: UN ISTITUTO UNITARIO ANCORA IN CERCA DI UNA DISCIPLINA, UN PERMESSO DI SOGGIORNO CHE NON PUÒ NON ESSERE CONVERTIBILE

di Livio Neri*

SOMMARIO: 1. Premesse: la protezione speciale. – 2. La condizione del richiedente la protezione speciale. – 3. La condizione del titolare di protezione speciale. – 4. Il destino del permesso per protezione speciale tra conversione e rinnovo. – 5. Conclusioni.

1. Premesse: la protezione speciale

L'estensione delle ipotesi di inespellibilità operata dal d.l. n. 130/2020 ed il conseguente ampliamento della protezione speciale appaiono come una tra le principali novità che il legislatore abbia prodotto negli ultimi decenni in materia di diritto dell'immigrazione e di condizione giuridica del cittadino straniero.

Con la novella del 2020, infatti, alle ipotesi di divieto di espulsione già contemplate dall'art. 19, d.lgs. n. 286/1998 per il minorenni, il soggiornante di lungo periodo, il familiare convivente del cittadino italiano, la donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi al parto ed il marito della stessa, nonché per il cittadino straniero il cui allontanamento dal territorio nazionale comporterebbe il rischio di una sua sottoposizione a persecuzione o a tortura, viene aggiunta quella in favore di chi subirebbe, in caso di rimpatrio, una violazione «del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare»¹.

* Avvocato e socio ASGI.

1. Così il terzo periodo del comma 1.1 dell'art. 19 TU: «Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica 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. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, 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». È lo stesso d.l. n. 130/2020 ad estendere l'ambito di applicazione del divieto di espulsione, respingimento o estradizione, modificando anche il primo periodo del comma da ultimo citato, anche alle ipotesi in cui il cittadino straniero rischi in caso di rimpatrio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti o, con richiamo al nuovo comma 6 dell'art. 5 TU, in cui l'allontanamento dal territorio nazionale possa comportare una violazione «degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Per le principali novità introdotte all'istituto della protezione speciale con il d.l. n. 130/2020 si rinvia a: P. Bonetti, *Il permesso di soggiorno per protezione speciale dopo il*

Il nuovo divieto di espulsione potrebbe sembrare di limitata portata, considerato come già in sede di recepimento della dir. 2003/86/CE, con il d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 5², erano state introdotte nel TU importanti limitazioni alla potestà espulsiva in capo all'Amministrazione del cittadino straniero che avesse esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, imponendo al prefetto di tenere sempre conto «della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine»³. Il medesimo decreto delegato, modificando ed integrando il comma 5 dell'art. 5 TU, aveva poi imposto anche al questore analoga valutazione prima di determinare il rifiuto o la revoca di un permesso di soggiorno⁴.

La dir. 2003/86/CE ed il suo recepimento nel nostro ordinamento tuttavia, avendo quale esplicita ed unica finalità la tutela del diritto al ricongiungimento familiare, hanno ommesso ogni riferimento all'inserimento sociale del cittadino straniero quale limite alla sua espellibilità ed al rifiuto o revoca del suo permesso di soggiorno. I limiti previsti in capo all'Amministrazione a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5/2007, inoltre, non hanno comportato in alcun modo un corrispondente chiaro ed esplicito diritto del cittadino straniero al soggiorno sul territorio nazionale, con conseguente rilascio in suo favore di idoneo titolo autorizzativo al soggiorno. La più evidente lacuna che si è riscontrata nel recepimento della citata direttiva è consistita, infatti, nel non aver previsto, nel caso in cui fosse accertata la rilevanza dei vincoli familiari del cittadino straniero espellendo o il cui permesso sarebbe

decreto legge n. 130/2020: una importante innovazione nel diritto degli stranieri, in *Il diritto d'asilo. Report 2021. Gli ostacoli verso un noi sempre più grande*, a cura di M. Molfetta e C. Marchetti, Fondazione Migrantes, Todi, Tau, pp. 245-276; M. Ferri, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, in questa *Rivista*, n. 2.2021, p. 78 ss.; N. Zorzella, *La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, in questa *Rivista*, 2.2021, p. 130 ss.; N. Zorzella, *Le nuove ipotesi di protezione speciale al di fuori del sistema di protezione internazionale: gli artt. 5, co. 6 e 19, commi 1.1. e 1.2. TU d.lgs. 286/98*, in *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto-legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, a cura di M. Giovannetti e N. Zorzella, Pisa, Pacini Editore, 2021; G. Travaglino, *La protezione umanitaria tra passato e futuro*, in questa *Rivista*, n. 1.2022, pp. 124-130; E. Rossi, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1.2021, pp. 74-86; G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, in *Federalismi*, n. 35.2020, pp. 1-15; C. De Chiara, *Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate*, in *Questione Giustizia*, 9 dicembre 2020.

2. Per un'ampia e completa disamina del recepimento nel nostro ordinamento della dir. 2003/86/CE, si rinvia a A. Di Pascale e M. Pastore, *Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo*, in questa *Rivista*, n. 1.2007, p. 13 ss.

3. Così il comma 2-bis dell'art. 13 TUI, come modificato dal d.lgs. n. 5/2007.

4. L'art. 5, comma 5, TU, come modificato dal d.lgs. n. 5/2007, è stato dichiarato illegittimo, con sentenza della Corte costituzionale n. 202/2013 «nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che “ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare” o al “familiare ricongiunto”, e non anche allo straniero “che abbia legami familiari nel territorio dello Stato”».

stato rifiutato, un corrispondente diritto al rilascio di uno specifico titolo di soggiorno. Il cittadino straniero può quindi non dover essere espulso in ottemperanza del comma 2-*bis* dell'art. 13 TU per la rilevanza della sua situazione familiare. Per le medesime ragioni, il suo permesso di soggiorno (inizialmente rilasciato, ad esempio, per motivi di lavoro) non può essergli legittimamente rifiutato o revocato, ma non è previsto con sufficiente chiarezza a quale titolo possa continuare a soggiornare e quale titolo di soggiorno debba essergli rilasciato (quello che aveva richiesto, anche se non ne soddisfa le altre condizioni, o un permesso per motivi di famiglia, al di fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 30 TU?).

La nuova formulazione dell'art. 19 TU invece, oltre a prevedere nel suo comma 1.1 una fattispecie più ampia di quella contenuta nel quinto comma dell'art. 5 TU (come detto, è infatti contemplato anche l'inserimento sociale quale elemento da dover ponderare), prescrive esplicitamente che al realizzarsi dell'ipotesi di inespellibilità ivi descritta venga rilasciato al soggetto interessato uno specifico titolo di soggiorno: il permesso per protezione speciale, titolo di soggiorno che era riservato dall'art. 19 cit. come modificato dal d.l. n. 113/2018 e prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020, al solo cittadino straniero il cui allontanamento dal territorio nazionale avrebbe comportato il rischio per lo stesso di essere oggetto di persecuzione o di essere sottoposto a tortura⁵.

Ebbene l'introduzione di tale nuovo titolo di soggiorno (nominalmente istituito con il d.l. n. 113/2018, ma talmente rimodulato nel 2020 da poter ben essere considerato – così come lo conosciamo ora – un nuovo istituto), come detto, pare tra le più significative innovazioni che il nostro ordinamento abbia conosciuto in materia di immigrazione dall'entrata in vigore della l. n. 40/1998 e del coevo TU, prevedendo per la prima volta un sistema di regolarizzazione a regime del soggiorno del cittadino straniero irregolarmente presente sul territorio (non per forza vincolato alla presentazione di domanda di protezione internazionale), sul modello di analoghi sistemi già presenti in altri ordinamenti nazionali all'interno dell'Unione europea⁶.

Forse per la prima volta dal 1998, peraltro, l'introduzione di una significativa tutela al soggiorno del cittadino straniero nel nostro Paese non è stata determinata dalla necessità di

5. Si rinvia, per un approfondimento sulla portata inderogabile del divieto assoluto di *refoulement* e sul diritto al soggiorno in caso di integrazione di una clausola di esclusione della protezione internazionale a P. Papa, *L'esclusione per non meritevolezza, i motivi di sicurezza e di pericolo, il principio di non refoulement e il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in questa *Rivista*, n. 2.2018; P. Papa, *Esclusione, non respingimento, protezione umanitaria: brevi note a margine di Cassazione n. 11668 del 2020*, in *Questione Giustizia*, 2020, consultabile online al link: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/esclusione-non-respingimento-protezione-umanitaria-brevi-note-a-margine-di-cassazione-n-11668-del-2020>; E. Pistoia, *Il posto di Caino. Limiti all'accoglienza nell'UE degli stranieri colpevoli di reati*, in *I percorsi giuridici dell'integrazione*, a cura di G. Caggiano, Torino, Giappichelli, 2014, p. 729 e ss.

6. Per una completa disamina delle misure nazionali di regolarizzazione degli stranieri presenti sul territorio senza un valido titolo di soggiorno in un campione di Stati membri dell'Unione europea di rinvia a M.C. Locchi, *I meccanismi di regolarizzazione permanente in Europa: una prospettiva comparativa*, in questa *Rivista*, n. 3.2021, p. 128 ss.

adeguare l'ordinamento al diritto internazionale o eurounitario (come è stato invece negli ultimi venti anni quando, ad esempio, si è introdotto il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, si è rafforzata la tutela del diritto all'unità familiare del cittadino straniero o si sono introdotti sistemi efficaci di repressione della discriminazione), bensì dal dovuto rispetto di un preciso obbligo costituzionale, quello al diritto d'asilo sancito dal comma 3 dell'art. 10 Cost., la cui attuazione rischiava di essere gravemente compromessa con l'abrogazione della protezione umanitaria ad opera del d.l. n. 113/2018⁷.

All'importanza dell'istituto così introdotto non corrisponde tuttavia una disciplina all'altezza di tale novità, risultandone la regolamentazione non sufficientemente precisa né sotto il profilo procedimentale (poche e tutt'altro che chiare disposizioni in punto di accesso alla protezione speciale sono infatti contenute nel comma 1.2 dell'art. 19 TU), né sotto quello della descrizione della condizione giuridica del cittadino straniero che ne invochi il riconoscimento e che, eventualmente, l'ottenga.

Il presente lavoro non affronterà le questioni aperte relative al procedimento per il riconoscimento della protezione speciale ed alla sua carente regolamentazione, essendo tali questioni già state affrontate dalla dottrina appena entrata in vigore la novella del 2020⁸ e non essendo intervenute da allora in proposito significative pronunce giurisprudenziali, intendendo invece affrontare i temi posti dalla quasi totale assenza di disciplina della condizione giuridica del cittadino straniero che ha presentato domanda di protezione speciale e di quello che ne ha ottenuto il riconoscimento.

Gli *status* di richiedente la protezione speciale e di titolare di tale protezione sono infatti del tutto privi di specifica disciplina ed i relativi elementi costitutivi, quindi, non possono che essere cercati e rinvenuti nelle norme generali che disciplinano la condizione giuridica del cittadino straniero nel nostro Paese, non potendo certo il silenzio del legislatore comportare una totale assenza di diritti in capo a chi si trovi nella condizione di attendere dall'Amministrazione una risposta alla propria domanda di protezione speciale e, soprattutto, a chi tale protezione si è vista accordare.

Se infatti il nostro ordinamento prevede una forma di protezione per determinate categorie di cittadini stranieri tale protezione deve inevitabilmente avere un contenuto, così come chi invoca tale protezione deve essere riconosciuto dall'ordinamento quale soggetto portatore, oltre che dell'esigenza di protezione manifestata, di diritti e doveri connessi con la propria specifica condizione che ne descrivano e costituiscano lo *status*.

7. Come noto, il richiamo al dovuto rispetto dell'art. 10, co. 3, Cost. è stato formulato dal Presidente della Repubblica con proprio comunicato, in sede di emanazione del d.l. n. 113/2018; il messaggio è consultabile online al link <https://www.quirinale.it/elementi/18098>.

8. Si vedano, in particolare: P. Bonetti, *op. cit.*, e N. Zorzella, *La nuova protezione speciale*, cit.

La norma in commento si limita tuttavia a garantire un singolo e ben preciso diritto al titolare di protezione speciale: il diritto a non essere espulso, respinto o estradato e, quindi, a permanere sul territorio nazionale.

Per essere definita tale, d'altra parte, la protezione (di qualsiasi natura essa sia) non può certo essere limitata alla mera garanzia del diritto al soggiorno ed al non respingimento, che pure ne costituiscono il necessario presupposto⁹. Proteggere infatti significa sì, in primo luogo, non consegnare al persecutore o al torturatore, ma deve significare anche garantire alla persona che si vuole protetta dignità e sicurezza, consentendole l'accesso ai più fondamentali diritti.

Occorre quindi, finché dura il silenzio del legislatore (non potendo la condizione giuridica del richiedente e titolare la protezione speciale essere determinata, per il dovuto rispetto della riserva di legge contenuta nel secondo comma dell'art. 10 Cost., da direttive o circolari ministeriali – peraltro ad oggi assenti – e nemmeno da norme regolamentari, in assenza di un rinvio ad esse da parte dell'art. 19 TU), tentare il reperimento nell'intero ordinamento delle norme che consentano di delineare i confini dei due distinti *status* di richiedente la protezione speciale e di titolare di detta protezione.

2. La condizione del richiedente la protezione speciale

La disamina della condizione giuridica del richiedente la protezione speciale deve inevitabilmente prendere le mosse dalle modalità di accesso alla domanda di tale forma di protezione.

Come noto, infatti, la protezione speciale può essere richiesta tanto congiuntamente alla domanda di protezione internazionale, quanto con domanda rivolta direttamente al questore. Per quanto infatti, inizialmente, tale seconda possibilità era stata esclusa dal Ministero dell'interno con propria circolare del 19 marzo 2021¹⁰ laddove il cittadino straniero non avesse presentato domanda di rilascio di altro titolo di soggiorno, a seguito di numerosi

9. Sul tema si consenta il rinvio a L. Neri, *Protetti o sanati? La condizione dei richiedenti asilo tra domande di protezione e regolarizzazione*, in *Il diritto d'asilo. Report 2020. Costretti a fuggire...ancora respinti*, a cura di M. Molfetta e C. Marchetti, Fondazione Migrantes, Todi, Tau, pp. 212-214, reperibile al link <https://www.migrantes.it/wp-content/uploads/sites/50/2020/11/DirittodAsilo2020-23-11.pdf>.

10. La circolare è consultabile al link <https://www.cgil.lombardia.it/wp-content/uploads/2021/03/circolare-interno-19-03-2021-protez-speciale.pdf>.

interventi giudiziari di senso contrario¹¹ è stata poi esplicitamente riconosciuta dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo con propria circolare del 19 luglio 2021¹².

Oggi è quindi pacifico che è possibile presentare domanda di protezione speciale secondo l'uno o l'altro canale.

Nulla quaestio sulla condizione giuridica di chi ritenga di avere diritto alla protezione speciale e la invochi presentando domanda di protezione internazionale (o, meglio, chieda il riconoscimento della protezione internazionale ritenendo di soddisfare, anche o solamente, i requisiti per quella speciale): questi ha i diritti che l'ordinamento attribuisce a tutti coloro che attivino tale procedura e quindi, ad esempio, il diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per richiesta di asilo per tutta la durata della procedura a norma dell'art. 7 d.lgs. 25/2008, all'iscrizione al Servizio sanitario nazionale ai sensi dell'art. 34 TU, all'iscrizione anagrafica e al rilascio della carta di identità, all'erogazione delle misure di accoglienza e allo svolgimento di attività lavorativa a norma, rispettivamente, degli artt. 5-bis, 14 e 22, d.lgs. n. 142/2015.

Assai più incerta invece la condizione giuridica del cittadino straniero che, trovandosi magari nelle medesime condizioni personali, familiari e sociali di quello che decide di presentare domanda di protezione internazionale, ritenendo di non aver diritto alle due forme di protezione maggiore e non volendo sopportare i tempi di una procedura inevitabilmente più lunga¹³, rivolga direttamente al questore istanza di rilascio di un permesso per protezione speciale.

Il primo diritto, sulla sussistenza del quale occorre interrogarsi, è naturalmente quello al soggiorno sul territorio nazionale. L'accessibilità della protezione speciale e, di conseguenza, la sua effettività dipendono infatti in buona parte dal riconoscimento, in capo a chi ne chieda il riconoscimento, del diritto al soggiorno nelle more del relativo procedimento amministrativo e, quindi, della provvisoria anticipazione dell'inespellibilità, che è l'unico presupposto della protezione speciale.

11. Sul doppio binario per l'accesso alla protezione speciale, con precisi rinvii alla giurisprudenza di merito secondo la quale il cittadino straniero ha diritto a presentare al questore domanda di protezione speciale – al di fuori della procedura di protezione internazionale – senza dover richiedere un diverso titolo di soggiorno, si rinvia a N. Zorzella, *La nuova protezione speciale*, cit., pp. 138-142.

12. Circolare ministeriale consultabile al link https://www.percambiarelordinedellecose.eu/wpcontent/uploads/2021/07/Circolare1732020art19TUI_19072021.pdf.

13. Si consideri infatti come, a prescindere dai termini previsti dalla normativa vigente per la definizione dei due procedimenti (sessanta giorni ai sensi del comma 9 dell'art. 5 TU, in assenza di diverso termine da parte dell'art. 19 TU, per la domanda di protezione speciale rivolta al questore, trentasei per l'espletamento dell'ordinaria procedura di protezione internazionale in assenza di ipotesi di proroga ai sensi degli artt. 26 e 27 d.lgs. 25/2008), la procedura volta al riconoscimento della protezione internazionale prevede, diversamente da quella per la protezione speciale, l'effettuazione di un colloquio personale con il richiedente da parte della competente Commissione territoriale, con inevitabile maggiore estensione dei tempi della procedura.

La sussistenza di tale diritto discende, a parere di chi scrive, non tanto da un improbabile ricorso all'analogia con la procedura per la protezione internazionale e, in particolare, con quanto disposto dal già citato art. 7 d.lgs. 25/2008 (fin troppo facile sarebbe rilevare l'eccezionalità di tale ultima norma e richiamare in proposito il principio dell'*ubi voluit, dixit*), quanto da due differenti ordini di ragioni.

Anzitutto, a fondare il diritto al soggiorno del cittadino straniero nelle more della procedura, soccorre l'argomento di natura ontologica al quale si è sopra accennato: non può essere espulso (e quindi deve essere autorizzato provvisoriamente al soggiorno) il cittadino straniero del quale deve essere accertata l'inespellibilità. Diversamente opinando, la tutela approntata dall'art. 19 TU sarebbe del tutto priva di garanzie e quindi di effettività per i soggetti interessati (per definizione irregolari sul territorio nazionale), i quali per richiedere l'accertamento dei motivi ostativi al proprio allontanamento dal territorio nazionale ai fini della propria autorizzazione al soggiorno dovrebbero (non essendo quella espulsiva una mera facoltà in capo al prefetto, ma una potestà che questi deve esercitare ogniqualvolta se ne realizzano i presupposti) prima essere espulsi, vanificando così ogni eventuale accertamento sulla fondatezza della propria domanda.

L'altro argomento che sembra fondare in modo inconfutabile il provvisorio divieto di espulsione del richiedente la protezione speciale ed il suo diritto al soggiorno nelle more del procedimento da questi avviato con la domanda rivolta al questore è, invece, di carattere letterale. Il comma 9-*bis* dell'art. 5 TU prevede infatti che «in attesa del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno (...) il lavoratore straniero può legittimamente soggiornare nel territorio dello Stato (...)». Detta disposizione è contenuta nell'articolo del Testo unico che, all'interno del capo I del titolo II del Testo unico relativo alle generali «disposizioni sull'ingresso e il soggiorno» del cittadino straniero, si occupa del permesso di soggiorno (non di un particolare permesso di soggiorno) e quindi, in assenza di specifiche limitazioni deve essere applicata alla richiesta di tutti i permessi di soggiorno (per protezione speciale incluso) e non solo, ad esempio, a quelli richiesti per motivi di lavoro o familiari.

Da un punto di vista ermeneutico, l'unico argomento che potrebbe in astratto inficiare tale conclusione pare essere l'utilizzo della locuzione «lavoratore straniero» invece che, ad esempio, «cittadino straniero». L'argomento tuttavia prova troppo. Se si dovesse interpretare la norma in questione come applicabile al rilascio o rinnovo del solo permesso di soggiorno per motivi di lavoro, si dovrebbe concludere per l'irregolarità (e quindi l'espellibilità) di tutti i cittadini stranieri che hanno chiesto il rinnovo del permesso di soggiorno rilasciato per altri motivi e che stanno attendendo la definizione del relativo

procedimento, così contraddicendo – oltre che decenni di prassi amministrativa¹⁴ e di giurisprudenza¹⁵ – i più elementari principi di buon andamento dell'amministrazione in spregio dell'art. 97 Cost. (il cittadino straniero si troverebbe infatti in condizioni di irregolarità e sarebbe esposto ad una eventuale espulsione dal territorio nazionale in ragione della ritardata definizione della propria istanza).

Pare quindi che si possa agevolmente rinvenire nell'ordinamento il principio in forza del quale il cittadino straniero che abbia presentato al questore domanda di rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale, nelle more del procedimento amministrativo così attivato, non possa essere espulso e sia quindi a tutti gli effetti regolare sul territorio nazionale. In mancanza di precisa disposizione (tanto di rango primario quanto regolamentare) che preveda il rilascio in favore del cittadino straniero che si trovi in tale situazione di uno specifico permesso di soggiorno, dovrà pertanto attribuirsi alla ricevuta della domanda di protezione speciale valore di documento attestante la regolarità del soggiorno dell'interessato. Nell'ordinamento, d'altra parte, numerose sono le ipotesi di documenti diversi dal permesso di soggiorno che attestano, a pieno titolo, la regolarità del soggiorno del cittadino straniero: si pensi, ad esempio, alla già citata ricevuta della tempestiva domanda di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno in forza del citato comma 9-*bis* dell'art. 5 TU, alla ricevuta attestante la presentazione della richiesta di protezione internazionale ai sensi dell'art. 4, co. 3, d.lgs. 142/2015 o al visto per i soggiorni di durata inferiore a tre mesi in forza dell'art. 1, l. 68/2007.

Dalla regolarità del soggiorno del richiedente la protezione speciale nelle more del procedimento dovrà discendere la possibilità che lo stesso possa ottenere la registrazione anagrafica della propria residenza. L'assenza di disposizioni speciali conduce infatti a far ritenere applicabile la generale previsione contenuta nell'art. 15, d.p.r. n. 394/1999, a norma del quale «le iscrizioni e le variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente

14. Il Ministero del lavoro e l'Ispettorato nazionale del lavoro, con nota congiunta n. 4079 del 7.5.2018, hanno ad esempio ritenuto di applicare il principio sancito dal comma 9-*bis* dell'art. 5 TU, nella sua parte che autorizza a determinate condizioni il cittadino straniero in fase di rilascio e rinnovo del permesso allo svolgimento dell'attività lavorativa, a coloro che abbiano richiesto il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di famiglia a seguito di ingresso per ricongiungimento familiare; la nota è consultabile al link <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/ingresso-e-soggiorno-per-lavoro-in-italia/Documents/Nota-congiunta-INL-pds-motivi-familiari-prot.pdf>.

15. Il Tar per la Lombardia in particolare, con sentenza n. 719 pubblicata in data 15.7.2021, ha ritenuto la disposizione contenuta nel comma 9-*bis* dell'art. 5 TU di tale generale portata da poter essere applicata anche alla richiesta di proroga dell'autorizzazione al soggiorno ai sensi dell'art. 31, co. 3, TU, con conseguente estensione della regolarità del soggiorno del cittadino straniero autorizzato al soggiorno in forza di tale ultima norma anche nelle more del giudizio instaurato avanti il Tribunale per i minorenni e volto ad ottenere una nuova autorizzazione per i medesimi motivi; la sentenza è consultabile al seguente link: <https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/avvocato/visualizza>; in termini Tar Liguria, sent. n. 219 del 18.4.2020, consultabile al link https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr?p_p_id=GaSearch_INSTANCE_2NDgCF3zWBwk&p_p_state=normal&p_p_mode=view&GaSearch_INSTANCE_2NDgCF3zWBwk_javax.portlet.action=searchProvvedimenti&p_auth=pd3llwV D&p_lifecycle=0.

soggiornante sono effettuate nei casi e secondo i criteri previsti dalla legge 24 dicembre 1954, n. 1228, e dal regolamento anagrafico della popolazione residente, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223 (...)». Il richiedente la protezione speciale pertanto, regolarmente soggiornante a seguito della presentazione della propria istanza, ha diritto alla registrazione della propria residenza presso il luogo di effettiva ed abituale dimora (l'integrazione sociale e, quindi, la prolungata pregressa permanenza sul territorio è peraltro uno dei presupposti per il riconoscimento della protezione speciale).

Né l'attestazione della presentazione della domanda di protezione speciale né l'ipotetico permesso di soggiorno che dovesse essere rilasciato in ragione della presentazione della relativa istanza sono tra i titoli di soggiorno per i quali l'art. 34, co. 1, lett. b), TU prevede l'obbligo di iscrizione al Servizio sanitario locale. Se quindi il richiedente la protezione speciale non soddisfa nemmeno le condizioni contemplate dalla lettera a) della norma da ultimo citata (non svolgendo regolare attività lavorativa), non potrà iscriversi al Servizio sanitario nazionale, non godendo della parità di trattamento nell'accesso a tale servizio garantita dal primo comma del citato art. 34 TU.

Si è detto come la sussistenza del diritto al soggiorno del richiedente la protezione speciale, in via provvisoria e sino alla comunicazione dell'esito del procedimento, sia suffragata anche dalla norma contenuta nell'art. 5 TU, al suo comma 9-*bis*. Tale ultima norma non contiene tuttavia solamente una chiara sanzione del diritto alla permanenza del cittadino straniero nelle more del procedimento di rilascio e rinnovo del suo titolo di soggiorno, ma anche una seppur condizionata autorizzazione all'accesso dello stesso all'attività lavorativa.

Occorre quindi chiedersi se anche la seconda parte dell'art. 5, co. 9-*bis*, cit. sia applicabile alla specifica condizione del cittadino straniero che abbia chiesto il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale e stia attendendo l'esito della relativa procedura e, quindi, se tale norma autorizzi il richiedente la protezione speciale al solo soggiorno provvisorio sul territorio o anche allo svolgimento di attività lavorativa.

Dal punto di vista letterale, come visto, l'unica parte della disposizione che potrebbe in astratto mettere in discussione la sussistenza del diritto al soggiorno del richiedente la protezione speciale è l'utilizzo della locuzione «lavoratore straniero». Il ricorso a tale locuzione non pare tuttavia poter impedire, per quanto già espresso, la generale applicazione dell'autorizzazione al soggiorno al richiedente la protezione speciale (che d'altra parte ben può essere qualificato anche come «lavoratore straniero»).

Per quanto riguarda tuttavia l'autorizzazione al lavoro, sussistono argomenti di carattere letterale che sembrano impedire l'estensione della disposizione autorizzativa al richiedente la protezione speciale. Il secondo periodo del comma, in particolare, subordina

la possibilità di svolgere attività lavorativa da parte del cittadino straniero in attesa del rilascio e rinnovo del richiesto permesso di soggiorno al verificarsi di due precise condizioni: «a) che la richiesta del rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro sia stata effettuata dal lavoratore straniero all'atto della stipula del contratto di soggiorno, secondo le modalità previste nel regolamento d'attuazione, ovvero, nel caso di rinnovo, la richiesta sia stata presentata prima della scadenza del permesso, ai sensi del precedente comma 4, e dell'articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica del 31 agosto 1999 n. 394, o entro sessanta giorni dalla scadenza dello stesso; b) che sia stata rilasciata dal competente ufficio la ricevuta attestante l'avvenuta presentazione della richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso».

La prima di tali condizioni è chiara nel suo tenore letterale ed impedisce interpretazioni estensive che ne tradiscano il significato, come espresso dalle parole utilizzate: l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'attività lavorativa, nelle more del procedimento di rilascio del permesso di soggiorno, è esplicitamente riservata all'ipotesi in cui il permesso sia stato richiesto «per motivi di lavoro» e dopo che sia stato sottoscritto il contratto di soggiorno (contratto che solamente per ottenere il rilascio del primo permesso per motivi di lavoro, a norma dell'art. 22, co. 6, TU, può e deve essere sottoscritto).

Non pare quindi esserci spazio alcuno per un'estensione dell'autorizzazione al lavoro contenuta nell'art. 5, co. 9-*bis*, TU, al richiedente la protezione speciale.

Non si può nemmeno sostenere l'immanenza nell'ordinamento di un'implicita autorizzazione al lavoro per i cittadini stranieri che abbiano manifestato un bisogno di protezione. Il richiedente la protezione internazionale, infatti, accede liberamente al mercato del lavoro solamente in forza di una specifica disposizione, contenuta nell'art. 22, co. 1, d.lgs. n. 142/2015, che peraltro gli consente lo svolgimento di attività lavorativa solamente trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda di protezione.

Nel nostro ordinamento d'altra parte, come noto, in forza della disposizione contenuta nel comma 12 dell'art. 22 TU costituisce reato l'assunzione di lavoratori privi del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Se manca quindi una specifica disposizione che autorizzi il cittadino straniero che non disponga di quel particolare titolo di soggiorno allo svolgimento di attività lavorativa (come avviene, ad esempio, per il richiedente la protezione internazionale dopo sessanta giorni dalla presentazione della domanda¹⁶, per il titolare di

16. Cfr. art. 22, co. 1, d.lgs. n. 142/2015.

permesso per motivi familiari¹⁷, per assistenza minori¹⁸ o per cure mediche¹⁹), la prestazione lavorativa è illecita, realizzandosi la fattispecie di reato sopra indicata.

Per concludere sul punto, occorre rilevare come non fornisca adeguati argomenti a favore della possibilità per il richiedente la protezione speciale di svolgere attività lavorativa nelle more del relativo procedimento accertativo il contenuto della nota congiunta n. 4079 del 7.5.2018 del Ministero del lavoro e dell'Ispettorato nazionale del lavoro²⁰; se anche infatti tali due autorità hanno ritenuto, con quella nota, che il cittadino straniero che abbia fatto ingresso sul territorio nazionale in forza di visto per ricongiungimento familiare, anche prima del rilascio del relativo permesso possa essere regolarmente assunto, tale autorizzazione non può essere rinvenuta in alcuna norma di legge e l'applicazione analogica della disposizione eccezionale contenuta nell'art. 5, co. 9-*bis*, TU operata dalla Pubblica amministrazione (per quanto *in bonam partem*) non giustifica la sua replica ad altre e differenti fattispecie, come quella del richiedente la protezione speciale.

Resta salva, naturalmente, la possibilità di continuare a svolgere attività lavorativa per il cittadino straniero che presenti domanda di protezione speciale e che già soggiorni sul territorio nazionale in forza di un permesso di soggiorno che lo abilita all'attività lavorativa (ipotesi che può verificarsi da esempio per il richiedente la protezione internazionale che, trascorsi sessanta giorni dalla propria domanda di asilo e pendente la relativa procedura, nella fase amministrativa o in quella giudiziale²¹, decida di rivolgere al questore domanda di protezione speciale).

Esclusa così l'esistenza nell'ordinamento di una norma che consenta in via generale al cittadino straniero richiedente la protezione speciale di svolgere attività lavorativa, non ci si può esimere dal rilevare l'irragionevolezza e, quindi, incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost. del correlato divieto; il combinato disposto degli artt. 19 e 22, co. 12, TU, nella parte in cui non consente al richiedente la protezione speciale di svolgere attività lavorativa, tratta infatti quest'ultimo in modo irragionevolmente peggiore rispetto al richiedente la protezione internazionale (che a tale attività può accedere dopo soli sessanta

17. Cfr. art. 30, co. 2, TU.

18. Cfr. art. 29, co. 6, TU.

19. Cfr. art. 36, co. 3, TU.

20. <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/ingresso-e-soggiorno-per-lavoro-in-italia/Documents/Nota-congiunta-INL-pds-motivi-familiari-prot.pdf>.

21. Con propria circolare del 7.12.2021 la Commissione nazionale per il diritto di asilo ha ritenuto inammissibile la domanda di protezione speciale presentata dal richiedente la protezione internazionale che non ha ancora ricevuto la decisione sulla propria istanza da parte della competente Commissione territoriale (la domanda di protezione speciale verrebbe assorbita in quella volta al riconoscimento della protezione internazionale) ed ammissibile invece quella avanzata dal richiedente la protezione internazionale in attesa della definizione del giudizio avverso il diniego emesso dalla Commissione territoriale. La circolare è consultabile su questa *Rivista*, n. 1.2022, al link: <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-fascicoli/fascicolo-2022-n-1/141-osservatori-n-1-2022/254-osservatorio-italiano>.

giorni dalla propria domanda) quando, da un lato il secondo – autorizzato a lavorare – a differenza del primo ha anche accesso alle misure di accoglienza previste dal d.lgs. n. 142/2015 e, dall’altro, lo svolgimento di attività lavorativa (come possibile elemento dell’inserimento sociale) è proprio uno dei presupposti per il riconoscimento della protezione speciale e non si vede per quale ragione tale attività debba essere preclusa a chi la invochi.

3. La condizione del titolare di protezione speciale

Il cittadino straniero del quale viene accertata la inespellibilità per una delle ragioni previste dai primi due commi dell’art. 19 TU ottiene, all’esito di una delle due procedure descritte dal comma 1.2 di tale articolo, il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale.

La prima e fondamentale prerogativa di tale permesso è insita nella sua stessa natura e consiste nell’impossibilità di allontanamento forzato del suo titolare dal territorio nazionale, con conseguente diritto al soggiorno.

Lo *status* del titolare di protezione speciale non può tuttavia ridursi alla sua semplice inespellibilità.

Priva di ulteriori contenuti, infatti, tale forma di protezione potrebbe anche essere chiamata “speciale” dal legislatore, ma non proteggerebbe alcuno, traducendosi il relativo titolo di soggiorno nella mera certificazione della tolleranza di un soggetto sul territorio nazionale.

La quasi totale assenza di disciplina specifica, tanto da parte del d.l. n. 113/2018 (che ha introdotto nell’ordinamento il permesso per protezione speciale) quanto del d.l. n. 130/2020 (che, come visto, ha rivoluzionato l’istituto), impone quindi all’interprete un esercizio di ricerca delle fonti normative dei diritti che, insieme a quello al soggiorno, devono concorrere a costituire lo *status* del titolare di protezione speciale.

L’art. 1-*sexies*, d.l. n. 416/1989, come modificato dal d.l. n. 130/2020, prevede anzitutto che il titolare di permesso di soggiorno per protezione speciale possa essere inserito, nei limiti dei posti disponibili, nei progetti del sistema di accoglienza ed integrazione²². La portata della disposizione appare tuttavia molto limitata, per una serie di differenti ragioni: anzitutto quello all’inserimento nei Centri di accoglienza SAI non è sancito come un diritto soggettivo del titolare della forma di protezione in questione, come invece previsto dal comma 1 dell’art. 14, d.lgs. n. 142/2015 per il richiedente la protezione internazionale, il quale ultimo «ha accesso» alle misure di accoglienza e non semplicemente può esservi inserito. L’inserimento del titolare di protezione speciale nel sistema di accoglienza può inoltre essere disposto dall’ente gestore del singolo progetto solamente «nei

22. Cfr. art. 1-*sexies*, co. 1, lett. a), d.l. n. 416/1989.

limiti dei posti disponibili», così subordinando l'accesso dell'interessato alle misure di accoglienza alla disponibilità di risorse.

L'accesso alle misure di accoglienza è inoltre esplicitamente precluso dalla norma del d.l. del 1989, come novellata nel 2020, ai cittadini stranieri che abbiano ottenuto la protezione speciale in applicazione di una delle cause di esclusione della protezione internazionale di cui agli articoli 10, comma 2²³, 12, comma 1, lettere b) e c)²⁴, e 16²⁵ del d.lgs. n. 251/2007 e lo sarà di fatto, soprattutto, per buona parte dei casi in cui la protezione speciale verrà riconosciuta, ai sensi del comma 1.1 dell'art. 19 TU, in ragione dell'inserimento sociale dell'interessato, il quale per ottenerla avrà il più delle volte dimostrato di disporre di un'occupazione lavorativa e quindi, facilmente, di un reddito superiore all'importo annuo dell'assegno sociale, ritenuto sufficiente dall'ordinamento per la sussistenza propria e dei propri eventuali famigliari conviventi²⁶, anche se in concreto del tutto insufficiente per condurre una vita dignitosa in completa autonomia²⁷. Nel primo caso quindi (quello in cui la protezione speciale è riconosciuta in applicazione di una clausola di

23. Così l'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 251/2007: «2. Lo straniero è altresì escluso dallo *status* di rifugiato ove sussistono fondati motivi per ritenere: a) che abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini; b) che abbia commesso al di fuori del territorio italiano, prima di esservi ammesso in qualità di richiedente, un reato grave ovvero che abbia commesso atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che possano essere classificati quali reati gravi. La gravità del reato è valutata anche tenendo conto della pena prevista dalla legge italiana per il reato non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni; c) che si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite».

24. Così l'art. 12, co. 1, lett. b) e c), d.lgs. n. 251/2007: «Sulla base di una valutazione individuale, lo *status* di rifugiato non è riconosciuto quando: (...) b) sussistono fondati motivi per ritenere che lo straniero costituisce un pericolo per la sicurezza dello Stato; c) lo straniero costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale ovvero dagli articoli 336, 583, 583-*bis*, 583-*quater*, 624 nell'ipotesi aggravata di cui all'articolo 625, primo comma, numero 3), e 624-*bis*, primo comma, del codice penale. I reati di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numeri 2), 6) e 7-*bis*), del codice di procedura penale, sono rilevanti anche nelle fattispecie non aggravate».

25. Così l'art. 16, d.lgs. n. 251/2007: «Lo *status* di protezione sussidiaria è escluso quando sussistono fondati motivi per ritenere che lo straniero: a) abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini; b) abbia commesso, al di fuori del territorio nazionale, prima di esservi ammesso in qualità di richiedente, un reato grave. La gravità del reato è valutata anche tenendo conto della pena, non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni, prevista dalla legge italiana per il reato; c) si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite; d) costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato. d-*bis*) costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale ovvero dagli articoli 336, 583, 583-*bis*, 583-*quater*, 624 nell'ipotesi aggravata di cui all'articolo 625, primo comma, numero 3), e 624-*bis*, primo comma, del codice penale. I reati di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numeri 2), 6) e 7-*bis*), del codice di procedura penale, sono rilevanti anche nelle fattispecie non aggravate. 2. Il comma 1 si applica anche alle persone che istigano o altrimenti concorrono alla commissione dei crimini, reati o atti in esso menzionati».

26. Cfr. art. 14, co. 1 e 2, d.lgs. 142/2015.

27. L'importo annuo dell'assegno sociale è quantificato, per il 2022, in € 468,10 per 13 mensilità; la circolare INPS con l'importo dell'assegno sociale aggiornato è consultabile al link <https://servizi2.inps.it/servizi/CircMessStd/maestro.ashx?idAllegato=13246&flagOriginale=1>.

esclusione) le misure di accoglienza non verranno erogate per ritenuta immeritevolezza dell'interessato, il quale non ha ottenuto il riconoscimento della protezione internazionale (pur sussistendo il timore di persecuzione o di danno grave) per condotte delle quali si è reso responsabile; nel secondo invece (quello della protezione speciale accorda per inserimento sociale) le medesime misure di accoglienza potranno essere negate non solo per l'indisponibilità di posti liberi, ma anche per il raggiungimento da parte della persona titolare di protezione speciale della soglia reddituale ritenuta sufficiente dall'ordinamento per il proprio sostentamento, ma ben lontana dall'esserlo per una persona che dovrebbe vivere in completa autonomia, magari con famigliari a carico.

Se lo *status* di titolare della protezione speciale non garantisce quindi un accesso incondizionato alle misure di accoglienza, consente tuttavia senza alcun dubbio lo svolgimento dell'attività lavorativa, per quanto disposto dall'art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008²⁸.

Tale ultima norma, in primo luogo, prevede che la Commissione territoriale investita di una domanda di riconoscimento della protezione internazionale, nei casi in cui non accolga detta domanda, se ritiene sussistenti le condizioni di cui ai commi 1 e 1.1 dell'art. 19 TU deve trasmettere gli atti al questore per il rilascio in favore dell'interessato di un permesso per protezione speciale.

L'art. 32 cit. tuttavia (in modo tutt'altro che ordinato, dal punto di vista sistematico) contiene anche disposizioni di carattere sostanziale relative alla disciplina del permesso di soggiorno per protezione speciale. Viene infatti anzitutto prevista la durata biennale di tale titolo di soggiorno e poi, nel secondo periodo del comma, la sua rinnovabilità (previo parere della Commissione territoriale competente) e l'idoneità dello stesso allo svolgimento di attività lavorativa.

La durata biennale e la rinnovabilità del permesso di soggiorno, così come l'autorizzazione del suo titolare all'accesso al lavoro, sono dunque disciplinate non nella norma che introduce la protezione speciale nell'ordinamento e ne delinea i presupposti (il più volte citato art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2, TU), bensì nella norma procedurale che disciplina uno dei due accessi a tale forma di protezione (quella che la prevede come possibile esito della domanda di riconoscimento della protezione internazionale).

28. Così l'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008: «Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno biennale che reca la dicitura "protezione speciale", salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga. Il permesso di soggiorno di cui al presente comma è rinnovabile, previo parere della Commissione territoriale, e consente di svolgere attività lavorativa, fatto salvo quanto previsto in ordine alla convertibilità dall'articolo 6, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».

Come anticipato, la collocazione di quello che è il contenuto della protezione in questione non nella norma sostanziale ma in quella procedurale (peraltro duplicata tra comma 1.2 dell'art. 19 TU e comma 3 dell'art. 32 d.lgs. n. 25/2008) appare poco felice. Non sembra tuttavia dovuta ad altro che ad una scelta poco avveduta di tecnica legislativa. Non si vede infatti quale *ratio* tale collocazione possa avere: è immaginabile che il legislatore abbia voluto autorizzare all'attività lavorativa solamente il titolare di protezione speciale che ha ottenuto il relativo permesso a seguito del rigetto della propria domanda di protezione internazionale? È possibile che solo il permesso ottenuto secondo quest'ultima via sia rinnovabile e che solamente il titolo di soggiorno così ottenuto abbia una durata prevista per legge? La risposta affermativa a tali quesiti condurrebbe alla conseguenza del tutto irragionevole secondo la quale l'ordinamento avrebbe istituito una forma di protezione, quella speciale, i cui presupposti sono delineati da un'unica norma (l'art. 19 TU), ma che è accessibile secondo due procedure (l'una con domanda diretta al questore, l'altra con presentazione di domanda di protezione internazionale), prevedendo fondamentali diritti (al lavoro, alla durata stabilita per legge del titolo di soggiorno, al rinnovo e – si vedrà più avanti – alla convertibilità del permesso in uno per lavoro) solamente in favore di chi l'abbia ottenuta all'esito di una delle due strade (quella della domanda di protezione internazionale, risultata infondata sotto il profilo della protezione maggiore invocata), lasciando priva di qualsivoglia garanzia e tutela la condizione giuridica del cittadino straniero che la medesima forma di protezione ha ottenuto rivolgendo la propria istanza al questore (quest'ultimo non sarebbe autorizzato al lavoro e sarebbe titolare di un permesso di soggiorno di una durata stabilita in modo discrezionale dal questore, non rinnovabile e non convertibile).

Non essendo possibile rinvenire alcuna logica (oltre che ragionevolezza) in tale ultima opzione, non si può che concludere ritenendo la collocazione della disciplina del permesso di soggiorno per protezione speciale in due differenti norme (i più volte citati artt. 19 TU e 32 d.lgs. n. 25/2008) frutto esclusivamente di una non impeccabile tecnica legislativa. Il permesso di soggiorno per protezione speciale è quindi uno solo, i suoi presupposti sono espressi nei primi due commi dell'art. 19 TU, la procedura per ottenerne il rilascio nei commi 1.2 dell'art. 19 TU e 3 dell'art. 32 d.lgs. n. 25/2008 e la sua disciplina unitaria in quest'ultima norma.

Tali argomenti portano quindi a concludere per l'inclusione nell'unico *status* di titolare della protezione speciale di tre primi elementi: l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività lavorativa (tanto di natura subordinata quanto di natura autonoma), la biennialità del titolo di soggiorno e la sua rinnovabilità e convertibilità²⁹.

29. Sulla convertibilità del permesso di soggiorno per protezione speciale si rinvia a quanto espresso nel paragrafo 4 del presente lavoro.

Le norme sopra citate sono come detto le uniche a disciplinare il permesso di soggiorno per protezione speciale. La sussistenza o meno di altri diritti in capo al titolare del relativo *status* deve quindi essere rinvenuta nelle generali disposizioni contenute nel Testo unico e nell'intero ordinamento.

In materia di assistenza sociale, anzitutto, occorre richiamare la disposizione contenuta nel comma 1 dell'art. 41 TU, a norma della quale «Gli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, i titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno diversi da quelli di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter* del presente articolo e i minori stranieri titolari di uno dei permessi di soggiorno di cui all'articolo 31 sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti».

Il titolare di protezione speciale, il cui permesso di soggiorno ha durata stabilita per legge in due anni, gode quindi, in materia di assistenza sociale, del diritto alla parità di trattamento con il cittadino italiano.

A tale principio di parità tuttavia – a seguito delle modifiche introdotte con la l. n. 238/2021, la legge europea 2019-2020, che ha introdotto il comma 1-*ter* nell'art. 41 TU – fanno eccezione le prestazioni familiari, che spettano esclusivamente ai titolari di permesso unico lavoro di durata almeno semestrale. In effetti, l'unica prestazione familiare vigente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 230/2021 è l'assegno unico e universale per i figli a carico che, a norma dell'art. 1 di detto decreto legislativo, spetta solo ai titolari del permesso unico lavoro di durata almeno semestrale. La circolare INPS n. 23/2022 ha sì esteso le tipologie di permessi che consentono di accedere alla prestazione, tra gli altri, a quelli per asilo, protezione sussidiaria ed apolidia, ma ha ommesso ogni richiamo al permesso per protezione speciale, i cui titolari restano pertanto esclusi da qualsiasi prestazione familiare, anche quando hanno un rapporto di lavoro in corso³⁰. Solo successivamente, con messaggio n. 2951 del 25 luglio 2022³¹, l'Istituto ha rettificato quanto espresso nella precedente circolare, estendendo l'accesso all'assegno unico ai titolari, tra gli altri, del permesso di soggiorno per protezione speciale³².

30. Sull'argomento si rinvia a A. Guariso, *Assegno unico per i figli a carico e nuovo art. 41 TU Immigrazione: fine di un'inadempienza italiana, con qualche passo indietro*, in questa *Rivista*, n. 2.2022, p. 402.

31. <https://servizi2.inps.it/servizi/CircMessStd/VisualizzaDoc.aspx?tipologia=circmess&idunivoco=13898>. Si rinvia per un primo commento alla nota Asgi consultabile al link: <https://www.asgi.it/notizie/auu-importanti-novita-con-il-messaggio-inps-n-2951-del-25-luglio-2022/>.

32. Il tenore letterale del messaggio sembra assicurare l'erogazione della prestazione ai soli titolari della protezione speciale che abbiano ottenuto tale forma di protezione «laddove sussistano pericoli di persecuzione o tortura in caso di rientro nel Paese di origine»; sembra tuttavia impensabile una limitazione del riconoscimento dell'assegno unico universale

Il titolare di permesso per protezione speciale ha inoltre sicuramente diritto, così come il richiedente tale forma di protezione e per gli argomenti sopra espressi, all'iscrizione anagrafica della propria residenza per la disposizione contenuta nell'art. 15, d.p.r. n. 394/1999³³, che condiziona l'applicazione delle generali regole contenute nella l. n. 1228/1954 per l'iscrizione anagrafica del cittadino straniero solamente alla regolarità del suo soggiorno.

Il permesso di soggiorno per protezione speciale è inoltre tra quelli per i quali l'art. 34, co. 1, lett. b), TU sancisce l'obbligo di iscrizione per il cittadino straniero al Servizio sanitario nazionale e «la piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto al cittadino italiano per quanto attiene all'obbligo contributivo, all'assistenza erogata in Italia dal Servizio sanitario nazionale e alla sua validità temporale»³⁴.

Per completare l'esame dei tratti essenziali dello *status* di titolare di protezione speciale, occorre infine verificare se ne sia tutelato o meno il diritto all'unità familiare. Mentre infatti per i titolari di protezione internazionale l'ordinamento prevede una complessa disciplina, contenuta negli artt. 22, d.lgs. n. 251/2007, 29 e 29-*bis* TU, per i titolari della protezione speciale non è prevista alcuna disposizione specifica.

In proposito è suggestiva l'ipotesi secondo la quale si potrebbe dare rilievo alla mancata reintroduzione dell'esclusione del diritto al ricongiungimento familiare dopo la sua abrogazione da parte del d.l. n. 113/2018. L'art. 29, co. 10, TU, nel suo testo in vigore sino al 3 dicembre 2018, prevedeva infatti, alla sua lett. c), un'espressa esclusione dell'applicabilità delle norme sul ricongiungimento familiare ai titolari di protezione umanitaria, con richiamo per questi ultimi alle «ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6». Il legislatore del 2018 (eliminando dall'ordinamento il permesso di soggiorno per motivi umanitari) ha abrogato la lettera c) del citato comma 10 escludendo così, per quanto qui di interesse, il ricongiungimento per il cittadino straniero che rientrasse nell'ipotesi di cui all'art. 5, co. 6, TU. Ebbene tale esclusione, quando nel 2020 (con il d.l. n. 130/2020) il richiamo alla salvezza del «rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» quale limite al rifiuto del permesso di soggiorno è stato reintrodotta nell'art. 5, co. 6, TU e previsto quale uno dei possibili presupposti per il riconoscimento della protezione speciale dall'art. 19, co. 1.1, TU, non è stata più ripristinata, risultando ora assente dal

a chi abbia ottenuto il riconoscimento della protezione speciale a norma del comma 1 dell'art. 19 TU, con esclusione di chi l'abbia invece ottenuta sussistendo le condizioni di cui al successivo comma 1.1, dovendosi quindi intendere il richiamo al timore di persecuzione o tortura come incompleta esemplificazione dei presupposti per il riconoscimento della protezione speciale.

33. Così l'art. 15 d.p.r. n. 394/1999: «1. Le iscrizioni e le variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate nei casi e secondo i criteri previsti dalla legge 24 dicembre 1954, n. 1228, e dal regolamento anagrafico della popolazione residente, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, come modificato dal presente regolamento».

34. Così il primo periodo dell'art. 34, co. 1, TU.

titolo del testo unico che disciplina il diritto all'unità familiare. Il riconoscimento al titolare della protezione speciale del diritto al ricongiungimento familiare deriverebbe quindi dalla mancata reintroduzione, ad opera del d.l. n. 130/2020, dell'esplicito divieto previsto per l'esercizio di tale diritto prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018.

Secondo tale ipotesi interpretativa l'intenzione del legislatore sarebbe stata, nel 2020, quella di voler omettere un'esplicita esclusione dal ricongiungimento familiare dei titolari di protezione speciale, così autorizzandoli ad esercitare tale diritto.

Due sono tuttavia gli argomenti che rendono poco convincente tale ricostruzione ermeneutica. Anzitutto è certo che il d.l. n. 113/2018 (abrogando la lettera c) del citato comma 10) non aveva certo inteso far venire meno l'espressa preclusione del ricongiungimento per il titolare del permesso di soggiorno per motivi umanitari intendendo consentirlo. Il legislatore del 2018 ha, come noto, abrogato lo stesso istituto del permesso per motivi umanitari e, di conseguenza, ha abrogato ogni disposizione che nell'ordinamento richiamasse tale titolo di soggiorno o la norma che quel permesso istituiva (il comma 6 dell'art. 5 TU). Non vi è quindi mai stata una norma di legge che (eliminando una preclusione) abbia inteso consentire ai titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari l'esercizio del ricongiungimento familiare.

Perde così significato la mancata reintroduzione dell'esclusione dall'accesso al ricongiungimento ad opera del d.l. n. 130/2020: se l'intenzione del legislatore, eliminando quell'esclusione nel 2018, non era quello di affermare il diritto prima negato, difficilmente può attribuirsi alla novella del 2020 l'intenzione di introdurre un diritto non reintroducendone l'esplicita negazione. Tale ipotesi appare difficilmente percorribile se si considera come sarebbe stato assai più agevole, per affermare il diritto al ricongiungimento familiare del titolare di permesso per protezione speciale, modificare l'art. 28 TU, introducendo nel comma 1 tale titolo di soggiorno tra quelli elencati ed abilitanti al ricongiungimento. L'assenza quindi ad oggi di una norma speciale che riconosca al titolare di protezione speciale il diritto al ricongiungimento e la mancata introduzione del relativo permesso nell'elenco di quelli che lo consentono³⁵ induce a ritenere inesistente, *de iure condito*, il diritto del titolare di protezione speciale al ricongiungimento familiare.

Se può quindi essere esclusa la possibilità per il titolare della protezione speciale di accedere al ricongiungimento familiare, non vi sono invece dubbi in merito alla sussistenza del diritto di quest'ultimo al mantenimento dell'unità familiare. L'esistenza di una vita familiare (oltre che privata) tutelabile secondo i principi espressi dall'art. 8 CEDU e dalla

35. Così il testo dell'art. 28, co. 1, TU: «Il diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare nei confronti dei familiari stranieri è riconosciuto, alle condizioni previste dal presente testo unico, agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, ovvero per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari».

relativa giurisprudenza è, infatti, uno dei presupposti per il riconoscimento della forma di protezione in questione e la *ratio* stessa dell'istituto sarebbe evidentemente tradita, qualora si impedisse al titolare della protezione speciale di conservare i legami familiari in ragione dei quali può avere ottenuto detta protezione. Tale salvaguardia si tradurrà, ad esempio, nella possibilità di convertire il permesso per protezione speciale, sussistendone le condizioni, in uno per motivi di famiglia, ai sensi dell'art. 30, co. 1, lett. c), TU (la c.d. «coesione familiare»). La portata generale della norma consente infatti la conversione di qualsiasi permesso di soggiorno in uno per motivi di famiglia, qualora vengano soddisfatti dall'interessato i requisiti previsti per il ricongiungimento familiare³⁶.

4. Il destino del permesso per protezione speciale tra conversione e rinnovo

Tra le più significative innovazioni contenute nel d.l. n. 130/2020 vi è sicuramente l'introduzione, con l'art. 1, co. 1, lett. b), del decreto legge, del nuovo comma 1-*bis* all'art. 6 TU. Con tale ultima norma vengono infatti introdotte nell'ordinamento nuove ed importanti ipotesi di convertibilità di titoli di soggiorno in permessi per motivi di lavoro³⁷.

Di particolare rilievo, da un punto di vista sistematico, la convertibilità in permesso di soggiorno per motivi di lavoro dei permessi per assistenza minore, residenza elettiva, cure mediche e richiesta cittadinanza.

La convertibilità in permesso per lavoro del permesso per protezione speciale, tuttavia, pare costituire l'innovazione di maggiore interesse in tema di conversione dei titoli di soggiorno da una tipologia all'altra. Tale nuova caratteristica di quel permesso di soggiorno, infatti, ha contribuito (insieme all'estensione delle fattispecie descritte dall'art. 19, con la modifica del comma 1 e l'introduzione del comma 1.1) a mutarne radicalmente la natura rispetto a quella delineata dal legislatore del 2018 che lo aveva introdotto: da permesso rilasciato solamente per garantire il soggiorno a soggetti inespellibili per il dovuto rispetto

36. La conversione in permesso di soggiorno per motivi di famiglia ai sensi dell'art. 30, co. 1, lett. c), TU è stata ritenuta possibile dalla giurisprudenza per il ben più precario titolo di soggiorno rilasciato per richiesta di asilo (cfr. Corte app. Milano, 24.8.2016, n. 3324, est. Lo Cascio).

37. Così il testo del novellato comma 1-*bis* dell'art. 6 TU: «1-*bis*. Sono convertibili in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, ove ne ricorrano i requisiti, i seguenti permessi di soggiorno: a) permesso di soggiorno per protezione speciale, di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, ad eccezione dei casi per i quali siano state applicate le cause di diniego ed esclusione della protezione internazionale, di cui agli articoli 10, comma 2, 12, comma 1, lettere b) e c), e 16 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251; b) permesso di soggiorno per calamità, di cui all'articolo 20-*bis*; c) permesso di soggiorno per residenza elettiva, di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c-*quater*), del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394; d) permesso di soggiorno per acquisto della cittadinanza o dello stato di apolide, di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, ad eccezione dei casi in cui lo straniero era precedentemente in possesso di un permesso per richiesta di asilo; e) permesso di soggiorno per attività sportiva, di cui all'articolo 27, comma 1, lettera p); f) permesso di soggiorno per lavoro di tipo artistico, di cui all'articolo 27, comma 1, lettere m), n) ed o); g) permesso di soggiorno per motivi religiosi, di cui all'articolo 5, comma 2; h) permesso di soggiorno per assistenza di minori, di cui all'articolo 31, comma 3. h-*bis*) permesso di soggiorno per cure mediche, di cui all'articolo 19, comma 2, lettera d-*bis*)».

del principio di *non refoulement*, in favore dei quali veniva rilasciato un permesso che, per la loro ritenuta immeritevolezza a soggiornare stabilmente, non poteva essere convertito e non poteva quindi, di fatto, condurre alla loro integrazione nella società, a permesso rilasciato (anche) in favore di persone delle quali si riconosce il percorso di integrazione sociale, lavorativa, familiare e culturale e che si intende favorire, anche con la previsione della convertibilità del titolo di soggiorno in uno ordinario per motivi di lavoro, nella definitiva stabilizzazione sul territorio.

È quindi di tutta evidenza la centralità, nell'elaborazione dell'istituto della protezione speciale post-2020, della convertibilità del relativo permesso in uno ordinario per motivi di lavoro: sarebbe stato infatti del tutto irragionevole riconoscere il percorso di integrazione del cittadino straniero ma poi (come per il richiedente protezione internazionale al quale sono applicate le clausole di esclusione) limitarsi a tollerarne la permanenza senza consentirgli di emanciparsi dalla titolarità di un permesso il cui significato altro non è che il riconoscimento della temporanea impossibilità di rimpatrio.

La convertibilità del permesso di soggiorno per protezione speciale, elemento come visto costitutivo della sua stessa natura, è stata tuttavia messa in discussione dal Ministero dell'interno, con le congiunte circolari prot. 156594 del 23.11.2021 e prot. 11650 del 15.11.2021 del Dipartimento della pubblica sicurezza - Direzione centrale immigrazione e polizia delle frontiere del Ministero dell'interno³⁸. Il Ministero dell'interno con tali circolari, prendendo atto dell'orientamento espresso dalla Commissione nazionale in merito alla possibilità per il cittadino straniero di richiedere il rilascio del permesso per protezione speciale rivolgendosi direttamente al questore, deduce dall'esistenza dei due differenti canali di accesso alla protezione speciale l'esistenza nell'ordinamento di due differenti permessi di soggiorno con la medesima denominazione, rilasciati l'uno ai sensi dell'art. 19, co. 1.2, TU all'esito della domanda diretta al questore e solamente da quest'ultima norma disciplinato, l'altro ai sensi dell'art. 32, d.lgs. n. 25/2008, ottenuto a seguito di trasmissione degli atti al questore dalla Commissione territoriale, investita di domanda di riconoscimento della protezione internazionale, la cui disciplina è rinvenibile in tale ultima disposizione.

La convertibilità del permesso di soggiorno, in ragione del richiamo operato dall'art. 6, co. 1-*bis*, lett. a), TU al solo art. 32 d.lgs. n. 25/2008, sarebbe quindi riservata secondo il Ministero a quest'ultimo permesso, differentemente regolato tanto sotto il profilo procedimentale quanto sotto quello sostanziale.

Detta conclusione, tuttavia, non convince affatto.

38. Le circolari sono consultabili su questa *Rivista* al link <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/allegati/fascicolo-2022-1/846-circolare-ministero-interno-p-s-protezione-speciale-nov-2021/file>.

Non vi è dubbio infatti che nell'ordinamento esista un solo permesso di soggiorno per protezione speciale³⁹, disciplinato congiuntamente dalle due norme sopra citate: nei commi 1 e 1.1 dell'art. 19 TU si rinviengono i presupposti per il suo rilascio, nei commi 1.2 dell'art. 19 TU e 3 dell'art. 32, d.lgs. n. 25/2008 le due differenti procedure per accedervi e nell'ultima di tali disposizioni i diritti specificamente previsti per i suoi titolari (biennalità del permesso, idoneità all'attività lavorativa, rinnovabilità e convertibilità in permesso per lavoro per il richiamo operato dall'art. 6, co. 1-*bis*, TU).

Se due differenti forme di protezione speciale esistono, infatti, non sono certo le procedure seguite per richiederla a distinguerle, bensì le ragioni che ne hanno determinato il riconoscimento. È infatti vero che un differente *status* è previsto per il titolare di protezione speciale che tale forma di protezione ha ottenuto per applicazione nei suoi confronti delle clausole di esclusione: questi non ha sicuramente diritto alla conversione del proprio permesso in uno per lavoro (in questa parte è chiaro il disposto dell'art.6, co. 1-*bis*, lett. a), TU) e non può accedere alle misure di accoglienza (così l'art. 1-*sexies*, co. 1, lett. a), d.l. n. 416/1989).

Ammessa la distinzione tra protezione speciale ordinaria e protezione speciale accordata per esclusione dalla protezione internazionale (effettivamente disciplinate in modo parzialmente difforme), il tentativo di differenziare il trattamento dei titolari di permesso per protezione speciale a seconda della procedura seguita per ottenerlo, come fa il Ministero con le citate circolari, appare del tutto arbitrario: fermo quanto si è detto in merito alla diversa condizione del titolare di protezione speciale ottenuta per esclusione da quella internazionale, la protezione speciale è indubbiamente disciplinata in modo unitario dall'art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008, non esistendo nell'ordinamento altra norma che dia un contenuto alla neo istituita forma di protezione. L'art. 32 cit. (con la parziale ed esplicita eccezione della quale si è detto) è pertanto l'unica norma che disciplina la condizione giuridica di tutti i titolari di protezione speciale.

Il richiamo formulato dall'art. 6, co. 1-*bis*, cit. all'art. 32 cit. non deve pertanto essere inteso come una limitazione della convertibilità in permesso per lavoro del permesso per protezione speciale solamente se ottenuto all'esito della procedura per la protezione internazionale, bensì come un richiamo all'unica norma che disciplina il contenuto della protezione speciale.

Diversamente opinando, ritenendo cioè – come fa il Ministero dell'interno – che vi siano due forme di protezione speciale diversamente disciplinate a seconda della procedura seguita, si dovrebbe giungere alla conclusione, evidentemente contraria all'intenzione del legislatore, secondo la quale il solo permesso per protezione speciale ottenuto a seguito di

39. Condivide l'unitarietà dell'istituto della protezione speciale P. Bonetti, *op. cit.*, p. 275.

domanda di protezione internazionale sarebbe convertibile in permesso per lavoro e rinnovabile previo parere della Commissione territoriale, avrebbe una durata determinata dalla legge in due anni e consentirebbe lo svolgimento di attività lavorativa, mentre il permesso rilasciato per il medesimo motivo, ma a seguito di domanda diretta al questore (pur riconosciuto per i medesimi motivi e per decisione della stessa autorità amministrativa), non sarebbe convertibile in permesso per lavoro (come ritiene il Ministero dell'interno) ma non sarebbe nemmeno rinnovabile, non avrebbe una durata prevista dalla legge e non consentirebbe lo svolgimento di attività lavorativa. Queste ultime tre prerogative sono state infatti previste per il permesso in questione dall'art. 32, co. 3, d.lgs. cit.: o quindi tale ultima norma contiene la disciplina unitaria della protezione speciale e le prerogative sopra elencate devono essere riconosciute, salva l'unica esplicita eccezione della quale si è detto, a tutti i titolari di tale protezione (come si ritiene inevitabile da un punto di vista sistematico, per il rispetto dell'evidente intenzione del legislatore e del canone di ragionevolezza) oppure (con apparente rispetto del dato letterale della norma stessa) solamente a chi tale forma di protezione ottiene avendo presentato una domanda di protezione internazionale.

Per le ragioni sopra espresse, si ritiene che il richiamo al «permesso di soggiorno per protezione speciale, di cui all'articolo 32, co. 3 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25» contenuto nell'art. 6, co.1-*bis*, TU, debba essere inteso quale rinvio all'unica norma che disciplina il contenuto della protezione speciale e, quindi, all'unico permesso per protezione speciale esistente nell'ordinamento che, per il combinato disposto delle norme citate, è sempre convertibile alla scadenza in uno per motivi di lavoro (con la sola eccezione di quello ottenuto per sussistenza di una clausola di esclusione dalla protezione internazionale).

Se si ritenesse invece, come fa il Ministero con le due circolari del 2021, che i permessi per protezione speciale sono di due tipologie differenti (uno *ex art. 32, co. 3, cit.* ottenuto all'esito di domanda di protezione internazionale, l'altro *ex art. 19, co. 1.2, cit.* ottenuto a seguito di domanda diretta al questore), si dovrebbe giungere alle paradossali conclusioni secondo le quali i medesimi presupposti (la sussistenza delle condizioni descritte dai commi 1 e 1.1 dell'art. 19 TU), vagliati dalle medesime Amministrazioni (la decisione sulla domanda è infatti in entrambi i casi della Commissione territoriale, dovendo il questore solamente trasmetterle i relativi atti⁴⁰), avrebbero come esito, a seconda della procedura scelta dall'interessato, in un caso il rilascio di un permesso di soggiorno di durata biennale, rinnovabile, convertibile alla scadenza e idoneo allo svolgimento di attività lavorativa e, nell'altro, di un permesso della durata determinata in via discrezionale dal questore (in

40. Nel senso di ritenere vincolante il parere emesso dalla Commissione territoriale nell'ambito della domanda di protezione speciale rivolta direttamente al questore, salva la valutazione da parte di quest'ultimo delle ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute: N. Zorzella, *La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. 130/2020*, cit., pp.143-145.

violazione della riserva di legge sancita dal comma 2 dell'art. 10 Cost. per la condizione giuridica dello straniero), non rinnovabile né convertibile e non idoneo a consentire lo svolgimento di attività lavorativa (in violazione, trattandosi di persone che debbono soggiornare sul territorio nazionale e non possono far rientro nel proprio Paese, dell'art. 4 Cost.).

Non vi è modo di non vedere come un siffatto assetto, trattando in modo così diverse situazioni del tutto analoghe, renderebbe il combinato disposto degli articoli 19, co. 1-1.2 TU, 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008 e 6, co. 1, lett. a) TU, così interpretato, incompatibile con il canone di ragionevolezza al quale deve conformarsi il legislatore per non violare l'art. 3 Cost.

Se quindi, contrariamente a quanto qui sostenuto, l'unica interpretazione possibile delle norme da ultimo elencate fosse quella suggerita dal Ministero dell'interno, il giudice investito del primo ricorso avverso un rifiuto di conversione in permesso per lavoro di un permesso per protezione speciale inizialmente rilasciato da questore a seguito di domanda diretta rivoltagli dal cittadino straniero interessato, dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. del combinato disposto degli articoli 19, co. 1-1.2, TU, 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008 e 6, co. 1, lett. a), TU.

5. Conclusioni

Con il d.l. n. 130/2020 è stato introdotto un istituto, la protezione speciale⁴¹, che sembra per la prima volta mettere in discussione le basi del diritto degli stranieri in Italia per come l'abbiamo conosciuto sino ad ora, secondo le quali per soggiornare regolarmente e stabilmente sul territorio nazionale il cittadino di Paese terzo deve farvi ingresso regolarmente. Per fare ingresso nel nostro Paese per lavorarvi, ad esempio, deve richiedere il rilascio di un visto per motivi di lavoro all'interno delle limitate ed eventuali quote stabilite dal governo, se decide di farvi ingresso per raggiungere un familiare (tra quelli previsti dall'ordinamento) deve invece avviare insieme a quest'ultimo (soddisfacendo le tassative condizioni reddituali ed abitative imposte) la complessa procedura del ricongiungimento familiare.

L'eccessiva rigidità di tale sistema di regolamentazione degli ingressi sul territorio, inefficace rispetto alle esigenze economiche e demografiche del nostro Paese ed incompatibile con le aspettative esistenziali dei migranti, ha portato negli anni alla ricerca (tanto da parte delle autorità pubbliche quanto degli stessi migranti) di sistemi più efficienti e rapidi di gestione dei flussi migratori. Si sono così venuti a creare canali paralleli di

41. Come si è detto, sono tali e tante le modifiche introdotte con il d.l. n. 130/2020 alla protezione speciale istituita con il d.l. n. 113/2018 da potersi ritenere la protezione speciale come disciplinata dal decreto legge del 2020 un istituto del tutto autonomo rispetto a quello disciplinato due anni prima.

regolazione degli ingressi e del soggiorno sul territorio nazionale che – senza mai mettere esplicitamente in discussione i principi generali contenuti nel Testo unico – si sono di fatto sostituiti a quelli da esso previsti: i provvedimenti di sanatoria ed emersione da un lato, l'accesso alla domanda di protezione internazionale dall'altro, hanno infatti costituito le reali vie d'accesso alla regolarità del soggiorno sul territorio nazionale, relegando il sistema degli ingressi per lavoro all'interno delle quote ad una posizione più che altro simbolica, che li rende il simulacro di quella che era l'idea originaria del Testo unico (soprattutto come modificato dalla l. n. 189/2002), quella secondo la quale si soggiorna sul territorio nazionale solamente se vi si entra regolarmente soddisfacendo le precise ed immutabili condizioni previste dalla normativa.

In questo quadro, la nuova protezione speciale si pone in netta discontinuità con l'impianto complessivo del Testo unico sull'immigrazione e con l'intera disciplina dell'ingresso e soggiorno sul territorio nazionale da parte dei cittadini dei Paesi terzi: quello al soggiorno sul territorio nazionale può essere un diritto che si matura con il tempo, grazie alle proprie relazioni familiari (non solo con i familiari previsti dall'art. 29 TU e non solo alle condizioni previste dal Titolo IV TU), al proprio inserimento sociale e lavorativo (anche al di fuori delle condizioni dettate dall'art. 22 TU) e all'indebolirsi dei legami sociali, culturali e familiari nel Paese di provenienza (anche quando tale impoverimento non conduca in alcun modo ad esiti che possano configurarsi come atti persecutori o danno grave tali da giustificare la presentazione di una domanda di protezione internazionale).

L'istituto non nasce certo dal nulla, essendo diretta derivazione della protezione umanitaria (della quale recepisce i più avanzati approdi giurisprudenziali e dottrinali), ma la nuova e precisa descrizione dei suoi presupposti ad opera di una norma primaria (i commi 1 e 1.1 dell'art. 19 TU) lo rendono un elemento di forte discontinuità con il diritto dell'immigrazione come sino ad ora conosciuto in Italia, introducendo per la prima volta un sistema di regolarizzazione a regime⁴² la cui esistenza ed implementazione potrebbe in futuro anche evitare il ricorso a nuovi provvedimenti generali di sanatoria e, a molti cittadini stranieri, la presentazione di domande di protezione internazionale volte ad ottenere la forma di protezione complementare che ora è possibile ottenere in modo più agevole con domanda diretta al questore.

La portata della novella del 2020 e l'importanza del nuovo istituto possono tuttavia essere pregiudicate dalla povertà della sua disciplina. Se infatti la descrizione dei presupposti per il riconoscimento della protezione speciale appare sufficientemente precisa (soprattutto se letta alla luce della copiosa giurisprudenza formatasi sugli artt. 3 e 8 CEDU e sulla protezione umanitaria, laddove ancora conferente), del tutto carenti risultano tanto

42. In questi termini: P. Bonetti, *op. cit.*, p. 268.

la parte relativa alle differenti procedure per l'accesso a tale forma di protezione (i commi 1.2 art. 19 TU e 3 art. 32 d.lgs. n. 25/2008 non forniscono infatti i dettagli idonei a rendere certa ed omogenea sul territorio nazionale la procedura in questione) quanto, soprattutto, quella che disciplina la condizione giuridica del richiedente la protezione speciale e del titolare di tale protezione, difettando del tutto norme speciali sulla condizione del primo ed essendo evidentemente insufficienti e (ove esistenti) poco chiare quelle che delineano lo *status* del secondo.

In attesa quindi che il legislatore intervenga nuovamente sull'istituto, regolandone la procedura di accesso (con garanzia inequivocabile, in particolare, del diritto al soggiorno ed al lavoro dell'interessato nelle sue more) e disciplinandone con precisione il contenuto, l'interprete ha il compito di individuare nella normativa generale in materia di condizione giuridica del cittadino straniero e nelle poche disposizioni speciali esistenti, una regolamentazione rispettosa della *ratio* della nuova forma di protezione, che non ne tradisca la fondamentale natura di contributo alla piena attuazione nel nostro ordinamento del diritto alla tutela della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU e del diritto d'asilo previsto dall'art. 10, co. 3, Cost.

Tale sforzo interpretativo dovrà inevitabilmente passare per il riconoscimento dell'esistenza di una sola forma di protezione speciale (salva la particolare declinazione dell'istituto nei confronti del cittadino straniero al quale sono state applicate le clausole di esclusione dalla protezione internazionale) il cui contenuto, ferma per il riconoscimento degli altri diritti l'applicabilità delle norme generali, è disciplinato unitariamente dal combinato disposto degli artt. 19, co. 1-1.2, TU e 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008, atto a garantire a tutti i titolari di detta protezione il rilascio di un permesso di soggiorno della durata di due anni, il diritto allo svolgimento di attività lavorativa, la rinnovabilità del titolo di soggiorno e la sua convertibilità in un permesso per motivi di lavoro.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLE PERSONE STRANIERE CON DISABILITÀ. PERCORSI DI RICERCA NELLA PROSPETTIVA DELLE DISCRIMINAZIONI MULTIPLE

di Giuseppe Arconzo

***Abstract:** Il saggio, dopo aver illustrato alcune delle principali questioni legate al concetto di discriminazioni multiple, si propone di analizzare la condizione delle persone straniere con disabilità in una duplice prospettiva. La prima indaga la condizione di quanti intendono fare ingresso nel territorio italiano, al fine di verificare se la loro peculiare situazione trovi una qualche forma di specifica regolamentazione nel nostro ordinamento e se tale regolamentazione sia pienamente soddisfacente. La seconda prospettiva si interroga invece sulla condizione giuridica degli stranieri con disabilità già presenti in Italia per cercare di capire se e come la lente delle discriminazioni multiple possa determinare un diverso approccio da parte della giurisprudenza costituzionale chiamata ad occuparsi di discriminazioni nei confronti delle persone straniere.*

***Abstract:** The essay, after illustrating the main issues related to the concept of multiple discrimination, proposes to analyse the condition of foreign persons with disabilities from a dual perspective. The first investigates the condition of those who intend to enter Italian territory, in order to verify whether their peculiar situation finds some form of specific regulation in our system and whether such regulation is fully satisfactory. The second perspective intends to focus on the juridical condition of foreign persons with disabilities already present in Italy in order to try to understand if and how the lens of multiple discriminations can determine a different approach by the constitutional Court called upon to deal with discrimination against foreigners.*

LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLE PERSONE STRANIERE CON DISABILITÀ. PERCORSI DI RICERCA NELLA PROSPETTIVA DELLE DISCRIMINAZIONI MULTIPLE

di Giuseppe Arconzo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Disabilità, persone straniere e discriminazioni multiple. Notazioni generali a partire da Corte cost. n. 258 del 2017. – 3. Disabilità e *status* di rifugiato. – 4. Disabilità e protezione speciale. – 5. Il permesso di soggiorno per cure mediche e il divieto di espulsione. – 6. Le persone con disabilità nel sistema di accoglienza. – 7. L'accesso alle prestazioni assistenziali e sociali delle persone straniere con disabilità nella sentenza n. 432 del 2005. – 8. Una nuova lettura della giurisprudenza costituzionale nella prospettiva delle discriminazioni multiple. – 9. Una conferma: il permesso di lungo soggiorno non è requisito incostituzionale per l'accesso alle prestazioni assistenziali se non vi è una doppia situazione di svantaggio (Corte cost. n. 50 del 2019 e n. 19 del 2022). – 10. Conclusioni.

1. Premessa

Analizzare dal punto di vista giuridico il tema dei diritti delle persone migranti con disabilità è compito particolarmente complesso e allo stesso tempo molto stimolante per diverse ragioni.

In termini generali, una siffatta analisi consente di toccare con mano quanto ancora, nel nostro Paese, l'attenzione alle cosiddette discriminazioni multiple sia scarsa. Se è infatti vero che nel corso degli ultimi anni sono stati condotti e realizzati diversi studi e ricerche¹,

* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

1. Si veda, nella prospettiva delle discriminazioni multiple rispetto al genere, M. D'Amico, *Una parità ambigua*, Milano, Cortina, 2020, p. 293 ss. Con specifico riferimento alle discriminazioni multiple rispetto alla disabilità, volendo, G. Arconzo, *I diritti delle persone con disabilità*, Milano, FrancoAngeli, 2020, p. 118 ss. Con riferimento alle persone straniere C. Nardocci, *Razza e etnia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 32 ss. e C. Siccardi, *Crisi economica e discriminazioni multiple: il caso degli stranieri extracomunitari con disabilità*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, FrancoAngeli, 2017, p. 139 ss., nonché B. Liberali, *Il Comitato europeo dei diritti sociali e la salute quale fattore di discriminazione multipla*, *ibidem*, p. 139 ss. e M.G. Bernardini (a cura di), *Migranti con disabilità e vulnerabilità. Rappresentazioni, politiche, diritti*, Napoli, Jovene, 2019.

La pandemia e l'emergenza sanitaria hanno determinato un incremento dell'attenzione sul tema: cfr. M. D'Amico, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2/2020, nonché i diversi saggi contenuti nel volume curato da E. Catelani, M. D'Amico, *Effetto Covid. Donne: la doppia discriminazione*, Bologna, il Mulino, 2021.

Una certa attenzione è riservata al tema anche dalla dottrina giuslavorista: cfr. A. Gabriele, *Le discriminazioni multiple nell'intreccio delle fonti*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2021, p. 359 ss.; Ead., *Le misure di sostegno alla genitorialità per i cittadini di paesi terzi: l'unità di intenti tra le politiche legislative e gli interventi della Corte*

l'impressione è che gli operatori giuridici siano ancora poco attrezzati per guardare con la dovuta profondità quello che si verifica quando due o più potenziali fattori tipici di discriminazione – quali, per quello qui interessa, la nazionalità e la disabilità – agiscono contemporaneamente.

Basti pensare alla pressoché totale assenza di dati strutturali relativi non soltanto alle persone straniere con disabilità che, per le più diverse ragioni, bussano alle porte dell'Italia e dell'Europa², ma anche alla mancanza di dati concernenti gli stranieri con disabilità già presenti regolarmente in Italia³. La carenza di dati affidabili e disaggregati che diano conto in modo circostanziato della situazione delle persone con disabilità è d'altra parte un problema annoso nel nostro Paese e non solo⁴, con tutto ciò che questo comporta nella ideazione e nella realizzazione di adeguate politiche sociali. Tale carenza diventa ancora più grave quando in ragione di essa – come nel caso dei migranti con disabilità – non si riesce neppure a percepire la portata del fenomeno⁵.

Oltre ad una introduzione di carattere generale, l'analisi della condizione giuridica delle persone straniere con disabilità consente di porre attenzione alle diverse circostanze in cui essa assume rilievo, ed è ciò che si cercherà di fare nel presente contributo attraverso due ulteriori direttrici.

costituzionale, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 1/2022; D. Gottardi, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Giorn. dir. lav. e relaz. indust.*, 2003, p. 447 ss.

In una prospettiva più marcatamente penalistica, cfr. C. Cardinali, *CEDAW e adeguamento dell'ordinamento italiano. La rilevanza delle discriminazioni basate su genere, sesso, orientamento sessuale, identità di genere e la loro intersezione*, in *DPCE online*, 1/2021.

Una serie di interessanti contributi sulle discriminazioni multiple è stata poi pubblicata sulla rivista *Sociologia del diritto*, Milano, 2/2016. Sempre nella prospettiva della sociologia del diritto, cfr. il volume di B.G. Bello, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

2. Così G. Griffo, *Introduzione*, in G. Griffo, L. D'Errico (a cura di), *I rifugiati e i richiedenti asilo con disabilità*, Milano-Udine, Mimesis editore, 2019, p. 11. Secondo V. Itri, G. Vanore, *La tutela legale dei rifugiati con disabilità*, sempre nello stesso volume, p. 98, «[n]on esistono statistiche realizzate dalle organizzazioni internazionali o dalle istituzioni europee che includono la figura della persona migrante, richiedente asilo o rifugiata con disabilità».

3. Alcuni dati parziali sono oggi contenuti nel *report* curato dal Centro Studi e Ricerche IDOS e dal CeRC (Robert Castel Centre for Governmentality and Disability Studies) *Migranti con disabilità. La discriminazione invisibile*, p. 23 ss. in www.fishonlus.it/progetti/multidiscriminazione/azioni/.

4. Nella Risoluzione del Parlamento europeo sulla strategia europea sulla disabilità post-2020, il Parlamento europeo ha rilevato l'importanza e la problematicità della raccolta dei dati, ritenendo doveroso l'impegno delle istituzioni dell'Unione a garantire un monitoraggio costante dell'attuazione della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità anche attraverso «la raccolta (con garanzie stabilite giuridicamente) di dati solidi, disaggregati e ripartiti per tipo di disabilità, età, genere e fattori pertinenti per il monitoraggio dei progressi nell'attuazione della Convenzione» (punto 19 della risoluzione). Inoltre, proprio al fine di combattere le discriminazioni multiple viene ricordata l'importanza di raccogliere dati disaggregati per genere allo scopo di individuare le forme di discriminazione multipla trasversale cui sono esposte le donne e le ragazze con disabilità (punto 15 della risoluzione).

5. Secondo M.G. Bernardini, *Intersezioni critiche. Un'introduzione*, in Ead. (a cura di), *Migranti con disabilità*, cit., p. 14, «l'invisibilità che caratterizza la soggettività dei migranti con disabilità è, si badi, onnipervasiva, e parte dal piano sociale per investire anche quello giuridico e istituzionale». Proprio la prospettiva intersezionale consentirebbe allora di portare alla luce la situazione di quelle persone che vivono una doppia condizione di svantaggio.

La prima direttrice è relativa alla condizione della persona straniera con disabilità che intende fare ingresso nel territorio italiano. Si intende quindi provare a verificare se questa condizione trovi una qualche forma di specifica regolamentazione nel nostro ordinamento e se tale regolamentazione sia pienamente soddisfacente. Il conflitto in corso tra Russia e Ucraina pone, tra i tanti, anche questo problema all'attenzione degli studiosi, con peculiare riferimento a quanti si trovino a dover fuggire dal proprio Paese anche in considerazione della propria condizione di disabilità.

La seconda direttrice che vuole essere percorsa da questo studio concerne invece la condizione giuridica degli stranieri con disabilità già presenti in Italia.

È ben noto che, fin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 432 del 2005, la dottrina ha posto costante attenzione su quella giurisprudenza costituzionale che, in più occasioni, ha avuto modo di soffermarsi su previsioni normative che finivano per escludere le persone straniere dal novero dei soggetti destinatari di determinate misure assistenziali pensate e previste a favore di persone con disabilità⁶. Si tratta di sentenze e analisi dottrinali, però, in cui l'attenzione all'esistenza di una condizione di discriminazione multipla è rimasta per lo più marginale, se non del tutto assente, sostanzialmente oscurata dal focus concentrato sul tema della condizione di straniero. A fronte di ciò, si proverà allora in questo lavoro a dare una lettura del fenomeno anche nella prospettiva delle discriminazioni multiple, giustamente considerato in dottrina come uno dei concetti più fecondi sviluppati nella letteratura sulle discriminazioni⁷.

2. Disabilità, persone straniere e discriminazioni multiple. Notazioni generali a partire da Corte cost. n. 258 del 2017

Se già la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, nel 2006, introduceva esplicitamente il tema delle discriminazioni multiple – pur con esclusivo riferimento alla situazione di donne e minori con disabilità⁸ – a questo fenomeno, come già accennato, non si è ancora dedicata, nel nostro Paese, la giusta attenzione.

6. Cfr. i riferimenti contenuti nei paragrafi 7, 8 e 9 del presente lavoro.

7. In tal senso, M. D'Amico, *Una parità ambigua*, cit., p. 293.

8. In particolare, l'art. 6 della Convenzione ONU dispone che «1. Gli Stati Parti riconoscono che le donne e le ragazze con disabilità sono soggette a discriminazioni multiple e, a questo riguardo, prenderanno misure per assicurare il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte di donne e ragazze con disabilità. 2. Gli Stati Parti prenderanno ogni misura appropriata per assicurare il pieno sviluppo, avanzamento e rafforzamento delle donne, allo scopo di garantire loro l'esercizio e il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali enunciate nella presente Convenzione».

L'articolo 7 della stessa Convenzione prevede poi che «1. Gli Stati Parti prenderanno ogni misura necessaria ad assicurare il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei bambini con disabilità su base di eguaglianza con gli altri bambini. 2. In tutte le azioni concernenti i bambini con disabilità, il superiore interesse del bambino sarà tenuto prioritariamente in considerazione. 3. Gli Stati Parti garantiranno che i bambini con disabilità abbiano

Basti pensare che – per quanto poco raffinata e approssimativa possa essere una ricerca di tal fatta – digitando la stringa «discriminazione/i multipla/e» nei principali motori di ricerca giuridica⁹, emerge che l'unica legge che contiene tale formula è la legge della Regione Emilia-Romagna 27 giugno 2014, n. 6 (*Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere*)¹⁰.

Né la cosa cambia se la ricerca si sposta sul versante dei provvedimenti giudiziari: anzi, in questo caso, i motori di ricerca non forniscono alcun risultato.

Eppure, almeno nella giurisprudenza costituzionale, l'occasione per consentire di mettere in luce proprio il tema delle discriminazioni multiple non è mancata. Lo si vedrà anche più avanti nel testo con riferimento ad altre decisioni, ma un caso appare davvero molto emblematico ed è opportuno darne subito atto.

Il riferimento è alla vicenda che ha trovato la sua composizione nella sentenza n. 258 del 2017. Di fronte ad una ragazza straniera minorenni che, in ragione della sua disabilità psichica, non era in grado di pronunciare il giuramento necessario per la concessione della cittadinanza, il competente giudice tutelare – al quale si era rivolto l'amministratore di sostegno della ragazza chiedendogli di trascrivere comunque il decreto di concessione della cittadinanza – riteneva necessario sottoporre la questione alla Corte costituzionale. Veniva in particolare richiesto alla Corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale della normativa che disciplina la concessione della cittadinanza nella parte in cui prevedeva l'obbligo di prestare giuramento «anche laddove tale adempimento non possa essere prestato dalla persona affetta da disabilità a causa della sua condizione patologica»¹¹.

il diritto di esprimere le proprie opinioni liberamente in tutte le questioni che li riguardano, le loro opinioni saranno prese in opportuna considerazione in rapporto alla loro età e maturità, su base di eguaglianza con gli altri bambini, e che sia fornita adeguata assistenza in relazione alla disabilità e all'età allo scopo di realizzare tale diritto».

9. Il riferimento è alle banche dati *De Jure e Leggi d'Italia*.

10. Si tratta dell'art. 7, comma 2, secondo cui «La Regione, anche in collaborazione con l'ufficio scolastico regionale, università, scuole e istituti, enti di formazione, Centri documentazione delle donne e di genere, promuove progetti [che, tra le altre cose] favoriscano in tutte le scuole di ogni ordine e grado, comprese le scuole dell'infanzia e l'università, un approccio multidisciplinare e interdisciplinare al rispetto delle differenze, al superamento degli stereotipi e delle discriminazioni multiple, allo studio dei significati socio-culturali della sessualità e dell'identità di genere». Con la legge regionale 20 maggio 2021, n. 4, si è poi inserito nella legge citata l'art 42-*bis*, che richiede che la Regione provveda a svolgere valutazioni dell'impatto di genere *ex ante* che prenda in esame «l'adeguatezza delle misure pianificate per promuovere le pari opportunità tra uomini e donne e impedire qualunque discriminazione, con particolare attenzione alla intersezionalità delle discriminazioni, alle discriminazioni multiple e alle persone con disabilità».

11. Secondo l'art. 9, comma 1, della legge n. 91 del 1992, la cittadinanza italiana può essere concessa con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno, allo straniero che risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica. L'art. 10 della stessa legge – che costituiva l'oggetto della questione – dispone che il «decreto di concessione della cittadinanza non ha effetto se la persona a cui si riferisce non presta, entro sei mesi dalla notifica del decreto medesimo, giuramento di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato».

Come si accennava nel primo paragrafo, il caso rappresenta la tipica situazione in cui due fattori potenzialmente discriminatori si intersecano, dando così vita ad una discriminazione multipla: proprio la condizione di incapacità di intendere di una persona straniera comporta infatti l'inidoneità della stessa «a formulare una consapevole manifestazione di volontà diretta all'acquisto della cittadinanza italiana»¹². Il sommarsi dei due fattori discriminatori, dunque, crea una situazione peculiare, che pone in una condizione di singolare svantaggio proprio tale soggetto.

Si parla di discriminazione multipla quando la discriminazione che trae origine da un determinato fattore di rischio discriminatorio (genere, razza, credo religioso, disabilità, orientamento sessuale) si incrocia e si somma con un altro fattore tipicamente discriminatorio. In queste circostanze, gli effetti dell'incrocio e della somma delle discriminazioni si moltiplicano, con effetti peculiari nei confronti della persona discriminata. In altre parole, chi è vittima di una discriminazione multipla potrà patire effetti esponenzialmente più discriminatori rispetto a coloro che lo sono in ragione di un solo fattore.

Come ampiamente ricostruito in diverse ricerche¹³, il concetto di discriminazione multipla è stato elaborato dalla dottrina statunitense, che, a partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, ha provato anche ad individuare alcune diverse *species* del fenomeno, tutte comunque riconducibili al medesimo *genus*¹⁴.

Abbiamo così la «discriminazione multipla ordinaria», che si verifica quando due o più fattori discriminatori rimangono distinti e vengono in rilievo in momenti diversi e separatamente: il soggetto che subisce la discriminazione rimane quindi, a seconda del contesto, discriminato per ragioni diverse. Si pensi, per quanto qui interessa, al caso in cui ad una persona straniera vengano attribuite, per questa sola ragione, mansioni deteriori rispetto a quelle attribuite ai colleghi italiani e, indipendentemente da ciò, sia per lei impossibile, per ragioni legate questa volta alla disabilità, usufruire di alcuni servizi (ad esempio la mensa).

La «discriminazione multipla additiva» si ha invece quando due o più fattori di discriminazione rimangono sì distinti, ma l'uno contribuisce ad aggravare l'altro nella stessa occasione. Per riprendere l'esempio fatto sopra, si pensi ad un imprenditore che guardi con

12. Così S. Rossi, *Incapacitazione e acquisto della cittadinanza. Nota a prima lettura a Corte cost. n. 258/2017*, in *Forum quad. cost.* (10 dicembre 2017).

13. Si vedano sul punto i lavori citati *sub nota* 1.

14. K. Crenshaw, *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139 ss.; Ead., *Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color*, in *Stanford Law Review*, 1991, p. 1241 ss. In Europa il primo ad approfondire il tema delle discriminazioni multiple è stato lo studioso finlandese T. Makkonen, *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, *Institute For Human Rights*, Abo Akademi University, 2002.

estremo sfavore alla possibilità che, nella sua azienda, le persone straniere e le persone con disabilità svolgano mansioni di responsabilità. Chi si trovi, straniero con disabilità, a lavorare in quella sede evidentemente vedrà la sua posizione ancora più penalizzata rispetto a quella di quanti vivono una sola delle condizioni a rischio discriminazione.

Infine, la «discriminazione multipla intersezionale», che si realizza quando più fattori discriminatori interagiscono tra loro in contemporanea e la discriminazione avviene proprio in ragione della simultanea fusione tra i due (o più) elementi di discriminazione, in modo tale che non sia possibile più distinguerli e separarli.

Proprio questo era il caso, a mio avviso, che la Corte costituzionale si è trovata a giudicare nella sentenza n. 258 del 2017.

Come si diceva sopra, poteva essere l'occasione per affrontare e sollevare l'attenzione degli studiosi e dei giuristi sui temi della discriminazione multipla. Invece, sul punto non c'è stato nessun riferimento, nonostante la stessa Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità della norma in esame, abbia messo in evidenza che «la necessità [del giuramento] e la mancata acquisizione della cittadinanza che, in sua assenza, ne consegue, può determinare una forma di emarginazione sociale che irragionevolmente esclude il portatore di gravi disabilità dal godimento della cittadinanza, intesa quale condizione generale di appartenenza alla comunità nazionale». Una doppia esclusione, dunque, come pure si legge nella dottrina che ha commentato tale decisione¹⁵, su cui poteva svolgersi certamente qualche riflessione ulteriore.

Più di recente, si è notato che anche nella sentenza della Corte costituzionale n. 54 del 2022 – con la quale si è sancito che i cittadini extracomunitari, pur non titolari di un permesso di soggiorno di lungo periodo, non possono essere esclusi dal godimento dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità – la Corte abbia «tralasciato l'aspetto dell'intersezionalità», nonostante le questioni intrecciassero più fattori di discriminazioni¹⁶.

L'incapacità di riconoscere e accendere i fari sul fenomeno dell'intersezionalità – emblematicamente rappresentata da quanto appena descritto – non può che avere, come

15. Cfr. C. Domenicali, *La "doppia inclusione" dello straniero disabile (a margine di Corte cost. n. 258 del 2017)*, in *Forum quad. cost.*, (27 marzo 2018), secondo cui «La Corte fornisce, così, un tassello dello statuto costituzionale della disabilità che insiste sul momento stesso in cui il disabile, da straniero, fa ingresso nella comunità: doppiamente escluso, per esso il momento dell'integrazione sociale nel godimento dei diritti coincide con il momento dell'integrazione politica per l'inclusione nella *polis*». Il punto è evidenziato anche da P. Addis, *Disabilità e giuramento per l'acquisizione della cittadinanza (osservazioni a Corte cost., sent. 258/2017)*, in *Consulta online.it* 2018, II, p. 440.

16. A. Gabriele, *Le misure di sostegno alla genitorialità per i cittadini di paesi terzi*, cit., p. 15 del *paper*. Per altri commenti alla sentenza, cfr. B. Nascimbene, I. Anrò, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia insieme.it*, 31 marzo 2022 e G. Pistorio, *Il diritto integrato, "figlio" del dialogo tra Corti. Nota alla sentenza n. 54 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 5/2022.

conseguenza, quella di accumulare ulteriori ritardi nella predisposizione di azioni e processi che possano consentire di elaborare e introdurre strumenti di contrasto a tale fenomeno.

3. Disabilità e *status* di rifugiato

Svolte queste prime riflessioni di carattere generale, è ora possibile passare all'analisi relativa alla situazione di quanti, disabili, chiedano di fare ingresso in Italia¹⁷. Nell'ambito di uno studio dedicato alle persone straniere con disabilità, appare infatti necessario porre l'attenzione sul rapporto tra la disabilità e il diritto d'asilo e comprendere, in particolare, se e in quali casi la condizione di disabilità può divenire motivo di protezione internazionale.

Da questo punto di vista, è opportuno in primo luogo notare che nessuna, tra le norme – internazionali ed europee – che definiscono la nozione di rifugiato indica espressamente la disabilità fra i motivi di protezione.

In primo luogo, l'art. 1A della Convenzione di Ginevra del 1951, cardine della normativa internazionale sulla protezione dei rifugiati, definisce rifugiato «chiunque [...], nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e [...] non può o non vuole ritornarvi».

La disabilità, dunque, non viene espressamente elencata tra i motivi di persecuzione che una persona può subire nel Paese di origine e in base ai quali le autorità nazionali competenti possono riconoscere lo *status* di rifugiato ai sensi della normativa internazionale¹⁸.

In secondo luogo, nemmeno le direttive europee – né la cosiddetta Direttiva qualifiche (direttiva 2011/95/UE¹⁹), né la Direttiva procedure (direttiva 2013/32/UE) – che

17. Come osserva M.G. Bernardini, *Intersezioni, critiche*, cit., p. 17, va altresì tenuto presente che nel caso delle migrazioni forzate, la disabilità costituisce non soltanto una tra le cause «(quando non la causa determinante) del fenomeno migratorio, ma può esserne anche un effetto».

18. Parallelamente, neppure l'art. 33 della stessa Convenzione di Ginevra indica espressamente la disabilità, stabilendo che «nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

19. In particolare, l'art. 2 della direttiva 2011/95/UE definisce rifugiato il «cittadino di un Paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese, oppure apolide che si trova fuori dal Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, e al quale non si applica l'articolo 12». Ancora, secondo la direttiva, è «persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria [il] cittadino di un Paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno [...] e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese».

disciplinano il sistema comune d'asilo europeo²⁰, menzionano la disabilità quale motivo di persecuzione idoneo al riconoscimento dello *status* di rifugiato, né quale motivo di protezione sussidiaria²¹.

Non è un caso che nella Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030 la Commissione europea richiami la necessità di introdurre «politiche articolate per sostenere e proteggere meglio la sicurezza delle persone con disabilità, in tutte le situazioni», ivi comprese quelle relative ai richiedenti e ai beneficiari di protezione internazionale vulnerabili, e indichi, tra le priorità, quella di agevolare la formazione del personale addetto alla protezione e degli interpreti che si occupano delle domande di asilo presentate dalle persone con disabilità²².

In questo contesto normativo, al fine di evitare un ingiustificabile vuoto di tutela nei confronti delle persone con disabilità in cerca di protezione²³, non mancano casi in cui le autorità nazionali competenti hanno però identificato la persona con disabilità come una persona appartenente ad un determinato «gruppo sociale» possibile oggetto di persecuzione. Va a tal fine ricordato che l'art. 10, lettera d), della Direttiva qualifica definisce «gruppo sociale» il gruppo i cui membri «condividono una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata».

Non è ovviamente questa la sede per soffermarsi sull'opportunità o meno, da un punto di vista teorico, filosofico e culturale, di ricondurre le persone con disabilità ad un unico «gruppo sociale»²⁴: quello che qui rileva è che tale qualificazione ha consentito alle autorità

20. In dottrina, cfr. D. Ferri, *La «vulnerabilità» come condizione giuridica dei migranti con disabilità nell'Unione europea*, in M.G. Bernardini (a cura di), *Migranti con disabilità*, cit., p. 37 ss.

21. Discorso diverso riguarda il contenuto della protezione internazionale, su cui si tornerà nel paragrafo dedicato all'accoglienza. In questa prospettiva, va infatti rilevato che l'art. 20 della direttiva 2011/95/UE richiede che gli Stati membri devono tenere conto della specifica situazione di persone vulnerabili, quali, tra gli altri, «i disabili» e «le persone con disturbi psichici». Analoga attenzione è richiesta dal considerando 29 della direttiva procedure secondo cui garanzie procedurali devono essere attuate dagli Stati membri per motivi di disabilità e gravi malattie psichiche.

22. Cfr. il punto 17 della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un'Unione dell'uguaglianza: strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030*, approvata nel marzo 2021, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2021:101:FIN#PP4Contents>.

23. Per completezza, va segnalato quanto previsto dall'art. 16, comma 1, del cosiddetto regolamento di Dublino III (regolamento 604 del 2013), che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri. La citata disposizione prevede che «Laddove a motivo [*inter alia*] di una grave disabilità [...] un richiedente sia dipendente dall'assistenza del figlio, del fratello o del genitore legalmente residente in uno degli Stati membri o laddove un figlio, un fratello o un genitore legalmente residente in uno degli Stati membri sia dipendente dall'assistenza del richiedente, gli Stati membri lasciano insieme o ricongiungono il richiedente con tale figlio, fratello o genitore, a condizione che i legami familiari esistessero nel Paese d'origine, che il figlio, il fratello, il genitore o il richiedente siano in grado di fornire assistenza alla persona a carico e che gli interessati abbiano espresso tale desiderio per iscritto». In definitiva, la condizione di disabilità – unita alla presenza di un *caregiver* familiare – può costituire motivo di deroga al criterio del primo ingresso.

24. Cfr., sul punto, le osservazioni critiche di M.G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto: itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, Giappichelli, 2016.

nazionali di riconoscere la forma di protezione più incisiva, ovvero lo *status* di rifugiato, proprio alle persone con disabilità.

In questa prospettiva, deve rilevarsi che l'Agenzia Europea per l'Asilo (EASO, *European Asylum Support Office*) ha realizzato, nel marzo 2020, una «Guida sull'appartenenza a un determinato gruppo sociale», allo scopo di supportare gli Stati membri mediante l'indicazione di standards comuni per la definizione di gruppo sociale, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Tra le persone meritevoli di protezione, poiché appartenenti ad un «gruppo sociale» che rischia di essere oggetto di persecuzione, rientrerebbero, secondo il citato documento, proprio le «persone affette da disabilità e malattie». Queste rientrerebbero nella nozione di gruppo sociale indicata dalla *direttiva qualifiche* poiché «alcune disabilità mentali e fisiche potrebbero costituire una caratteristica innata. Le persone nate cieche, sorde, o che manifestano alcuni disturbi dello sviluppo, potrebbero esserne alcuni esempi. Le persone che vivono con altre disabilità potrebbero essere intese come individui che condividono una storia comune che non può essere mutata. In particolare, anche le disabilità causate da una guerra o da residui bellici potrebbero rientrare in questa categoria»²⁵.

Ancora, si legge nella Guida dell'EASO, che «la discriminazione e la stigmatizzazione delle persone che vivono con disabilità o con determinate malattie possono assumere forme diverse e derivare da leggi, costumi, tradizioni o miti. A seconda delle circostanze personali, la discriminazione può riguardare tutti i settori della vita sociale, compreso l'accesso all'istruzione, all'occupazione o alla salute, e più in generale l'esercizio di una vasta gamma di diritti civili, politici, economici, sociali e culturali».

A fronte di ciò, l'appartenenza del richiedente al gruppo delle persone con disabilità deve essere accompagnata da «un timore fondato di persecuzione, o la mancanza di protezione contro tale persecuzione. In alcuni casi, le persone che vivono con disabilità o che soffrono di particolari condizioni mediche fisiche o mentali possono essere a rischio di gravi violazioni dei diritti umani e possono avere pertanto un fondato timore di essere uccise, di subire torture, trattamenti o pene inumani o degradanti. A seconda del contesto del Paese d'origine e delle circostanze individuali, anche gravi discriminazioni e stigmatizzazione nei confronti di persone che vivono con disabilità o malattie possono equivalere a persecuzione ai sensi dell'articolo 9, della direttiva qualifiche»²⁶.

Queste indicazioni sembrano essere state seguite da alcuni giudici nazionali, che hanno effettivamente riconosciuto lo *status* di rifugiato a persone con disabilità, nonostante – come

25. EASO, *Guida sull'appartenenza a un determinato gruppo sociale*, marzo 2020, p. 13.

26. *Ibidem*, pp. 26-27.

si è visto – le norme interne che disciplinano il riconoscimento del predetto *status*, recependo le direttive europee, non menzionino espressamente la disabilità²⁷.

In particolare, il Tribunale di Milano, sezione speciale immigrazione, ha accolto, in alcuni casi²⁸, ricorsi proposti da richiedenti asilo con disabilità che si erano visti negare da parte della Commissione territoriale, il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Fra questi, merita di essere richiamato il decreto n. 6202/2020 del Tribunale di Milano²⁹, che ha riconosciuto ad un cittadino della Guinea, affetto da epilessia, lo *status* di rifugiato in base a due ragioni. La prima attiene al fatto che il giudice ha considerato la condizione di disabilità del ricorrente quale fondato motivo di persecuzione nel Paese di origine, poiché «in Guinea le persone affette da epilessia sono discriminate e stigmatizzate perché percepite come vittime di stregoneria. Le conseguenze inevitabili sono l’isolamento e la stigmatizzazione nonché l’impossibilità di ricevere cure adeguate che consentano di limitare gli effetti negativi della malattia»³⁰.

La seconda ragione è connessa al fatto che il giudice ricomprende la disabilità proprio nella nozione di «gruppo sociale», rendendo così possibile l’applicazione della nozione di rifugiato, come sancita dalle norme internazionali ed europee. Secondo il Tribunale di Milano, infatti, «dalla percezione della società dei malati di epilessia come soggetti colpiti da fenomeni soprannaturali e stregoneria deriva che costoro possano essere considerati come un gruppo sociale distinto da quello della restante popolazione e da cui tenere le distanze»³¹.

Nel caso appena segnalato, pertanto, il giudice riconosce lo *status* di rifugiato proprio perché ritiene fondato il timore del ricorrente di essere perseguitato in ragione dell’appartenenza ad un determinato gruppo sociale. Dunque, se è vero che la condizione di disabilità non sembra costituire un motivo autonomo di persecuzione idoneo a fondare il

27. Così l’art. 1, del d.lgs. n. 251 del 2001 definisce «rifugiato [il] cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, oppure apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all’articolo 10».

28. Oltre alla pronuncia citata nel testo si veda, inoltre, Trib. Milano, sez. spec. imm., decreto n. 6749/2019 del 26 agosto 2019 (consultabile in www.meltingpot.org/app/uploads/2019/09/decreto_6742-2019.pdf) con il quale è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato ad una cittadina della Costa D’Avorio affetta da disabilità mentale e fisica. Anche in questo caso il giudice ha riconosciuto la disabilità quale motivo di persecuzione in base all’appartenenza ad un gruppo sociale.

29. Trib. Milano, sez. spec. imm., decreto n. 6202/2020 del 19 settembre 2020 (consultabile in www.meltingpot.org/app/uploads/2020/11/rg_39278_2019-compressed.pdf).

30. *Ibidem*. A sostegno di ciò il giudice riporta nella motivazione della sentenza i dati indicati nelle schede COI «*country of origin information*» relative alla zona di origine del richiedente, segnalando che «il 94% delle persone con epilessia nei Paesi in via di sviluppo non riceve un trattamento adeguato [...] in parte dovuta a credenze e stigmi associati alla stregoneria e a maledizioni».

31. *Ibidem*.

riconoscimento dello *status* di rifugiato, proprio la possibilità di ricondurre quanti vivono una condizione di disabilità ad un gruppo sociale determina la possibilità di applicare la Direttiva qualifiche, e, dunque, di applicare la qualifica di rifugiato alle persone che, in ragione della propria disabilità, si trovano ad essere oggetto di persecuzione.

Pur condividendo l'approdo finale cui tale giurisprudenza perviene, deve segnalarsi che una interpretazione conforme a Costituzione delle previsioni del d.lgs. n. 251 del 2007 potrebbe probabilmente non richiedere di fare ricorso al riferimento al «gruppo sociale».

È noto infatti che in alcuni Paesi ci sono effettivamente gruppi di persone con disabilità particolarmente esposti al rischio di violenza³² ed è vero anche che la disabilità non è espressamente indicata tra i motivi di persecuzione che determinano lo *status* di rifugiato. Ma è altrettanto vero che il nostro ordinamento, oltre a riconoscere esplicitamente il diritto d'asilo (art. 10, comma 3 Cost.³³), attribuisce peculiare rilievo ai diritti delle persone con disabilità, ritenuti al centro di «un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale» (Corte cost., sentenza n. 167 del 1999, con riferimento agli artt. 2, 3 e 38 Cost.). Inoltre, la stessa Corte costituzionale ha affermato che «i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo. Vi sono, infatti, forme diverse di disabilità: alcune hanno carattere lieve ed altre gravi. Per ognuna di esse è necessario, pertanto, individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona» (Corte cost., sentenza n. 80 del 2010).

Alla luce di quanto appena affermato, in una lettura sistematica dei principi costituzionali, non sembrerebbero sussistere ragioni che impediscano il riconoscimento del diritto d'asilo alla persona straniera con disabilità – quale individuo e non solo quale appartenente ad un «gruppo sociale» – qualora sia a lei impedito l'esercizio delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione italiana: altrimenti detto, la disabilità, pur non essendo motivo di protezione in sé, lo diviene nel caso in cui costituisca motivo di impedimento dell'esercizio delle libertà costituzionali.

4. Disabilità e protezione speciale

Oltre a quanto appena visto, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato delle persone con disabilità, l'ordinamento giuridico offre – anche nei confronti di coloro che provengono da Paesi in cui la disabilità non è motivo di persecuzione – due ulteriori forme

32. M.G. Bernardini, *Intersezioni critiche*, cit., p. 18.

33. Sul diritto costituzionale d'asilo si vedano in generale M. Benvenuti, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007, p. 127; P. Bonetti, L. Neri, *Il diritto d'asilo*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli Stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 1140 ss. Di recente C. Panzera, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 179 ss., nonché C. Siccardi, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del mediterraneo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

alternative di protezione che si fondano sul rischio che la non accoglienza o l'allontanamento di tali persone possa comportare una compromissione del loro diritto alla salute.

Si tratta, come meglio si dirà immediatamente, della protezione speciale e del permesso di soggiorno per cure mediche rilasciato dal questore.

È bene sin da subito avvertire che la disciplina in esame ha subito negli ultimi anni numerose modifiche, soprattutto a partire dal d.l. n. 113 del 2018 (il c.d. Decreto sicurezza I, convertito con la legge n. 132 del 2018). Si tratta di modifiche non sempre chiare, che lasciano l'interprete a confrontarsi con norme che, sotto alcuni profili, presentano notevoli margini di dubbi.

Cominciando dalla protezione speciale (già protezione umanitaria³⁴), la disciplina qui rilevante è contenuta nell'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, come modificato dal d.l. n. 130 del 2020 (convertito, con modifiche, nella legge n. 173 del 2020)³⁵.

Tale previsione sancisce per l'appunto la possibilità di rilasciare un «permesso di soggiorno biennale che reca la dicitura “protezione speciale”», qualora la domanda di protezione internazionale non venga accolta, ma ricorrano i presupposti indicati dall'art. 19, commi 1 e 1.1., del d.lgs. n. 286 del 1998.

Ora, tra i casi per i quali l'art. 19 sancisce il divieto di espulsione, e che dunque legittimano anche il riconoscimento del permesso per protezione speciale, assumono rilievo – con riferimento alle persone con disabilità – due diverse fattispecie, introdotte dal già citato d.l. n. 130 del 2020.

In primo luogo, non può essere disposto il respingimento nel caso in cui ricorrano i presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari, secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, previsione che, a sua volta, impone allo Stato di rispettare gli obblighi costituzionali e internazionali.

Da questo punto di vista, appare dunque decisivo considerare quanto disposto dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, che, all'art. 11, impone agli Stati di adottare, «in conformità agli obblighi derivanti dal diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario e le norme internazionali sui diritti umani, tutte le misure necessarie per garantire la protezione e la sicurezza delle persone con disabilità in situazioni

34. Sulla protezione umanitaria nella sua versione originaria cfr. N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in questa *Rivista*, n. 1.2018. Per un approfondimento sull'evoluzione della disciplina M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in questa *Rivista*, n. 1.2019.

35. Per un commento generale sulle novità legislative da ultimo introdotte si vedano i contributi pubblicati nel fascicolo 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*, Fascicolo monografico del *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1.2021.

di rischio, incluse le situazioni di conflitto armato, le emergenze umanitarie e le catastrofi naturali»³⁶.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto la possibilità di accordare la protezione speciale (ex umanitaria) proprio in ragione della particolare situazione di vulnerabilità del ricorrente. La recente sentenza della Corte di cassazione civile n. 13400 del 2022³⁷, ha infatti affermato il seguente principio di diritto: «la condizione di vulnerabilità idonea a sorreggere il riconoscimento del diritto alla protezione umanitaria, può essere fondata sull'allegazione di una situazione di disabilità fisica o psichica generatrice, nel Paese di origine, di un trattamento discriminatorio, pur non derivante da atti o comportamenti statuali, dovuto ad emarginazione sociale e relazionale, secondo un modello culturale diffuso e non contrastato, tale da integrare una grave violazione dei diritti umani così come garantiti dagli artt. 2 e 3 Cost. e dall'art. 1 e seguenti della Convenzione ONU, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata in Italia con L. n. 19 del 2009».

In secondo luogo, va tenuto presente che l'art. 19, comma 1.1, del d.lgs. n. 286 del 1998, nella versione attualmente vigente a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 130 del 2020, come convertito, non consente il respingimento o l'espulsione «qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute».

Ora, va innanzitutto rilevato che la disposizione appena citata è oggi formulata in modo difficilmente intellegibile. La lettera del testo, come già segnalato in dottrina, infatti, sembrerebbe paradossalmente consentire il respingimento qualora vi siano, insieme alle ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica, anche ragioni di protezione della salute³⁸.

36. Sul punto cfr. V. Eboli, *Art. 11*, in S. Marchisio, R. Cera, V. Della Fina (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, Roma, Aracne, 2010, p. 162, nonché C. Conte, *What about Refugees with Disabilities? The Interplay between EU Asylum Law and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, p. 333 ss. Per l'analisi di altri documenti internazionali ed europei che dovrebbero orientare le azioni dei Paesi e dei servizi di accoglienza nei confronti delle persone con disabilità, cfr. G. Griffo, *La discussione internazionale sui migranti con disabilità*, in G. Griffo, L. D'Errico (a cura di), *I rifugiati e i richiedenti asilo con disabilità*, cit., p. 17 ss.

37. Cass. civ., sez. I, 28 aprile 2022, n. 13400; si veda, inoltre Cass. civ. sez. II, 12 luglio 2021, n. 19795.

38. E. Rossi, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in F. Biondi Dal Monte, E. Rossi (a cura di), *Adelante con juicio*, cit., p. 81, secondo cui però «ben difficilmente questo [è] il senso (presuntivamente) voluto dal legislatore, il quale forse intendeva stabilire altro: e cioè che la “protezione della salute” debba costituire una delle condizioni (accanto al rispetto della vita personale e familiare) che impediscono il respingimento e impongono il rilascio del permesso di soggiorno».

Sembra però evidente che non poteva essere questa l'intenzione del legislatore che pure, nell'emendare il testo del d.l. n. 130 del 2020, ha evidentemente operato con una tecnica legislativa a dir poco approssimativa.

Si tratterebbe infatti di una intenzione del tutto irragionevole e contraddittoria rispetto alla *ratio* complessiva della riforma del d.l. n. 130 del 2020, ispirata a ricondurre a minor rigore la disciplina introdotta dalle riforme dei decreti sicurezza del 2018.

Dunque, più opportunamente, occorre interpretare la disposizione come se essa disponesse che respingimento ed espulsione non sono consentiti quando ciò comporti «una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, *nonché di protezione della salute*», a meno che il respingimento e/o l'espulsione siano necessari per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica.

Chiarito ciò, deve dunque evidenziarsi che il riferimento alla necessità di tutelare la salute potrebbe in molti casi offrire protezione agli stranieri con disabilità, anche ove non ricorrano i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria. Ovviamente non si vuole qui affermare – è bene precisarlo – che ogni condizione di disabilità sia identificabile con una situazione di assenza di salute. Una simile tesi finirebbe infatti per rinnegare l'impostazione accolta dalla Convenzione ONU del 2006 che, come noto, respinge il modello medico-sanitario per accogliere quello bio-psico-sociale³⁹.

5. Il permesso di soggiorno per cure mediche e il divieto di espulsione

In alternativa alla protezione speciale, la persona con disabilità straniera sembrerebbe inoltre poter beneficiare di un «permesso di soggiorno per cure mediche»⁴⁰. La normativa sul punto non è però scevra di criticità.

Il permesso di soggiorno per cure mediche è stato introdotto dal d.l. n. 113 del 2018, che ha modificato l'art. 19, comma 2, lett. *d-bis*) del d.lgs. n. 286 del 1998. La norma – come meglio si vedrà nella parte finale di questo paragrafo – prevede oggi il divieto di espulsione nei confronti degli stranieri che versano «in gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie, accertate mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza». A favore di costoro si dispone che il questore possa

39. Non è ovviamente questa la sede per soffermarsi sul punto. Sia consentito rinviare a G. Arconzo, *I diritti delle persone con disabilità*, cit., p. 53 ss.

40. Ricostruisce in modo dettagliato la disciplina sul permesso per cure mediche la scheda di ASGI, *Il permesso di soggiorno per cure mediche salute e assistenza minori condizioni di salute e protezione internazionale e speciale*, giugno 2021.

rilasciare un peculiare permesso di soggiorno, di durata annuale e comunque rinnovabile fino a quando persistono le condizioni che ne hanno determinato il rilascio.

Il d.l. n. 130 del 2020 ha modificato la precedente versione, che faceva riferimento “soltanto” alle «condizioni di salute di particolare gravità». Come si è detto, la previsione attualmente vigente specifica che il permesso per cure mediche può essere riconosciuto qualora vengano accertate «gravi condizioni psico-fisiche o derivanti da gravi patologie»⁴¹. Formulazione, questa, che sembrerebbe poter consentire una maggiore attenzione a tutte le condizioni di disabilità, in un approccio maggiormente coerente con la Convenzione ONU: si pensi in particolare alla condizione di disabilità psichica, in precedenza più difficilmente rilevabile.

Dal punto di vista procedimentale, alla luce delle novità introdotte dal d.l. n. 130 del 2020, l’ordinamento sembrerebbe dunque aver predisposto un doppio binario di tutela che, come si accennava sopra, lascia però diversi dubbi interpretativi.

Da un lato, secondo quanto previsto dall’art. 19, commi 1, 1.1. e 1.2., del d.lgs. n. 286 del 1998, la Commissione territoriale, qualora non accolga la domanda di protezione internazionale, può trasmettere gli atti al questore⁴², affinché questi rilasci un permesso di soggiorno biennale per protezione speciale per ragioni legate alla protezione della salute, secondo quanto si è detto nel paragrafo precedente.

Dall’altro lato, lo stesso art. 19, al comma 2, *d-bis*), del d.lgs. n. 286 del 1998, dispone che sia direttamente il questore a rilasciare un permesso di soggiorno per cure mediche annuale e rinnovabile.

Tale sovrapposizione rende però poco chiaro in quali casi il questore, di fronte ad un rischio di compromissione per il diritto alla salute, potrà rilasciare il permesso per protezione speciale o quello per cure mediche.

Non aiuta a fare chiarezza quanto previsto dall’art. 32 del d.lgs. n. 28 del 2005, come modificato dal d.l. n. 130 del 2020, che al comma 3.1. stabilisce che «nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i requisiti di cui all’articolo 19, comma 2, lettera *d-bis*), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio del permesso di soggiorno ivi previsto».

Si tratta di una scelta, rilasciata nei fatti all’autorità di pubblica sicurezza, che tuttavia ha delle conseguenze di rilievo sul soggiorno dello straniero con disabilità. Il permesso per

41. Su questi aspetti cfr. di nuovo E. Rossi, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in F. Biondi Dal Monte, E. Rossi (a cura di), *Adelante con juicio*, cit., p. 82.

42. Sul permesso di soggiorno per cure mediche, cfr. in giurisprudenza, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 30 giugno 2022, n. 5401.

protezione speciale ha durata biennale, consente da subito l'attività lavorativa e può essere rinnovato su parere della Commissione territoriale; il secondo ha durata di un anno non consente l'attività lavorativa, è rinnovabile sino a quando persiste il pregiudizio per la salute e può essere convertito in permesso per motivi di lavoro⁴³.

Una peculiare attenzione il legislatore la mostra anche con riferimento alla disciplina relativa alle ipotesi di divieto di allontanamento degli stranieri con disabilità. Come già si è scritto, l'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998 sancisce il divieto di espulsione quando il rientro nel Paese di origine possa determinare una compromissione del diritto alla salute.

Lo stesso art. 19, al comma 2-*bis*), prevede poi che «il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali [siano] effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate».

A ben vedere, dunque, se non vi sono preclusioni formali all'espulsione delle persone con disabilità, è però vero che un tale provvedimento è contornato di molte garanzie, fino quasi a sembrare una sorta di *extrema ratio*.

D'altra parte, se è vero che, secondo il modello bio-psico-sociale, la disabilità non si identifica con una menomazione della salute della persona, è altrettanto vero che in ogni caso la disabilità ha comunque una menomazione dell'integrità fisica alla sua origine.

Alla luce di ciò non sorprende che nella giurisprudenza della Cassazione sia invalsa una interpretazione delle previsioni che ritiene illegittima l'espulsione dello straniero ogniqualvolta essa possa essere lesiva del diritto alla salute fisica o psichica della persona.

Secondo il Giudice di legittimità⁴⁴, infatti, «il provvedimento di espulsione pronunciato nei confronti di persona irregolarmente soggiornante nello Stato non può essere eseguito qualora dall'esecuzione derivi un irreparabile pregiudizio per la salute dell'individuo», con la conseguenza che nel caso in cui lo straniero «sia affetto da grave disabilità, ancorché questa non rientri tra le condizioni legislativamente poste a fondamento del divieto di espulsione, il giudice è comunque tenuto a verificare, in concreto, se del caso anche ricorrendo a mezzi istruttori, che l'espulsione non leda il nucleo irriducibile del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost».

Nonostante le incertezze interpretative appena illustrate, deve dunque concludersi sul punto evidenziando che il pur complesso e aggrovigliato sistema di norme descritto sembra

43. Tale possibilità è stata introdotta con l'art. 15, comma 1 del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173.

44. Cassazione penale sez. I, 26 maggio 2017, n. 38041.

comunque garantire alle persone con disabilità una tutela tale da far ritenere in definitiva attuato il diritto d'asilo⁴⁵ sancito dall'art. 10, comma 3 Cost.

6. Le persone con disabilità nel sistema di accoglienza

È a questo punto possibile analizzare la disciplina relativa alla situazione delle persone con disabilità all'interno del sistema di accoglienza.

Si è già detto (cfr. nota 20) che la direttiva qualifica richiede, nel descrivere il contenuto della protezione internazionale, che gli Stati tengano in considerazione la specifica situazione delle persone vulnerabili, tra cui persone disabili e persone con disturbi psichici.

In modo non dissimile, il Capo IV la direttiva n. 2013/33/UE⁴⁶ (c.d. Direttiva accoglienza) – che impone in generale agli Stati il rispetto di *standards* minimi per assicurare condizioni dignitose ai richiedenti asilo⁴⁷ e di provvedere «a che le condizioni materiali di accoglienza assicurino un'adeguata qualità di vita che garantisca il sostentamento dei richiedenti e ne tuteli la salute fisica e mentale» (art. 17) – è interamente dedicato ai soggetti vulnerabili e pone una specifica attenzione anche sulle condizioni di accoglienza delle persone con disabilità. Nello specifico, l'art. 21 impone agli Stati membri di tener conto, nell'adozione delle misure di accoglienza, «della specifica situazione di persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta degli esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale, quali le vittime di mutilazioni genitali femminili».

A tal fine, gli Stati dovrebbero pertanto valutare «se il richiedente abbia esigenze di accoglienza particolari e precisare la natura delle stesse». Tale valutazione deve essere avviata «entro un termine ragionevole dopo la presentazione della domanda di protezione internazionale». Infine, gli Stati membri devono assicurare che il sostegno fornito ai

45. Si tratta, come noto, dell'orientamento consolidato della Corte di cassazione (Cass. civ., ord. 24 febbraio 2011, n. 17576; ordinanze 18 febbraio 2011, n. 4139 e n. 4140; da ultimo Cass. civ., sez. I, sent. 23 febbraio 2018, n. 4455). Per un commento a questa giurisprudenza, cfr. M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2/2018. Tale giurisprudenza è stata richiamata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 194 del 2019.

46. Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante «Norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)». Per un approfondimento sui contenuti della direttiva G. Morgese, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, n. 4.2013, p. 15 ss.

47. Cfr. cons.11 della direttiva 2013/33/UE il quale afferma che «è opportuno adottare norme in materia di accoglienza dei richiedenti che siano sufficienti a garantire loro un livello di vita dignitoso e condizioni di vita analoghe in tutti gli Stati membri». Sulle condizioni dignitose di accoglienza si è espressa la Corte di Giustizia nel caso CGUE, *Saciri e a.*, C-79/13, 27 febbraio 2014.

richiedenti vulnerabili «tenga conto delle loro esigenze di accoglienza particolari durante l'intera procedura di asilo» (art. 22).

Come noto, in Italia, la direttiva n. 2013/33/UE è stata recepita dal d.lgs. n. 142 del 2015⁴⁸, che costituisce la prima disciplina organica sul sistema di accoglienza, la quale ha poi subito, come ben noto, molteplici riforme negli ultimi anni. Si è così passati dal sistema SPRAR (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati), al sistema SIPROIMI (Sistema di protezione per i titolari di protezione internazionale minori stranieri non accompagnati, introdotto dal d.l. n. 113 del 2018), al sistema SAI (Sistema di accoglienza e integrazione, introdotto dal d.l. n. 130 del 2020)⁴⁹.

L'art. 17 del d.lgs. n. 142 del 2015 riprende il dettato della direttiva stabilendo che «le misure di accoglienza previste dal presente decreto tengono conto della specifica situazione delle persone più vulnerabili», tra le quali vengono espressamente citate le persone con disabilità.

A tale proposito, il d.l. n. 130 del 2020 ha aggiunto il comma 4-*bis* all'art. 9 del d.lgs. n. 142 del 2015, il quale prescrive ora di procedere alla verifica «della sussistenza di esigenze particolari e di specifiche situazioni di vulnerabilità» già nei Centri di prima accoglienza, al fine di poter avviare l'adozione delle «idonee misure di accoglienza» di cui ragiona l'art. 10 dello stesso d.lgs. n. 142.

Si pone qui però un primo significativo problema, legato proprio all'accertamento della disabilità stessa, che non è affatto agevole per diverse ragioni: la scarsità di risorse; la penuria di personale qualificato e preparato sul punto all'interno dei Centri di prima accoglienza; le difficoltà di accertare alcune forme di disabilità, come quelle psichiche⁵⁰.

La verifica della condizione di vulnerabilità dovrebbe avvenire, ai sensi dell'art. 9, comma 4-*ter*), del d.lgs. n. 142 del 2015, secondo «linee guida emanate dal Ministero della salute, d'intesa con il Ministero dell'interno e con le altre amministrazioni eventualmente interessate, da applicare» nei Centri di prima accoglienza.

Tuttavia, di tali linee guida, che pure rappresenterebbero un utile e fondamentale sostegno agli operatori dei Centri nell'accertamento della vulnerabilità e della disabilità, non vi è ancora traccia. Così, in assenza di chiare ed efficaci procedure di accertamento, è difficile che le misure e i servizi del sistema di accoglienza possano essere idonei a soddisfare le specifiche esigenze delle persone con disabilità, molto diverse fra loro.

48. Sul sistema di accoglienza come disciplinato dalla versione originaria del d.lgs. n. 142 del 2015, cfr. S. Penasa, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in questa *Rivista*, n. 1.2017; P. Bonetti, *Le nuove norme italiane sul diritto di asilo: trattenimento, identificazione e accoglienza dei richiedenti asilo*, in *Studium iuris*, 6.2016, p. 708 ss.

49. Ricostruisce l'evoluzione normativa del sistema di accoglienza C. Siccardi, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio*, cit., p. 307 ss.

50. Tali difficoltà sono segnalate da G. Griffo, *Introduzione*, in G. Griffo, L. D'Errico (a cura di), *I rifugiati e i richiedenti asilo in Italia*, cit., p. 10.

Un ulteriore aspetto problematico concerne i servizi che possono essere offerti alle persone con disabilità, considerando la necessità di prestazioni calibrate sulle loro specifiche esigenze. Anche su questo punto, non sono state poche le modifiche normative susseguitesi nel corso del tempo.

Il d.l. n. 113 del 2018 non ha prestato particolare attenzione alla situazione delle persone vulnerabili, le quali hanno anzi risentito delle conseguenze prodotte dalle scelte di fondo della riforma. Il predetto decreto, come noto, ha infatti riservato ai soli titolari di protezione internazionale l'accesso nel sistema di accoglienza ordinario (SIPROIMI)⁵¹, mentre i richiedenti protezione, anche se vulnerabili, venivano accolti nei Centri di prima accoglienza e nei Centri di accoglienza straordinaria (CAS)⁵².

Tale distinzione ha avuto un impatto sui servizi offerti ai richiedenti protezione con disabilità, ai quali erano di conseguenza garantite nei Centri di accoglienza straordinari solo «le esigenze essenziali di accoglienza» secondo quanto previsto dall'art. 11 del d.lgs. n. 142 del 2015.

Infatti, il decreto n. 113 del 2018 ha abrogato il comma 4 dell'art. 17 che, nella versione originaria assicurava che «nell'ambito del sistema di accoglienza territoriale [fossero] attivati servizi speciali di accoglienza per i richiedenti portatori di esigenze particolari, individuati con il decreto del Ministro dell'interno di cui all'articolo 14, comma 2, che tengono conto delle misure assistenziali da garantire alla persona in relazione alle sue specifiche esigenze».

L'effetto di tali disposizioni è stato dunque quello di azzerare i servizi offerti ai richiedenti protezione, al di là delle esigenze essenziali di accoglienza, anche nei confronti delle persone più vulnerabili come le persone con disabilità.

Il nuovo sistema SAI sembra invece più attento anche alle esigenze dei più vulnerabili.

Anzitutto, il d.l. n. 130 del 2020 ha modificato il comma 4-*bis* dell'art. 9 del d.lgs. n. 142 del 2015, prevedendo che il richiedente di cui sia stata accertata la vulnerabilità è trasferito «in via prioritaria» nelle strutture del sistema di accoglienza ordinario (il SAI, per l'appunto)⁵³, il quale può accogliere, a differenza della disciplina previgente sia richiedenti, sia titolari di protezione.

La principale novità del d.l. n. 130 del 2020 deve poi rinvenirsi nella differenziazione dei servizi offerti, articolati oggi su due livelli di prestazioni.

51. Cfr. l'art. 12 del d.l. n. 113 del 2018.

52. La Circolare del Ministero dell'interno del 18 dicembre 2018 chiarisce la *ratio* di tale scelta ovvero quella di segnare «una netta differenziazione tra gli investimenti in termini di accoglienza e integrazione da destinare a coloro che hanno titolo definitivo a permanere sul territorio nazionale [...] rispetto ai servizi da erogare a coloro che sono in temporanea attesa della loro posizione giuridica».

53. Sul sistema di accoglienza e integrazione 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 E. Rossi - F. Biondi Dal Monte (a cura di), *Adelante con juicio*, cit., p. 121 ss.

Nel primo livello, dedicato ai richiedenti protezione, non sono più offerti esclusivamente i servizi essenziali, bensì «prestazioni di accoglienza materiale, 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» (art. 1-*sexies*, comma 2-*bis*, lettera *a*), del d.l. n. 416 del 1989, come introdotto dal d.l. n. 130 del 2020).

Nel secondo livello, dedicato ai titolari di protezione, si garantiscono anche i servizi «finalizzati all'integrazione, tra cui si comprendono, oltre quelli previsti al primo livello, l'orientamento al lavoro e la formazione professionale» (art. 1-*sexies*, comma 2-*bis*, lettera *b*), del d.l. n. 416 del 1989, come introdotto dal d.l. n. 130 del 2020).

La previsione, anche a beneficio dei richiedenti protezione, del sostegno psicologico e della mediazione rappresenta con tutta evidenza sicuramente un passo in avanti, anche nei confronti delle persone con disabilità, rispetto a quanto previsto dal d.l. n. 113 del 2018.

Tuttavia, non può non rimarcarsi che, al fine di garantire servizi efficaci di accoglienza nei confronti delle persone con disabilità è quanto mai necessario che tali servizi siano calibrati sulle singole esigenze individuali. Oggettivamente, anche per la scarsa preparazione degli operatori e per l'assenza di risorse, nonché per l'assenza di efficaci procedure di accertamento della disabilità dei migranti in arrivo, è alquanto difficile che ciò si verifichi nella prassi dei Centri.

7. L'accesso alle prestazioni assistenziali e sociali delle persone straniere con disabilità nella sentenza n. 432 del 2005

La seconda prospettiva che merita di essere indagata è quella legata alla condizione di chi – persona con disabilità straniera – si trova regolarmente già in Italia.

Credo che il punto di partenza possa essere individuato nella sentenza n. 432 del 2005 della Corte costituzionale, in cui il Giudice costituzionale si trovò a giudicare della legittimità costituzionale di una previsione della Regione Lombardia che garantiva il diritto alla circolazione gratuita sui mezzi di trasporto pubblico ai soli cittadini invalidi italiani, escludendo così dal beneficio le persone straniere che pure si trovavano nella stessa condizione di invalidità dei cittadini italiani. Siamo dunque, secondo le categorie descritte sopra, nel secondo paragrafo, di fronte alla tipica situazione in cui le due discriminazioni agiscono simultaneamente, dando vita alla discriminazione multipla intersezionale.

La Corte costituzionale, pur senza ovviamente riconoscere tale condizione, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di tale previsione, oltre a ribadire alcuni principi già in precedenza affermati, delineò alcune coordinate che ben possono considerarsi il punto di riferimento per la materia qui in esame. Ben si può dire, come si vedrà anche nelle pagine che seguono, che la sentenza n. 432 del 2005 costituisce un vero e proprio *leading case*.

In primo luogo, la Corte ribadì quanto già affermato nella sentenza n. 252 del 2001 (e previsto agli artt. 2 e 35 del d.lgs. n. 286 del 1998), evidenziando che tutti gli stranieri presenti sul territorio italiano, anche se irregolari, hanno diritto di «fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti [...], trattandosi di un diritto fondamentale della persona che deve essere garantito».

Ma soprattutto, la Corte, pur prendendo atto che la provvidenza in questione non fosse inquadrabile tra le prestazioni essenziali, sancì che «le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza». In altre parole, «al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria».

Arbitrarietà che invece la Corte ritenne sussistere proprio nel caso da essa scrutinato: di fronte ad una «misura sociale che vede negli invalidi al 100% la categoria dei beneficiari», il requisito della cittadinanza non aveva alcuna «ragionevole correlabilità».

Altri passaggi importanti di quella decisione sono contenuti nella parte in cui la Corte riconosce la natura di principio fondamentale alla previsione contenuta nell’art. 3, comma 4, della legge n. 104 del 1992. Tale disposizione sancisce che la legge n. 104 «si applica anche agli stranieri e agli apolidi, residenti, domiciliati o aventi stabile dimora nel territorio nazionale. Le relative prestazioni sono corrisposte nei limiti ed alle condizioni previste dalla vigente legislazione o da accordi internazionali». Analoga natura di principio fondamentale è riconosciuta anche a quanto previsto dall’art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo cui, nel testo allora vigente, «gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste [...] per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti»⁵⁴.

54. L’art. 41, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, nella versione attualmente vigente, a seguito delle modifiche apportate dalla legge 23 dicembre 2021, n. 238, dispone che «Gli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, i titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno diversi da quelli di cui ai commi 1-bis e 1-ter del presente articolo e i minori stranieri titolari di uno dei permessi di soggiorno di cui all’articolo 31 sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti». Sulle conseguenze della modifica intervenuta, oltre a quanto si dirà oltre nel testo, cfr. A. Guariso, *Assegno unico per i figli a carico e nuovo art. 41 TU immigrazione: fine di una inadempienza italiana, con qualche passo indietro*, in questa *Rivista*, n. 2.2022.

8. Una nuova lettura della giurisprudenza costituzionale nella prospettiva delle discriminazioni multiple

Nonostante i principi affermati a chiare lettere dalla Corte costituzionale sin dal 2005, non sono mancate in seguito occasioni in cui le persone con disabilità straniera sono state oggetto di discriminazione anche in ragione di specifiche previsioni normative. Così, è stata di frequente la stessa Corte costituzionale a dover intervenire su previsioni che chiaramente contraddicevano i principi di civiltà giuridica sopra messi in evidenza.

Emblematica è la giurisprudenza sviluppatasi intorno all'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, che ha limitato la possibilità di attribuzione di una serie di provvidenze economiche «che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali» ai soli stranieri titolari di carta di soggiorno (oggi, per effetto delle varie modifiche intervenute⁵⁵, del «permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo»), fino ad allora concesse, ai sensi dell'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, anche agli stranieri titolari di permessi di soggiorno di durata non inferiore ad un anno.

Giurisprudenza alla quale si affiancano due decisioni della Corte costituzionale relative ad una legge della Regione Calabria e ad una legge della Provincia autonoma di Trento che, in modo non dissimile, escludevano le persone extracomunitarie prive della carta di soggiorno tra i beneficiari di alcune misure finanziate con le risorse dei fondi, regionale e provinciale, per le non autosufficienze (sentenze n. 4 e n. 172 del 2013).

Si badi: si tratta di giurisprudenza molto nota e già ampiamente commentata dalla dottrina⁵⁶. Va altresì osservato che, a seguito della recente entrata in vigore della legge n. 238 del 2021, il cui art. 3 ha riformulato il testo dell'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, il tema potrebbe – quanto meno rispetto al profilo affrontato nella giurisprudenza costituzionale – aver perso di attualità, in ragione dell'effetto abrogativo che, ai sensi

55. Cfr. art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 3 del 2007, nonché gli artt. 1 e 3 del d.lgs. n. 12 del 2014.

56. Senza alcuna pretesa di completezza, cfr., *ex multis*, F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2013; A. Ciervo, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, Jovene, 2011; G. Bascherini, A. Ciervo, *I diritti sociali degli immigrati*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, Passigli, 2012; M.R. Pipponzi, *Stranieri e prestazioni assistenziali: il punto della situazione dopo le pronunce della Corte costituzionale sull'art. 80 co. 19 l. n. 388 del 2000*, in questa *Rivista*, n. 1.2015, p. 91 ss.; C. Siccardi, *Crisi economica e discriminazioni multiple*, cit.; C. Corsi, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, 2018; Ead., *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *Le Regioni*, n. 5-6.2018, p. 1184 ss.; L. Montanari, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *Federalismi.it*, n. 2.2019; P. Masala, *L'inclusione sociale degli immigrati e i limiti alle politiche di esclusione: indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2022.

dell'art. 15 delle *Disposizioni preliminari al Codice civile*, il nuovo testo del citato art. 41 dovrebbe determinare nei confronti dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000⁵⁷.

Purtuttavia, la peculiare prospettiva del presente lavoro consente di analizzare e rileggere la citata giurisprudenza costituzionale mettendo proprio in luce l'aspetto delle discriminazioni multiple che invece è per lo più scarsamente considerato.

Per quanto attiene alle questioni relative alla normativa nazionale, in ben sette occasioni la Corte costituzionale è intervenuta per dichiarare l'illegittimità costituzionale di tale previsione: lo ha fatto quando è stata chiamata a verificare la necessità della carta di soggiorno (o del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo) per poter ricevere l'indennità di accompagnamento (sentenze n. 306 del 2008 e n. 40 del 2013); la pensione di inabilità (sentenza n. 11 del 2009); l'assegno mensile di invalidità (sentenza n. 187 del 2010); l'indennità di frequenza per i minori (sentenza n. 329 del 2011); la pensione di inabilità per le persone cieche (sentenza n. 22 del 2015); la pensione d'invalidità civile per le persone sorde e l'indennità di comunicazione (sentenza n. 230 del 2015)⁵⁸.

Si tratta, come si evince dall'elenco appena effettuato, di numerose prestazioni destinate, a vario titolo, alle persone con disabilità. La possibilità di percezione delle stesse, da parte delle persone straniere, era però condizionata ad un requisito di cui – come nella già sentenza n. 432 del 2005 – la Corte ha costantemente riconosciuto la manifesta irragionevolezza.

Infatti, il filo rosso di tutte queste decisioni si rinviene nel subordinare l'attribuzione di tali prestazioni assistenziali – introdotte dal legislatore per ovviare agli svantaggi determinati dalla condizione di disabilità – al possesso di un titolo di permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio anche la titolarità di un reddito minimo. In effetti, secondo quanto previsto dall'art. 9 del d.lgs. n. 286 del 1998, per ottenere il «permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo», è necessario disporre di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale ed avere a disposizione un alloggio idoneo.

57. Il nuovo testo del primo comma dell'art. 41, già citato nella precedente nota 46, nel prevedere che anche «i titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale» si pone infatti in frontale contrasto con quanto sancito dall'art. 80, comma 19 della legge n. 388 del 2000, che – come si è già detto – prevedeva il necessario possesso del permesso di lungo soggiornanti per poter usufruire dell'assegno sociale e delle provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali.

In senso simile, si veda anche A. Guariso, *Assegno unico*, cit., p. 389, secondo cui «è solo per la consueta distrazione del legislatore che l'art. 80, co. 19, cit. risulta tuttora formalmente vigente, ma non vi è dubbio che la norma del 2000 deve ritenersi ormai caduca e priva di effetti, in applicazione dell'art. 15 preleggi».

Allo stesso Guariso si rinvia per le problematiche che comunque anche la nuova formulazione dell'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998 determina rispetto alla possibilità, per alcuni lavoratori, delle prestazioni familiari.

58. Sui presupposti e i requisiti per poter beneficiare di tali provvidenze, si veda, volendo, G. Arconzo, *I diritti delle persone con disabilità*, cit., p. 268 ss.

La Corte costituzionale, nelle citate sentenze, evidenzia allora come sia del tutto irragionevole condizionare la percezione delle provvidenze destinate alle persone con disabilità alla titolarità di un permesso di soggiorno il cui ottenimento richiede anche determinati requisiti economici.

Si tratta infatti di un elemento di distinzione arbitrario, non potendosi presumere che persone con disabilità (o non autosufficienti, secondo quanto affermato nelle sentenze n. 4 e n. 172 del 2013), titolari di un permesso per soggiornanti di lungo periodo, versino in uno stato di bisogno o disagio maggiore rispetto agli stranieri, pur regolarmente soggiornanti, che non possono vantare analogo titolo legittimante.

Inoltre, come viene messo in luce soprattutto a partire dalla sentenza n. 187 del 2010, sono in gioco provvidenze che integrano un «rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei “bisogni primari” inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare; rimedio costituente, dunque, un diritto fondamentale perché garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto»⁵⁹.

Siffatta irragionevolezza determina la violazione dell'art. 3 Cost. anche dal punto di vista del principio di uguaglianza: come si afferma chiaramente nella sentenza n. 306 del 2008, infatti, «una volta [...] che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»⁶⁰.

Va anche messo in evidenza che la giurisprudenza costituzionale, nel consolidarsi, ha comunque mostrato ampi margini di evoluzione e affinamento: come detto, nelle sentenze n. 306 del 2008 e n. 11 del 2009, la Corte si era sostanzialmente e pressoché unicamente soffermata sull'irragionevolezza intrinseca della disciplina che subordinava l'attribuzione di prestazioni assistenziali – il cui riconoscimento presupponeva a sua volta, la presenza di una condizione di disagio economico – al possesso di un permesso che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito.

59. Si veda anche la sentenza n. 22 del 2015 che qualifica la provvidenza in esame (si trattava in quel caso della pensione di inabilità per le persone cieche) alla stregua di benefici «intrinsecamente raccordati alla necessità di assicurare a ciascuna persona, nella più ampia e compatibile misura, condizioni minime di vita e di salute».

60. La giurisprudenza costituzionale afferma, in alcune di queste decisioni, anche la lesione del diritto alla salute, segnalando come tale diritto debba essere inteso come «diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza». Ne consegue il contrasto delle disposizioni censurate non soltanto con l'art. 3 Cost., ma anche con gli artt. 32 e 38 Cost., nonché – tenuto conto che quello alla salute è diritto fondamentale della persona (vedi, per tutte, le sentenze n. 252 del 2001 e n. 432 del 2005) – con l'art. 2 della Costituzione.

A partire dalla sentenza n. 187 del 2010⁶¹, e con le sentenze successive, viceversa, la Corte è giunta a chiarire – soffermandosi anche sul requisito della presenza di almeno cinque anni sul territorio, necessario per poter ottenere il permesso di soggiorno di lungo periodo – che qualsiasi discriminazione (rispetto ad un soggiorno regolare e non episodico) fra cittadini e stranieri legalmente soggiornanti non è giustificato e viola il principio di eguaglianza se sono in gioco provvidenze destinate al soddisfacimento di bisogni primari, al sostentamento della persona, nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita (in particolare sentenze n. 187 del 2010 e n. 329 del 2011). Impostazione, questa, che sembra trovare conferma anche nelle decisioni della Corte relative a leggi regionali che prevedevano forme di differenziazione tra categorie di stranieri in ragione degli anni di permanenza o di residenza nel territorio di riferimento⁶².

Nella prospettiva che si è delineata, assume particolare interesse la sentenza n. 329 del 2011 che aveva ad oggetto l'applicazione della previsione dell'art. 80, comma 19, del d.lgs. n. 286 del 1998 all'indennità di frequenza. È questa una misura destinata ai minori riconosciuti invalidi ai sensi della legge n. 118 del 1971 che presentino difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della loro età, nonché i minori con disabilità uditiva grave. Essa è finalizzata ad assicurare e favorire la frequenza delle scuole di ogni ordine e grado, ed è revocabile proprio qualora non risulti soddisfatto il requisito della frequenza scolastica⁶³.

Come si evince da quanto appena detto, entrano qui in gioco non più due, ma addirittura tre diversi possibili fattori di discriminazioni: oltre alla disabilità e alla nazionalità, rileva infatti anche il fattore età. Si è già detto in precedenza⁶⁴ che la stessa Convenzione ONU, all'art. 7, dedica particolare attenzione ai minori con disabilità. Ed in effetti, la motivazione della sentenza in esame consente di sottolineare proprio questo aspetto.

A differenza delle decisioni sopra citate, in cui la Corte si occupa di persone con disabilità adulte, e in cui – come si è visto – l'attenzione è dedicata soprattutto al requisito di reddito che condiziona l'ottenimento del permesso di soggiorno di lungo periodo, qui il focus della Corte è indirizzato sull'altro requisito richiesto dall'art. 9 del d.lgs. n. 286 del

61. Sentenza considerata in dottrina un vero punto di svolta, alla luce del rilievo in essa attribuito all'art. 14 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo: sul punto E. Longo, *L'eguaglianza alla prova delle migrazioni: la giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni sociali a favore degli stranieri residenti*, in questa Rivista, n. 2.2022, p. 218.

62. Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenze n. 40 del 2011, n. 2 e n. 133 del 2013, n. 106 e n. 107 del 2018, n. 44 del 2020 e n. 9 del 2021. Per un'analisi complessiva di queste decisioni si veda, E. Longo, *L'eguaglianza alla prova delle migrazioni*, cit., *passim*.

63. L'indennità di frequenza è stata introdotta dalla legge n. 289 del 1990, che ha sostituito un'analoga misura (l'assegno di accompagnamento) già prevista all'art. 17 della legge n. 118 del 1971.

64. Cfr. *supra*, nota 8.

1998 per ottenere tale permesso, ovvero la titolarità di un regolare permesso di soggiorno per almeno 5 anni.

Anche senza fare esplicito riferimento alla categoria della discriminazione multipla, la Corte compie così un'analisi perfettamente coerente con tale paradigma. Partendo dal presupposto secondo cui «i principi di inderogabile solidarietà sociale, assunti quale valore fondante degli stessi diritti inalienabili dell'individuo, [...] non ammettono distinzioni di sorta in dipendenza di qualsiasi tipo di qualità o posizione soggettiva e, dunque, anche in ragione del diverso *status* di cittadino o di straniero», la Corte svolge il suo scrutinio analizzando proprio la specifica e peculiare condizione di chi – oltre alla condizione di straniero con disabilità – è anche minorenne.

Così, il Giudice costituzionale può affermare che «il condizionamento che viene imposto ai fini del riconoscimento del beneficio in questione per i minori stranieri, pur regolarmente presenti nel territorio dello Stato, rappresentato dalla titolarità della carta di soggiorno, finisce per determinare, per un periodo minimo di cinque anni – quello richiesto per il rilascio della carta – una sostanziale vanificazione, incompatibile non soltanto con le esigenze di “effettività” e di soddisfacimento che i diritti fondamentali naturalmente presuppongono, ma anche con la stessa specifica funzione della indennità di frequenza, posto che [...] l'attesa del compimento del termine di cinque anni di permanenza nel territorio nazionale potrebbe “comprimere sensibilmente le esigenze di cura ed assistenza di soggetti che l'ordinamento dovrebbe invece tutelare”, se non, addirittura, vanificarle *in toto*».

Non basta. Nella parte finale della decisione la Corte ha modo di sottolineare che la violazione che tale previsione reca contestualmente al principio di uguaglianza e ai diritti all'istruzione, alla salute e al lavoro, assume un rilievo tanto più grave, in quanto riferita proprio «a minori in condizione di disabilità».

In definitiva, sembra potersi sostenere che, seppure in modo implicito, la Corte costituzionale, in questo filone giurisprudenziale, ha dato rilievo proprio alla presenza di più fattori di discriminazioni al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di volta in volta sottoposte al suo scrutinio.

9. Una conferma: il permesso di lungo soggiorno non è requisito incostituzionale per l'accesso alle prestazioni assistenziali se non vi è una doppia situazione di svantaggio (Corte cost. n. 50 del 2019 e n. 19 del 2022)

La tesi che qui si è avanzata sembra trovare conforto confrontando le sentenze appena analizzate con un filone giurisprudenziale più recente che ha invece, in controtendenza rispetto agli approdi di tale giurisprudenza, dichiarato la non fondatezza di alcune previsioni che ugualmente condizionavano la percezione di determinate misure assistenziali al permesso UE per soggiornanti di lungo periodo.

Si tratta, in particolare, della sentenza n. 50 del 2019⁶⁵, relativa alle condizioni per ottenere l'assegno sociale, e della sentenza n. 19 del 2022⁶⁶, relativa invece all'accesso al reddito di cittadinanza.

Nel primo caso, la Corte ha motivato la decisione di non fondatezza affermando, in sostanza, che non è irragionevole che una misura come l'assegno sociale possa essere concessa solo se il beneficiario lo abbia in qualche modo meritato. A dire della Corte, infatti, le provvidenze economiche possono considerarsi «il corollario dello stabile inserimento dello straniero in Italia, nel senso che la Repubblica con esse ne riconosce e valorizza il concorso al progresso della società, grazie alla partecipazione alla vita di essa in un apprezzabile arco di tempo». Di conseguenza, rientra nella discrezionalità del legislatore riconoscere l'assegno sociale «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»⁶⁷.

Il passaggio che qui più rileva è però quello in cui la Corte tratteggia le ragioni che l'hanno condotta a non seguire la giurisprudenza costante che si è ricordata nel paragrafo precedente. Occorre – si legge nella sentenza n. 50 del 2019 – che la prestazione sia destinata al soddisfacimento di bisogni primari o, in alternativa che essa sia destinata alla tutela della salute e «al sostentamento connesso all'invalidità (sentenza n. 230 del 2015), di volta in volta con specifico riguardo alla pensione di inabilità, all'assegno di invalidità, all'indennità per ciechi e per sordi e all'indennità di accompagnamento».

Dunque, emerge, in modo netto proprio il rilievo della sussistenza della duplice situazione di svantaggio quale elemento chiave che conduce la Corte a fare un *distinguishing*⁶⁸ rispetto alla precedente giurisprudenza.

65. Sentenza su cui deve comunque annoverarsi il cambio relatore/redattore, sintomo inequivocabile di un Collegio certamente diviso, come nota anche G. Bascherini, *Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l'assegno sociale ci vuole il permesso Ue per soggiornanti di lungo periodo*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 762 ss. A commento della decisione cfr. anche F. Corvaja, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro e uno di lato*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 244 ss.

66. Per un commento, si veda D. Loprieno, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 delle Corti costituzionale*, in *Osservatorio Aic.*, 3/2022.

67. Aggiunge la Corte che quanti ottengono l'assegno sociale ottengono, «alle soglie dell'uscita dal mondo del lavoro, un sostegno da parte della collettività nella quale hanno operato (non a caso il legislatore esige in capo al cittadino stesso una residenza almeno decennale in Italia), che è anche un corrispettivo solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.)».

68. In generale, sull'uso del precedente da parte della Corte costituzionale, cfr. A. Pizzorusso, *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1976 ss., A. Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht (Studi e materiali diritto costituzionale)*, Milano, Giuffrè, 1995, F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sistemapenale*, n. 1/2021.

Più nello specifico, con riferimento gli effetti dell'innovazione tecnologica sull'uso del precedente, cfr. G. Canale, *L'uso "tendenziale" del precedente nella giurisprudenza costituzionale e i suoi possibili sviluppi futuri*, in *Consulta online.it*, 2020; mentre, per l'applicazione della tecnica del *distinguishing* in alcuni recenti casi, cfr. P. Villaschi, *La*

Nella più recente sentenza n. 19 del 2022, sul reddito di cittadinanza, il riferimento alle forme di «sostentamento connesse all’invalidità» non è invece esplicitamente presente, a differenza di quanto appena visto con riferimento alla sentenza n. 50 del 2019.

Le argomentazioni che sorreggono la decisione di infondatezza ruotano infatti sostanzialmente sulla peculiare natura del reddito di cittadinanza, considerato, anche alla luce dei recenti precedenti in materia – costituiti dalle sentenze n. 122 del 2020 e n. 126 del 2021⁶⁹ – come una provvidenza che «non ha natura meramente assistenziale, [...] perché accompagnato da un percorso formativo e d’inclusione che comporta precisi obblighi, il cui mancato rispetto determina, in varie forme, l’espulsione dal percorso medesimo». Siamo di fronte, in sostanza, ad una misura che «persegue diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale⁷⁰».

Tuttavia, proprio il richiamo alla sentenza n. 126 del 2021 consente alla Corte di ricordare come il reddito di cittadinanza sia una misura completamente diversa, tra le altre, dalla «pensione d’inabilità civile [...] diretta alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili e alla tutela di bisogni primari della persona». Ancora, la Corte respinge la censura che riteneva applicabile al caso in questione quanto affermato nella sentenza n. 187 del 2010, che – come si è visto sopra – si riferiva proprio all’attribuzione alle persone straniere dell’assegno mensile di invalidità.

Alla luce di quanto visto, non sembra quindi peregrino affermare che – per quanto non vi sia ancora stata da parte del Giudice costituzionale una espressa teorizzazione sul punto – anche la giurisprudenza costituzionale sull’attribuzione delle misure assistenziali alle persone straniere possa essere letta alla luce della ricostruzione dogmatica delle discriminazioni multiple. Lettura, questa, che consentirebbe anche di superare una certa difficoltà di individuare il discrimine tra misure assistenziali che soddisfano o non soddisfano bisogni primari dell’individuo⁷¹.

sentenza n. 240 del 2021 della Corte costituzionale: riflessioni su un overruling in attesa di un necessario (e delicato) intervento del legislatore, in OsservatorioAIC, 3/2022, p. 213 ss.

69. A commento si vedano P. Passalacqua, *Osservazioni a Corte cost. 12 maggio 2021, n. 126*, in *Giur. cost.*, 3/2021, p. 1317 ss. e G. Gotti, *Sulla sospensione del reddito di cittadinanza in caso di misure cautelari personali*, *Ibidem*, p. 1323 ss.

70. In generale, sul reddito di cittadinanza, cfr. almeno il volume E. Innocenti, E. Rossi, E. Vivaldi (a cura di), *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, Bologna, il Mulino, 2019 e V. Casamassima, *Reddito “di cittadinanza” e politiche di contrasto alla povertà. Riflessioni alla luce dei più recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020.

71. Basti qui ricordare che nella sentenza n. 50 del 2019 la Corte afferma che l’assegno sociale non è da considerare una misura che soddisfa bisogni primari dell’individuo, mentre nella sentenza n. 126 del 2021 (così come nella sentenza n. 19 del 2022) si riconosce a tale misura l’obiettivo di far fronte a un particolare stato di bisogno derivante dall’indigenza, tanto che per tale provvidenza non è prevista la sospensione nel caso di misure cautelari personali.

In dottrina, già C. Corsi, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 3.2014, p. 28, dava atto della «opinabilità nel ricondurre una provvidenza o tra quelle

Dunque, si potrebbe concludere sul punto affermando che la Corte costituzionale sembra orientata a riconoscere una minore discrezionalità al legislatore quando una norma determina un trattamento sfavorevole che finisce per incidere su una duplice (o anche maggiore) condizione di svantaggio, come nel caso delle misure che incidono sugli stranieri con disabilità⁷², a differenza di quanto accade quando la misura impatta su chi vive “soltanto” una sola condizione di svantaggio.

10. Conclusioni

Nelle pagine che precedono si sono seguiti tre distinti percorsi di ricerca.

Il primo, di carattere più generale, legato alla necessità di fare emergere, sia sul versante culturale, che su quelli legislativi e giurisprudenziali, il tema – ancora troppo poco considerato – del fenomeno delle discriminazioni multiple che spesso determinano situazioni di maggiori difficoltà per quanti vivano condizioni molteplici di svantaggio, quale quella, qui oggetto di peculiare attenzione, degli stranieri con disabilità.

Nel secondo percorso di ricerca si è provato a far luce sull'intricata normativa al fine di dimostrare che, nonostante il groviglio legislativo determinato dalle continue modifiche normative alla disciplina di riferimento e dalla scarsità di risorse a disposizione, i bisogni delle persone con disabilità che bussano alle porte del nostro Paese trovano comunque un livello di considerazione almeno sufficiente.

Il terzo percorso di ricerca infine ha provato a rileggere – proprio nel prisma innovativo della teoria delle discriminazioni multiple – la giurisprudenza costituzionale relativa all'attribuzione delle misure assistenziali alle persone straniere che, proprio di recente, è sembrata in qualche modo meno garantista rispetto a quanto accaduto in un pure non lontano passato.

che fanno fronte a bisogni primari dell'individuo legati alla protezione di diritti fondamentali oppure tra quelle tese a soddisfare ulteriori esigenze». Parla di «problematicità insita tanto nella scelta di stabilire in modo interpretativo cosa rientra tra i bisogni primari» anche E. Longo, *L'eguaglianza alla prova delle migrazioni*, cit., pp. 219 e 221.

72. Cfr. anche quanto già detto in precedenza *sub* nota 14, in merito alla sentenza n. 54 del 2022, che ha sancito l'illegittimità costituzionale delle previsioni che limitavano l'accesso all'assegno di maternità e di natalità, così incidendo negativamente, in quel caso, per lo più su donne e minori stranieri.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL DIRITTO DI SOGGIORNO DEL PARTNER STRANIERO DEL CITTADINO ITALIANO O EUROPEO

di Paolo Morozzo della Rocca

***Abstract:** La convivenza di fatto prevista dalla legge n. 76 del 2016 è una famiglia disciplinata dal diritto nazionale. La sua registrazione non ha valore costitutivo, ma è condizione necessaria per l'applicazione della legge alla famiglia già costituita. All'iscrizione anagrafica del partner straniero di un cittadino italiano o europeo non si applica l'art. 6, d.lgs. 286 del 1998, ma l'art. 3, par. 2, della direttiva 2004/38/CE. È ricevibile dalla Questura la domanda di carta di soggiorno presentata dallo straniero che dimostra di essere membro di una convivenza di fatto stabile. Il contratto di convivenza è mezzo idoneo per dimostrare la stabilità della convivenza.*

***Abstract:** De facto cohabitation regulated by l. n. 76/2016 is a family governed by national law. Its registration has no constitutive value but is a necessary condition for the application of the Law n. 76/2016 to the already constituted family. Article 6, Legislative Decree n. 286 of 1998 does not apply to the A.N.P.R. registration of the foreign partner of an Italian or European citizen, but Article 3, paragraph 2 of the Directive 2004/38/CE. The application for a residence card presented by the foreigner who proves to be a member of a de facto stable cohabitation is admissible by the Police Headquarters. The cohabitation agreement is a suitable means to demonstrate the stability of unmarried couple.*

LA CONVIVENZA DI FATTO E IL DIRITTO DI SOGGIORNO DEL PARTNER STRANIERO DEL CITTADINO ITALIANO O EUROPEO

di Paolo Morozzo della Rocca*

SOMMARIO: 1. Il perimetro della ricerca. – 2. La convivenza di fatto registrata nella disciplina civilistica e anagrafica della famiglia di fatto. – 3. Sulla rilevanza giuridica assegnata dal legislatore all'iscrizione anagrafica. – 4. Sul requisito della effettiva residenza nella casa familiare. Convivenza vs coabitazione? – 5. I diritti di soggiorno del partner del cittadino europeo (o italiano) nella disciplina sulla libertà di circolazione. – 6. Se letto in combinato disposto con l'art. 6, comma 7, TUI, il comma 37 della legge n. 76 del 2016 sarebbe affetto da illegittimità costituzionale e unionale. – 7. Il comma 37 della legge n. 76 del 2016 non va letto in combinato disposto con l'art. 6, comma 7, TUI. – 8. Il contratto di convivenza è documentazione ufficiale che può giustificare l'autorizzazione al soggiorno e l'iscrizione in anagrafe.

1. Il perimetro della ricerca

L'intreccio tra la disciplina civilistica della convivenza di fatto e il diritto dell'immigrazione pone al ricercatore diversi interrogativi che, per motivi di spazio, non potranno tutti trovare l'accoglienza che pur meriterebbero in questo contributo, nel quale mi occuperò prevalentemente delle condizioni al ricorrere delle quali la convivenza di fatto con un cittadino europeo o italiano può giustificare una richiesta di autorizzazione al soggiorno per motivi familiari da parte dello straniero irregolarmente soggiornante.

Questa limitazione del campo di indagine impedisce di dare risposta ad altri interrogativi essi pure rilevanti. Ad esempio: a quali condizioni la convivenza di fatto, registrata all'anagrafe oppure in altro modo dimostrata dagli interessati, può favorire il mantenimento di un diverso titolo di soggiorno (ad esempio per attesa occupazione o lavoro) dello straniero convivente con un altro straniero¹? A quali condizioni la convivenza della coppia non coniugata, sia essa registrata o meno come tale, può preservare il partner dall'essere allontanato coattivamente dall'Italia²? E infine, a quali condizioni, successivamente allo

* Professore ordinario di Diritto privato presso l'Università per Stranieri di Perugia.

1. Risponde in termini abbastanza incoraggianti a questo interrogativo Cons. St. 31.10.2017, n. 5040.

2. Cfr. in senso restrittivo, specie riguardo alle convivenze «non registrabili», Cass. 21.6.2021, n. 17657; Cass. 7.9.2020, n. 18565. Ma in diversa prospettiva: Cass. pen. 15.3.2019, n. 16385; App. Messina sez. I, 22.10.2021, n. 467. Sin d'ora va anche ricordata Cass. pen. 27.6.2016, n. 44182, la quale si segnala, come meglio vedremo, per la valorizzazione ai fini dell'inespellibilità del contratto di convivenza. Il tema non può a mio parere non essere reinterpretato alla luce dell'attuale testo dell'art. 19, comma 1.1., TUI, come modificato dal d.l. n. 130 del 2020, a termini del quale non può essere allontanato dall'Italia uno straniero «qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare», nel senso in cui il concetto di vita familiare è accolto dalla giurisprudenza sull'art. 8 CEDU.

scioglimento della convivenza di fatto, lo straniero non più convivente che abbia ottenuto un permesso di soggiorno per motivi familiari sulla base di detta convivenza potrà mantenere il diritto di soggiornare legalmente in Italia?

Pur messi da parte tali interrogativi, il limitato ma impegnativo campo di indagine mantiene tuttavia una sua notevole ampiezza e richiede di affrontare in via preliminare alcuni snodi dell'ambigua disciplina italiana della convivenza di fatto i quali riguardano in particolare la correlazione tra il fatto civilisticamente rilevante della convivenza e la sua dichiarazione nei registri anagrafici da parte dei conviventi stessi.

Detta correlazione deve peraltro trovare il suo riferimento normativo anche al di là della legge n. 76 del 2016; e in particolare nel d.lgs. n. 30 del 2007, che costituisce la disciplina di recepimento della direttiva n. 38 del 2004 in materia di libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari, anche non europei, tra i quali in Italia sono compresi altresì i familiari non europei di cittadini italiani, anche nel caso in cui questi ultimi non abbiano esercitato il loro diritto di circolare nei Paesi membri.

2. La convivenza di fatto registrata nella disciplina civilistica e anagrafica della famiglia di fatto

Si legge al comma 36 dell'articolo unico della legge n. 76 del 2016 che «ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per “conviventi di fatto” due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile». Si legge poi al comma 37 che, ferma restando la sussistenza di tali presupposti, «per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'art. 13» del regolamento anagrafico.

Al riguardo deve forse rimproverarsi, non alla legge Cirinnà in sé considerata, ma più in generale al formante legislativo una lacuna, costituita dalla mancata previsione e valorizzazione (che richiederebbe però un intervento attento e molto leggero, in sede diversa da quella del diritto delle coppie) delle convivenze fondate su legami molto stabili di amicizia, tali da costituire dei veri e propri focolari, pur senza intesa sessuale³. Oggi per il diritto

3. Come è stato, da tempo, osservato, occorrerebbe «allargare il raggio delle comunità affettive degne di riconoscimento pubblico, al di là della famiglia così come è oggi istituzionalmente definita e normata», ad esempio comprendendovi le comunità amicali. Così C. Saraceno, *Introduzione* a M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 21 ss. La dottrina in effetti è solita fare cenno alla questione delle convivenze non di coppia come di una realtà astrattamente meritevole di tutela, senza tuttavia oltrepassare la soglia del mero auspicio. Cfr. tra gli altri M. Dogliotti, *Dal concubinato alle unioni civili*, in *Pol. dir.*, 2017, 1, p. 20. Il tema è sollevato, tra gli altri, anche da

positivo – in senso lato familiare – questi focolari sono trattati come mere forme di coabitazione, al pari di un alloggio in comune per i lavoratori di un’impresa-campus o di una caserma⁴.

Occorre poi tenersi sull’avviso riguardo ad un’apparente antinomia – tale da ingannare talvolta il civilista – riferibile alla diversa tecnicizzazione del termine «convivenza» nel diritto anagrafico rispetto al diritto privato.

In effetti per il giusprivatista i conviventi sono indubbiamente persone che vivono insieme sulla base di una relazione affettiva familiare o di coppia. Nel diritto anagrafico, per certi versi in anticipo sul diritto civile e in linea con i suoi attuali punti di arrivo, la convivenza di diritto civile (sia prima che dopo la legge Cirinnà) è invece considerata quale «famiglia anagrafica», a nulla importando, ai fini della qualificazione come «famiglia», la presenza o meno di un atto di matrimonio o di una unione civile. Quanto alla nozione di «convivenza anagrafica», essa individua invece ogni forma di coabitazione collettiva stabile all’interno della quale sono compresenti più famiglie anagrafiche (spesso unipersonali) come nel caso di una caserma, di un carcere, di una casa di riposo, di un Centro di accoglienza per persone o famiglie in difficoltà, ecc.

La convivenza di fatto, ai sensi del d.p.r. n. 223 del 1989, non è dunque una convivenza anagrafica ma una famiglia anagrafica, al pari peraltro della convivenza tra due sorelle o tra un anziano genitore e il nucleo familiare di cui faccia parte la figlia (genero, nipoti, ecc.). Una concettualizzazione, evidentemente, non del tutto coincidente con le categorie del diritto civile.

Tornando alla lettura del comma 36 della legge Cirinnà, è parso a molti che attraverso questa norma la «convivenza di fatto» (lemma che ad alcuni è parso contraddittorio con l’operazione di giuridificazione condotta dal legislatore stesso⁵) riceva formalizzazione giuridica per volontà congiunta dei due conviventi, e ciò attraverso la loro dichiarazione anagrafica congiunta e avente ad oggetto un medesimo indirizzo resa all’ufficiale di anagrafe.

Come cercherò di dimostrare, questa lettura, pur sostanzialmente esatta riguardo alla volontarietà del fatto in sé (denominato convivenza e costituente un «comportamento

F. Parente, *La convivenza di fatto: un nuovo modello legale di organizzazione familiare*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2018, p. 801, ove il rinvio ad ampia bibliografia.

4. Diversamente da quanto accade in altri ordinamenti (tra i quali quello della comunità autonoma catalana, su cui V. Zambrano, *Parejas no casadas: l’esperienza spagnola e la lei catalana del 10/1998*, in Aa. Vv., *Matrimonio Matrimonii*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 430). Peraltro, come notato da uno dei revisori di questo contributo, l’art. 4, d.p.r. n. 223 del 1989 inserisce nel concetto di famiglia anagrafica i conviventi legati da rapporto affettivo (legame di coppia) o parentale, ma vi tiene fuori le relazioni solidali solo amicali. Ed è in effetti nella sola cerchia parentale che la convivenza può avere effetti, ad esempio, ai fini del calcolo dell’ISEE.

5. Cfr., per tutti, L. Lenti, *Diritto della famiglia*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 511 ss.

attuoso» secondo la tassonomia dei fatti giuridici formulata da Angelo Falzea⁶⁾ non tiene però del tutto conto della funzione e della disciplina dell’anagrafe nazionale della popolazione residente. Disciplina quest’ultima connessa sia al diritto civile che al diritto amministrativo, ma posta ai margini del primo e alla periferia nel secondo, pertanto tendenzialmente sottovalutata e talvolta fraintesa dai cultori di entrambi questi settori del diritto.

L’iscrizione anagrafica, come è noto, registra l’indirizzo di stabile dimora del dichiarante. Occorre però tenere a mente che la dichiarazione non è affatto opzionale per il cittadino residente a tale indirizzo e dunque non si palesa come un atto di volontà in sé libero, ma come una doverosa dichiarazione di scienza da rendersi entro 20 giorni dalla fissazione di una nuova residenza⁷⁾; la cui omissione è sanzionata con una multa e la cui eventuale falsità costituisce reato⁸⁾.

Ad essere libero, piuttosto, è il fatto in sé della residenza (che è infatti oggetto di un diritto di libertà costituzionalmente garantito); fatto necessariamente in essere al momento della sua doverosa dichiarazione all’ufficiale di anagrafe, a meno di non configurarsi come una falsa dichiarazione, sanzionabile penalmente.

Di tale doverosità è altresì conferma, sul piano dell’attuazione dell’interesse generale, l’attribuzione all’ufficiale di anagrafe del potere/dovere di iscrivere di ufficio il cittadino già di fatto residente che abbia ommesso di presentargli la prescritta dichiarazione. In tal modo, infatti, si intende tutelare il bene pubblico della conoscenza da parte dello Stato della popolazione situata in un determinato territorio e reperibile legalmente a un certo indirizzo⁹⁾.

Ad ogni abitazione corrisponde di solito, ma non necessariamente¹⁰⁾, una sola famiglia anagrafica, a volte costituita da un single; altre volte da una coppia, coniugata oppure no; oppure da parenti.

Come già è stato osservato, l’art. 4 del d.p.r. n. 223 del 1989 (regolamento anagrafico) intende per famiglia, agli effetti anagrafici, «un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune». Merita però qui di osservare che

6. Cfr. A. Falzea, *Comportamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 710 ss., ma già in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1975, XXV, p. 442 ss.

7. Art. 13, co. 2, d.p.r. n. 223 del 1989, su cui I. Riva, *Domicilio e residenza*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2015, spec. p. 112 ss.; B. Boschetti, *Anagrafe, stato civile e servizi elettorali*, in *Enc. Dir., Tematici*, III, Milano, Giuffrè, 2022, spec. p. 116.

8. Art. 5 della legge n. 1228 del 1954 e art. 15, co. 2, d.p.r. n. 223 del 1989, su cui P. Morozzo della Rocca, *I luoghi della persona e le persone senza luogo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, p. 4.

9. Vero è – come nota M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 194 – che l’esistenza di vincoli affettivi non può essere accertato d’ufficio. Ciò non esclude tuttavia che la dichiarazione anche in tal caso debba corrispondere ad un dovere di verità gravante sul soggetto obbligato alla dichiarazione anagrafica.

10. Succede che a volte coabitino nella medesima abitazione diverse famiglie anagrafiche. Ad esempio il domestico residente in casa della famiglia presso cui lavora non figurerà come «familiare» ma come membro unico di una seconda famiglia anagrafica al medesimo indirizzo. Analogamente, due amici o due colleghi di lavoro che decidano di coabitare per ripartire il costo dell’affitto, altrimenti inarrivabile, risulteranno a quell’indirizzo come due famiglie anagrafiche distinte.

la legge n. 76 del 2016 ha aggiunto nel testo vigente di questo articolo solo il riferimento all'unione civile – figura certamente di nuovo conio nelle relazioni di coppia – mentre non è stato ritenuto necessario modificare alcunché con riferimento alla convivenza di fatto, trovandosi quest'ultima già compresa nella più ampia formula dei cosiddetti «vincoli affettivi», con la quale da molto tempo il linguaggio giuridico si riferisce alla stabile intesa sessuale tra due persone.

Naturalmente fa parte dell'obbligo di dichiarazione anagrafica del nuovo residente anche l'indicazione degli altri soggetti che fanno parte della sua famiglia e che effettivamente risiedono o vadano a risiedere con lui nella medesima abitazione, i quali se maggiorenni devono sottoscrivere, condividendone così la consequenziale responsabilità, la dichiarazione che li coinvolge.

Grava dunque sul cittadino l'obbligo di dichiarare se la famiglia anagrafica è costituita, oltre che da sé stesso, anche dal coniuge, dalla parte di un'unione civile, da parenti conviventi (ad esempio una sorella, la nuora o la suocera) o infine dalla persona a lui legata da un vincolo affettivo (vale a dire dal convivente di fatto)¹¹. Lo si evince dal combinato disposto tra gli articoli 6 e 13 del regolamento anagrafico; e del resto è questa l'interpretazione accolta dallo stesso Ministero dell'interno nel predisporre il formato della dichiarazione anagrafica; formato per legge non modificabile né dagli uffici né dal dichiarante, sì da rendere la dichiarazione un atto di scienza a contenuto e forma entrambi vincolati.

Possiamo a questo punto formulare tre constatazioni:

A) che a livello delle iscrizioni anagrafiche con specifico riguardo alle convivenze di fatto nulla è cambiato tra il prima e il dopo la legge Cirinnà. Tant'è che ancora oggi non esiste in A.N.P.R. un modello di certificato che attesti lo stato di conviventi di fatto mentre è stato invece predisposto il certificato di deposito del contratto di convivenza¹², sicché una certificazione di convivenza potrà essere ottenuta solo se l'ufficio anagrafico locale provvede a predisporre un proprio modello, assente a livello nazionale¹³;

11. M. Rizzuti, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in Fondazione Italiana del Notariato, *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, 2017, p. 109, qualifica la dichiarazione anagrafica contenente l'indicazione del vincolo affettivo con il convivente di fatto quale «atto esecutivo con funzione di dichiarazione di scienza».

12. L'intento del legislatore pare quello di dissimulare le implicazioni di stato civile della registrazione della convivenza. Nella medesima linea la Direzione generale dei servizi demografici presso il Ministero dell'interno non ha predisposto alcun certificato di famiglia riferito alla convivenza di fatto. Sul punto acute osservazioni già da M. Blasi, *op. cit.*, p. 193 ss.

13. Un punto già controverso prima della legge Cirinnà è se il residente potesse o meno dichiarare il vincolo affettivo con il convivente benché questi o il dichiarante stesso (o entrambi) fossero ancora privi di stato libero perché ancora coniugati o addirittura separati solo di fatto dal proprio coniuge. Con il sopravvenire della legge Cirinnà la questione

B) che pertanto le coppie di fatto già registrate all'anagrafe come astrette da vincoli affettivi precedentemente alla legge Cirinnà hanno, a mio parere, automaticamente acquisito il nuovo *status* familiare di «convivenza di fatto» senza nemmeno doverlo sapere o volere;

C) che i conviventi legati da vincoli affettivi nel caso in cui non vogliano ricadere nella disciplina della legge Cirinnà oggi devono omettere la dichiarazione anagrafica alla quale sarebbero invece tenuti in quanto residenti (magari dando parallelamente luogo a una dichiarazione falsa al fine di avere comunque una posizione anagrafica aperta presso un diverso indirizzo; e dunque dando luogo a un falso penalmente rilevante). Oppure devono dichiarare la loro effettiva residenza in regime di coabitazione dichiarandosi però estranei l'uno all'altro¹⁴; e dunque formando al medesimo indirizzo due diverse famiglie anagrafiche composte da single, con qualche possibile ricaduta sul piano dell'onere della prova circa la preesistenza di un vincolo di coppia nel caso in cui dovesse sorgere una lite al dissolversi della loro relazione.

Le considerazioni sin qui svolte consentono forse di prendere parte con un supplemento di argomenti al dibattito su alcune questioni inevitabilmente suscitate dall'ambigua lettera della legge, a partire già dall'infelice nome di «convivenza di fatto» di cui è stata sottolineata la contraddittorietà riguardo all'enucleazione di una fattispecie dotata di «requisiti consistenti in qualifiche giuridiche» quali ad esempio la maggiore età, lo stato libero e l'assenza di (alcuni) rapporti parentali, tali da farne piuttosto una figura legale di «convivenza di diritto»¹⁵.

Al riguardo, se per un verso è stato esattamente osservato che «l'espressione “di fatto” connota semplicemente il modo in cui la fattispecie viene in essere (*rebus ipsis et factis*, appunto, e non per effetto di un negozio giuridico)»¹⁶, ferme restando le conseguenze che ne derivano in base alla legge, per altro verso non deve essere ignorata la rilevanza in sé di un *discrimen* tracciato solo oggi dal legislatore tra le famiglie di fatto e le famiglie di fatto registrate¹⁷.

sembra definita in senso negativo, essendo intervenuto un impedimento legale esplicito a tale dichiarazione in mancanza dei requisiti di cui al comma 36 della legge stessa, come lamenta tra gli altri L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., p. 517.

14. Come nota giustamente D. Berloco, *La disciplina della convivenza di fatto*, in Aa. Vv., *Lavorare nei servizi demografici. Manuale per il concorso e l'inserimento in servizio*, Minerbio, Sepel Ed., 2021, p. 242, il legame affettivo è dichiarato dai conviventi senza possibilità di verifica della sua effettività, mentre la coabitazione è invece verificabile in quanto fatto materiale che contribuisce a configurare la residenza all'indirizzo.

15. Così, tra gli altri, L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., p. 517.

16. Così G. Oberto, *La famiglia di fatto. Introduzione alla “Riforma Cirinnà”*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 711.

17. Secondo S. Parisi, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quad. cost.*, 2016, 3, p. 567, si sarebbe prodotta una «contrazione semantica, in senso connotativo e denotativo, del concetto di “famiglia” in una col restringimento dell'area del giuridicamente insensibile e la creazione di altre due specie di famiglie “di diritto”, oltre a quella fondata sul matrimonio». L'osservazione, al netto della troppo drastica affermazione di un'area riservata al mero fatto e dunque giuridicamente insensibile, coglie nel segno.

In effetti, al di là dei nominalismi, l'interrogativo più di fondo suscitato dalle convivenze di fatto è se queste costituiscono un negozio familiare opzionale rispetto al matrimonio (una sorta di matrimonio ad effetti variamente e comunque notevolmente attenuati¹⁸) oppure un fatto disciplinato dal legislatore al fine di assicurare ad alcuni interessi dei partner opportuna tutela in ragione del solo fatto della convivenza e dunque prescindendo dalla loro volontà di vedersi imputati tali effetti¹⁹.

Non che i conviventi possano essere tali senza volerlo (sia nel caso più generale delle convivenze di coppia, sia in quelle più specificamente rientranti nello schema legale di cui ai commi 36 e 37 della legge Cirinnà). Ma a rilevare non è qui una volontà negoziale bensì la volontà, esattamente opposta, di escludere la celebrazione di un negozio familiare²⁰; volontà negativa, dunque, destinata a essere revocata nel solo caso, del tutto facoltativo ed eventuale, della successiva stipula del contratto di convivenza, la cui disciplina è stata accostata in dottrina al negozio matrimoniale più che al contratto di diritto comune²¹. Il che secondo alcuni potrebbe giustificare l'approccio minimo del legislatore riguardo alle convivenze registrate ma non «contrattualizzate», in ossequio al principio costituzionale di libertà declinato in materia dalla Consulta²².

Un punto di vista questo non condiviso da chi nutra un'aspettativa di segno opposto, andata decisamente delusa per non avere il legislatore in alcun modo curato i due profili decisivi dei diritti successori e delle provvidenze di sicurezza sociale, dai quali infatti i conviventi, ancorché registrati ed eventualmente contrattualizzati, rimangono a tutt'oggi esclusi²³.

18. È questa una prospettiva ormai tradizionale per gli studiosi (su cui cfr. M.R. Marella e G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, Laterza, 2014, p. 18 ss.) di cui la legge Cirinnà è persa ad alcuni come una conferma, sia pure maldestra. In tal senso cfr. M. Gorgoni, *Le convivenze "di fatto" meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, in M. Gorgoni, *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, spec. p. 188 ss.

19. In tal senso cfr. S. Patti, *Le convivenze "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in Fondazione Italiana del Notariato, *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, 2017, p. 36; ID, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina della convivenza*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2020, p. 206; M. Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1312 suggerisce di ascrivere la convivenza di fatto nella categoria del «fatto giuridico». Il suggerimento non va forse riferito al fatto giuridico in senso stretto quanto piuttosto all'attività umana giuridicamente rilevante e consistente in un comportamento.

20. Rimane dunque esatta l'osservazione svolta in anni ormai risalenti dalla dottrina, secondo cui la coppia di fatto decide semplicemente di non sposarsi, esprimendo una mera volontà negativa, mentre altre coppie (omosessuali) hanno invece atteso a lungo la possibilità di esprimere una volontà matrimoniale o unionale positiva. Così M. Gattuso, *La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali*, in *il Mulino*, 2007, 3, p. 452 ss.

21. Cfr., al riguardo, tra gli altri, R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in *Jus civile*, www.juscivile.it, 2016, n. 6, p. 212; F. Greco, *Il contratto di convivenza*, in M. Gorgoni, *Unioni civili*, cit. p. 271; G. Di Rosa, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 708 ss. A. Spatafora, *Contratto amoroso e contratto di diritto privato: verso un nuovo "ordine pubblico familiare"?*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 1, p. 258 ss.

22. Il riferimento è a Corte cost., 13.5.1998, n. 166, opportunamente richiamata da E. Quadri, *Matrimonio, unione civile, convivenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 143.

23. Dà voce a una notevole disillusione, tra gli altri, M. Gorgoni, *op. cit.*, p. 167 ss.

A mio parere nel decidere quale delle due ricostruzioni (fatto – o meglio atto – o negozio familiare) corrisponda alla figura in sé della convivenza di fatto di cui ai commi 36 e 37 della legge Cirinnà l'interprete deve altresì ritornare consapevole della disciplina e soprattutto della funzione riguardante l'anagrafe della popolazione residente, oggi ampiamente smarrita a causa di un diffuso disallineamento tra detta disciplina e l'opposta sua diffusa percezione. Un disallineamento per effetto del quale l'iscrizione all'anagrafe viene sempre più ingiustificatamente vista come l'esito di una domanda del cittadino (che dunque potrebbe anche astenersene) anziché, come invece è, una dichiarazione doverosa riguardante la sua effettiva dimora.

È chiaro al riguardo che se la dichiarazione di convivenza con persona legata da vincoli affettivi non fosse un atto dovuto, per il solo fatto in sé di corrispondere al vero, ma fosse invece una sorta di atto negoziale (costitutivo della convivenza, oppure di accertamento, ma pur sempre libero) allora nessun dubbio potrebbe porsi dal punto di vista procedurale riguardo al formarsi di un atto negoziale, una sorta appunto di «matrimonio ad effetti attenuati» o più genericamente di un regime opzionale rispetto al matrimonio o all'unione civile.

Non è però questa la prospettiva del diritto positivo ed in specie di quello anagrafico, né potrebbe esserlo dato la sua primaria funzione demografica di mera ricognizione della distribuzione della popolazione (e dunque delle famiglie) sul territorio e la sua estraneità alla formazione degli atti di stato civile, spettante invece all'ufficiale dello stato civile.

Ed infatti, come già abbiamo visto, nel modulo ministeriale che il cittadino compila nel formulare la propria dichiarazione anagrafica è presente il quesito a risposta obbligata sulla sussistenza o meno di vincoli familiari (o affettivi) tra i residenti al medesimo indirizzo.

Sembra dunque maggiormente condivisibile l'affermazione secondo cui la convivenza di fatto non costituirebbe un regime opzionale risultando invece, sia essa registrata all'anagrafe oppure no, un mero dato di realtà che però, assumendo tra l'altro la consistenza di una formazione sociale nella quale si svolge la personalità dell'individuo, merita comunque una disciplina di tutela in forza dell'art. 2 della Costituzione, anche a prescindere dalla volontà di tali effetti da parte dei dichiaranti.

Dunque la convivenza smetterebbe di essere un fatto per divenire un regime opzionale rispetto all'istituto matrimoniale o di unione civile solo nel caso in cui i conviventi, una volta registratisi come tali all'anagrafe, stipulino un contratto di convivenza ai sensi e nei modi indicati dalla legge n. 76 del 2016, determinando tra l'altro il regime patrimoniale del loro rapporto di coppia²⁴.

24. Così S. Patti, in *Fondazione Italiana del Notariato*, cit., p. 37 ss.

Accolta così l'ipotesi ricostruttiva che mantiene alla convivenza di fatto una qualche coerenza con il nome attribuitole dal legislatore, l'interprete dovrebbe però prendere ugualmente atto della differenziazione disciplinare creata dalla legge Cirinnà tra la convivenza di fatto registrata ai sensi di tale normativa e le altre convivenze o coppie di fatto pur legittimamente esistenti nel nostro ordinamento giuridico, alle quali pure l'ordinamento nei suoi diversi formanti connette effetti giuridici di vario ordine e spessore, sebbene non in forza della legge Cirinnà ma sulla base di un lungo itinerario sia normativo che giurisprudenziale che la legge n. 76 del 2016 non ha cancellato, limitandosi questa a regolare gli effetti derivanti dalla registrazione anagrafica della convivenza e dalla eventuale stipula del contratto di convivenza conforme ai requisiti indicati.

Tali effetti, per così dire, differenziali rispetto alle convivenze di fatto non sussumibili nella figura di cui alla legge Cirinnà sono nel loro minimo (ove cioè non si dia luogo al contratto di convivenza ivi previsto come facoltativo) essenzialmente due: la previsione dell'obbligo alimentare commisurato alla durata della convivenza²⁵ e il riconoscimento legale del diritto del convivente, in caso di morte del partner proprietario della casa, di un diritto di abitazione da un minimo di due a un massimo di cinque anni²⁶.

Due novità attraverso le quali per un verso, come è stato osservato, viene introdotta un'assunzione di responsabilità in precedenza estranea al fenomeno delle convivenze²⁷; e per altro verso viene fatto un primo, sia pur timido, passo riguardo alla rilevanza della convivenza sull'assetto patrimoniale successorio dei conviventi.

Gli elementi qualificanti di questa particolare fattispecie denominata equivocamente dalla legge «convivenza di fatto» sono costituiti dalla necessaria maggiore età dei suoi due membri; dalla sussistenza di un legame stabile affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale; dall'assenza di rapporti di parentela, affinità o adozione (da intendersi a mio parere nei medesimi limiti nei quali tali rapporti impedirebbero la celebrazione di un matrimonio o di un'unione civile ai sensi dell'art. 87 cod. civ.²⁸); nonché dalla libertà di

25. Su cui si rinvia a F.M. Mattucci, *Gli alimenti in favore del convivente di fatto*, in *Tratt. Dir. fam.* diretto da Bonilini, vol. V, *Unioni civili e convivenza di fatto*, Torino, Utet, 2017, p. 866.

26. Sulla cui disciplina e controversa qualificazione, cfr. F. Dell'Anna Misurale, *La casa nelle vicende familiari. Adeguatezza, proporzionalità ed effettività delle tutele*, Napoli, ESI, 2018, p. 161 ss.

27. Come rileva S. Polidori, *Le convivenze di fatto e i loro presupposti di rilevanza*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2018, p. 130.

28. Nello stesso senso, tra gli altri, M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 865; G. Villa, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1319. Al riguardo la disattenta penna del legislatore è stata subito stigmatizzata dagli interpreti. Cfr., ad esempio F. Romeo e M.C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, n. 5, p. 997. Peraltro, pur nell'unanimità delle critiche, alcuni interpreti propongono una interpretazione letterale del comma 36. In tal senso, tra gli altri, M. Porcelli, *Unioni civili e contratto di convivenza: luci ed ombre della Legge Cirinnà*, in G. Recinto, *"Processo" alla famiglia*, Napoli, ESI, 2018, p. 176.

stato²⁹, cioè l'assenza di un rapporto matrimoniale o di unione civile in essere con terze persone o con lo stesso partner³⁰.

Tralascio qui una più approfondita analisi di questi requisiti, osservando però che la loro enucleazione richiama l'art. 143 cod. civ. Secondo alcuni la differenza rispetto alla coppia matrimoniale è che, mentre in essa le prestazioni di reciproca assistenza si configurano come doveri, nella convivenza di fatto altro non sarebbero se non elementi di riconoscibilità della fattispecie³¹. Tuttavia più cogliente pare essere l'opinione secondo la quale la reciprocità di assistenza morale e materiale andrebbe piuttosto «inquadrate come effetto e non come presupposto della convivenza»³², derivandone anche a mio parere un profilo di doverosità che trova tra l'altro riconoscimento nella possibilità per il giudice di imporre l'obbligazione di prestare gli alimenti qualora l'ex convivente versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento³³.

Il confronto con i doveri matrimoniali è però qui mutilato di due importanti elementi: la fedeltà (esclusa anche dalla disciplina formale del rapporto di unione civile) e la coabitazione. Quest'ultima assenza, più della prima³⁴, ha suscitato interrogativi tra gli interpreti che talvolta vi hanno trovato argomento per affermare che l'ambito di applicazione della

29. Il requisito della libertà di stato è confermato dalla giurisprudenza. Al riguardo, cfr. Trib. Palermo, 14.4.2020, n.1271, in *Dir. Succ. Fam.*, 2021, p. 1089 ss. con l'approfondito commento critico di L. Bardaro, *I conviventi di fatto devono essere necessariamente celibi o nubili?* Diverso è però l'avviso di alcuni commentatori secondo i quali sarebbe solo richiesto che i conviventi non siano coniugati o uniti tra loro. La ragione di questa opinione sta nel fatto che il coniuge separato o divorziato che convive con un partner vede pregiudicato il diritto al mantenimento o all'assegno divorzile e sarebbe dunque opportuno che potesse almeno usufruire del diritto agli alimenti successivamente alla rottura della convivenza nonché degli altri effetti patrimoniali a lui favorevoli ai sensi della legge n. 76 del 2016. In tal senso L. Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 924 ss., S. Polidori, *op. cit.*, p. 133 ss., nonché il già citato Bardaro, che ritiene possibile anche senza la libertà di stato stipulare il contratto di convivenza.

30. È stata rilevata la curiosa assenza dell'impedimento costituito dallo stato di interdizione del partner (cfr., ad esempio, M. Blasi, *op. cit.*, p. 192). Al riguardo va osservato che l'interdetto non è legittimato a rendere la dichiarazione anagrafica; e che la convivenza con un soggetto interdetto, ove l'interdizione sia precedente alla convivenza stessa, non consente, se non approvata dal rappresentante legale, il rilascio del permesso di soggiorno *ex art. 19*, comma 2 TUI al familiare entro il secondo grado del cittadino italiano (Cass., 23.9.2011, n. 19464; Cass. 3.5.2012, n. 6694). Orientamento interpretativo questo che a maggior ragione potrebbe valere per il convivente nell'ambito dell'art. 10, d.lgs. 30/2007.

31. Così, tra gli altri, A. Torroni, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza: disciplina legislativa e ricorso all'autonomia privata*, in *Riv. not.*, 2020, *op. cit.*, p. 653.

32. Così M.C. Venuti, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Pol. dir.*, 2016, 1, p. 115.

33. In tal senso, ancora, M.C. Venuti, *op. cit.*, p. 117.

34. Secondo alcuni, tra cui M. Blasi, *op. cit.*, p. 188, si sarebbe trattato nel caso della fedeltà di una mera rappresentazione tipologica e non dell'imposizione di un dovere, essendo l'idea stessa della doverosità in contraddizione con la figura di una famiglia solo di fatto. Il tema del confine tra libertà e vincolatività è però più articolato nel ragionamento svolto da L. Olivero, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1, p. 212 ss., nonché da C. Cicero, *Non amor sed consensus matrimonium facit? Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 4, p. 1095 ss.

disciplina delle convivenze di fatto di cui alla legge n. 76 del 2016 comprende anche le convivenze non caratterizzate da coabitazione, nonché quelle nelle quali manca la registrazione anagrafica, la quale sarebbe solo un elemento privilegiato ma non preclusivo di prova della sussistenza della convivenza di fatto, a tutto vantaggio di chi voglia ugualmente valersi degli effetti giuridici da essa derivanti³⁵.

Entrambe le affermazioni, non sempre congiuntamente difese dai rispettivi sostenitori, devono a mio parere essere respinte per le ragioni che mi accingo a illustrare, per quanto soprattutto la seconda sembri attualmente prevalere sia nella giurisprudenza che in dottrina³⁶.

3. Sulla rilevanza giuridica assegnata dal legislatore all'iscrizione anagrafica

Ai sensi del comma 37, già in precedenza richiamato, «per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'art. 13» del regolamento anagrafico.

Qui il legislatore conferma l'idea (già espressa sin dal nome attribuito alla fattispecie regolata) secondo cui la convivenza consiste nella condivisione di una casa di comune e stabile dimora tra i conviventi entrambi dotati dei requisiti soggettivi previsti dalla legge. Detta abitazione è dunque il luogo della convivenza presso il quale l'iscrizione anagrafica rappresenta l'atto giuridicamente necessario per il suo accertamento, qui da intendere ai fini dell'attribuzione degli effetti derivanti dalla legge n. 76 del 2016.

È questo un passaggio forse ambiguo nella legge Cirinnà che ha suscitato in dottrina un ampio ventaglio di ipotesi, dalla tesi per cui l'iscrizione anagrafica sarebbe l'atto costitutivo della convivenza (tesi largamente minoritaria in dottrina e nella giurisprudenza³⁷, ma a tutt'oggi sostenuta dall'Amministrazione e di conserva dall'Avvocatura dello Stato³⁸) a

35. Tra molti S. Patti, in *Fondazione Italiana del Notariato*, cit., p. 36; L. Lenti, *Il diritto della famiglia*, cit., p. 520; E. Quadri, *op. cit.*, p. 144; L. Guaglione, *La nuova legge sulle unioni civili e convivenze*, Molfetta, ed. Nel Diritto, 2016, p. 108; A. Torroni, *op. cit.*, p. 651 ss.; G. Rizzi, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, p. 11.

36. In tal senso, tra gli autori citati alla nota precedente, S. Patti, in *Fondazione*, cit., p. 36; L. Lenti, *Il diritto della famiglia*, cit., p. 520; E. Quadri, *op. cit.*, p. 144.

37. In tal senso tuttavia cfr. D. Berloco, *La disciplina della convivenza*, cit., p. 241 ss.; N. Corvino, *La convivenza di fatto tra cittadino italiano residente e straniera non iscritta in anagrafe e priva di titolo di soggiorno*, in *Lo stato civile italiano*, 2022, 2, p. 45 ss. e 3, p. 50 ss.; F.P. Luiso, *La convivenza di fatto dopo la L. 76/2016*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 1083 ss.; G. Buffone, *L'elemento costitutivo passa per l'iscrizione agli uffici anagrafici*, in *Guida dir.*, 2016, 26, p. 22 ss.

38. Cfr. Circolare del Ministero dell'interno, DAIT, 21.9.2021, n. 78.

quella, opposta, della sua irrilevanza sul piano sostanziale e della sua non preclusività sul piano stesso della prova³⁹.

A quest'ultimo riguardo, in particolare, dottrina e giurisprudenza sembrano avere introiettato la percezione dell'adempimento della dichiarazione anagrafica da parte dei conviventi come di una formalità scarsamente significativa e sostanzialmente opzionale; sproporzionata dunque all'effetto di escludere la fattispecie già completa dei requisiti richiesti dalla legge dal suo ambito di applicazione⁴⁰.

L'argomento principale presentato per giustificare questa interpretazione è dato dal valore di semplice presunzione attribuito in generale alle dichiarazioni anagrafiche, che consente dunque all'interessato di fornire la prova contraria, inclusa la prova che il terzo conoscesse l'effettiva residenza qualora diversa da quella risultante in anagrafe.

Personalmente ritengo tuttavia che l'opzione del legislatore nel redigere il comma 37 fosse proprio quella di costringere entro una forma di registrazione (già peraltro in precedenza doverosa benché ai soli fini demografici) la convivenza di fatto eventualmente già sussistente ma mai registratasi. In tal modo collegando all'avvenuta registrazione la differenziazione disciplinare con le convivenze non registrate, siano queste ultime identiche in fatto o invece per qualche tratto diverse da quelle qualificate al comma 36.

Ciò vale peraltro anche per le convivenze che al momento della loro registrazione possiedono i requisiti di cui al comma 36 senza tuttavia avere avuto una pregressa consuetudine di vita in comune, la quale viene dunque avviata pure sul piano meramente fattuale quale «stabile convivenza nella comune dimora» in precisa concomitanza con la dichiarazione anagrafica della convivenza stessa.

Quest'ultima affermazione esige un chiarimento riguardo alla nozione di stabilità del legame affettivo e di stabile convivenza, richiesti rispettivamente ai commi 36 e 37 della legge Cirinnà⁴¹. Infatti, come è stato esattamente osservato, i commi 36 e 37 non chiedono

39. Oltre agli autori di cui alle note 35 e 36, cfr. nel medesimo senso, tra gli altri, M. Sesta, *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, Giuffrè, 2017, p.184; F. Azzarri, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)* in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1002; M. Bona, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2095 ss.; L. Bardaro, *op. cit.*, p. 1098.

40. Al riguardo cfr., in particolare, Trib. Milano, 31.5.2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1473, su cui adesivamente la dottrina civilistica maggioritaria. Ma in senso contrario Trib. Verona, 2.12.2016, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2883 che pare invece esprimere un orientamento condiviso dall'amministrazione dell'interno e fatto valere a tutt'oggi dagli ufficiali di anagrafe con il rifiuto di ricevere il contratto di convivenza quando i due contraenti non siano entrambi già registrati all'anagrafe.

41. Afferma G. Alpa, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 2, p. 415 ss., che nella lacunosa definizione delle convivenze nella legge Cirinnà «la stabilità riguarda i rapporti affettivi di coppia e la reciproca assistenza morale e materiale, ma non la convivenza». Presupposto di tale affermazione è l'estraneazione del comma 37 dal perimetro definitorio, confinato al solo comma 36, sicché la stabile convivenza parrebbe essere un requisito in più di cui «non si comprende se sia legittimante l'esercizio dei diritti e corrispondentemente l'adempimento degli obblighi previsti, oppure se sia la conseguenza della stabilità del rapporto affettivo».

che la convivenza sia già durata da un certo tempo ma piuttosto che sia durevole (nel senso di potenzialmente duratura)⁴²; dunque non necessariamente già stabilizzatasi nel tempo, ma vocata a detta stabilità anche sulla base di un progetto di residenzialità in comune, che è poi il significato stesso oggettivamente espresso dalla dichiarazione anagrafica⁴³

Costituisce dunque una «stabile convivenza» tra persone «unite stabilmente da legami affettivi» anche quella avviata con la coabitazione il giorno prima della dichiarazione anagrafica da parte dei conviventi che con zelo abbiano osservato l'art. 13 del d.p.r. 223 del 1989 (obbligo della dichiarazione anagrafica nei primi 20 giorni dall'avvio della stabile dimora all'indirizzo)⁴⁴. A rendere stabile detta convivenza non è infatti la pregressa durata della loro relazione ma la decisione di mettere in comune la dimora abituale.

Diversamente opinando sarebbe ben difficile stabilire l'inizio della convivenza (e delle connesse pretese patrimoniali da parte dell'ormai ex convivente)⁴⁵. Parrebbe inoltre poco coerente con la logica di sistema che solo una convivenza avviata tempo addietro la sua iscrizione all'anagrafe (e dunque illegittimamente non dichiarata sino ad allora) possa essere considerata stabile e dunque sussumibile nella fattispecie regolata dalla legge n. 76 del 2016 al momento della dichiarazione anagrafica. Se dunque il legislatore avesse voluto temperare l'esigenza di dare pubblicità legale al rapporto con quella di riconoscere rilievo solo alle convivenze già rivelatesi stabili avrebbe dovuto prevedere una soglia temporale di coabitazione, probabilmente stabilendo come termine iniziale la data dell'iscrizione anagrafica all'indirizzo di comune residenza oppure, riconoscendo efficacia al dato di realtà dell'avvio di fatto della coabitazione amorosa, dando così luogo a un ben maggiore contenzioso riguardo al suo accertamento.

Va dunque mantenuto distinto il piano dell'esistenza di mero fatto della convivenza da quello della sua idoneità a svolgere quegli specifici effetti che le sono attribuiti dalla legge Cirinnà.

42. Negli anni precedenti alla legificazione della convivenza di fatto era abbastanza diffusa l'idea che la convivenza stessa potesse trovare un riconoscimento di effetti solo dopo due o tre anni almeno di coabitazione. In tal senso ad esempio M. Cocuccio, *Convivenza e famiglia di fatto: problematiche e prospettive*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 915 ss.

43. Ineccepibili in tal senso le considerazioni di M. Gorgoni, *op. cit.*, p. 191.

44. In senso diverso però L. Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 927, secondo cui tale interpretazione sarebbe eccessivamente sbilanciata a favore di un principio di libertà invece di sostenere un più opportuno principio di responsabilità, con l'effetto di consentire la registrazione di convivenze di fatto anche se costituite nella realtà da appena un giorno. Simile anche la posizione espressa da R. Mazzariol, *Convivenza di fatto, coabitazione e registrazione anagrafica: due requisiti non essenziali per la configurabilità di una convivenza di fatto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1242.

45. E infatti alcuni autori, pur affermando l'applicabilità della legge Cirinnà anche alle convivenze prive di iscrizione anagrafica ritengono che la data di iscrizione costituisca almeno presunzione legale semplice del *dies a quo* della convivenza stessa. Al riguardo, M. Blasi, *op. cit.*, p. 189; nonché A. Torroni, *op. cit.*, il quale parrebbe configurare una presunzione legale assoluta riguardo agli effetti di cui ai commi 42 e 65 della legge Cirinnà.

A questo riguardo non sembra potere rimanere priva di implicazioni ricostruttive la scelta del legislatore di richiedere l'iscrizione delle convivenze all'anagrafe (anziché, come molti si aspettavano, in un registro delle convivenze appositamente istituito) cioè in un registro riguardante fatti necessariamente ma anche immediatamente preesistenti all'iscrizione stessa (la residenza abituale delle famiglie sul territorio comunale)⁴⁶. E difatti, come è stato poc'anzi ricordato, l'eventuale omissione della dichiarazione anagrafica a più di venti giorni dall'avvio della residenza con il convivente configura un illecito amministrativo sanzionato con una pur modesta sanzione pecuniaria.

Non si può comunque ignorare l'affermazione di cui al comma 37 che pretende l'iscrizione anagrafica quale unico mezzo di accertamento della convivenza (presupponendo però la sua verace corrispondenza al fatto) senza la quale non è data alla fattispecie l'effettività giuridica disposta dalla legge Cirinnà⁴⁷, identificando così detto accertamento nell'adempimento di un obbligo successivo alla convivenza stessa e di per sé gravante individualmente su tutti i residenti maggiorenni, tenuti a dichiarare entro venti giorni dal loro inizio all'ufficiale di anagrafe la propria residenza (solitaria o in comune con altri)⁴⁸.

Vero è che l'aver definito la dichiarazione anagrafica dei conviventi come atto necessario di accertamento non è stata una decisione del tutto felice da parte del legislatore, la quale però resta, ciò malgrado, abbastanza chiara nel suo intento. Al riguardo non può che osservarsi, come da altri rilevato, che l'iscrizione anagrafica in sé non vale ad accertare una convivenza di fatto ove essa in realtà non sussista e ove, quindi, manchino gli elementi necessari alla sua qualificazione ai sensi del comma 36 della legge⁴⁹. L'iscrizione anagrafica è quindi un elemento di ulteriore qualificazione della fattispecie, restando però sul piano probatorio la possibilità di dimostrare che la fattispecie stessa non sussisteva, non avendo

46. È stato infatti osservato che per aversi una situazione di residenza dovrà darsi un comportamento già esternatosi in concreto abitando un luogo, ma che allo stesso tempo indichi un'intenzione volta al futuro: e cioè che «la persona si sia fermata in un luogo per restarvi abitualmente», benché tale abitudine sia ancora, dal punto di vista storico, solo una prospettiva futura. Così G. Mirabelli, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1955, con ristampa anastatica in Milano, Kluwer-Ipsa, 1998, p. 174 ss.

47. Recita il comma 37: «per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica» e non già «può farsi riferimento alla». Il tono asseverativo della norma è evidente.

48. Opinione questa condivisa con diverse sfumature da U. Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1746; F. Tassinari, *Il contratto di convivenza nella l. 20.05.2016 n. 76*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1738. Altri giunge a conclusioni di effetto pratico equivalente configurando l'iscrizione anagrafica come mezzo esclusivo di prova. Così S. Pellegatta, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 894.

49. Sotto questo profilo sono dunque condivisibili le osservazioni svolte da G. Amadio, *La crisi della convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1769, ove si sottolinea tra l'altro che la nozione di accertamento mal si confà a un elemento costitutivo della fattispecie.

in realtà avuto luogo l'effettiva convivenza o non avendo questa posseduto i caratteri previsti dalla legge⁵⁰.

Taluni al riguardo hanno ricondotto l'onere (tale ai fini della qualificazione del rapporto di coppia, ma costituente in realtà un obbligo sotto il profilo anagrafico) dell'iscrizione anagrafica della convivenza alla figura della condizione legale di efficacia⁵¹, figura come è noto ambigua e polisensa nella teoria generale del diritto e forse accettabile in questo particolare contesto solo se intesa come presupposto necessario esclusivamente ai fini dell'efficacia, o almeno di determinati effetti (in questo caso quelli previsti dalla legge Cirinnà) riferibile a una fattispecie già completa e in sé già costituitasi come fatto (*rectius*: atto) giuridico genericamente rilevante.

Esito delle considerazioni sin qui svolte è che in mancanza dell'iscrizione anagrafica – forse non a torto definita in questo ambito come una sorta di “rito di passaggio”⁵² – la convivenza di fatto costituisce comunque una realtà giuridicamente rilevante e anche, sul piano probatorio, accertabile, alla quale rimangono riferibili tutti gli effetti che le sono o le saranno riconosciuti da altre leggi e dal diritto vivente, con preclusione però dell'applicazione diretta (salva invece l'eventuale analogia *legis*) della legge Cirinnà la quale, nell'applicarsi alle convivenze anagraficamente registrate, non interviene sfavorevolmente nei riguardi di quelle non registrate.

L'iscrizione anagrafica non dà dunque vita alla convivenza di fatto – come accade invece al matrimonio con la sua celebrazione davanti al Sindaco – né d'altra parte l'essere stata registrata consente alla convivenza di sopravvivere all'interruzione sia pure non dichiarata della convivenza, non potendosi ammettere una «separazione solo di fatto» della convivenza di fatto⁵³.

50. Pone in questi giusti termini la questione, nel ricostruire le diverse posizioni della dottrina, S. Polidori, *op. cit.*, p. 1098 ss.

51. Come è noto, l'espressione «condizione legale di efficacia» non ha una fisionomia univoca. Spesso tuttavia essa viene utilizzata per indicare un fatto esterno alla fattispecie condizionata che influisce solo sugli effetti o, piuttosto, su alcuni effetti di essa. Al riguardo cfr., per tutti, P. Rescigno, *Condizione nel negozio giuridico (diritto vivente)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 762.

52. Così M. Gorgoni, *Le convivenze di fatto*, cit., p. 195: «il legislatore non ha dato alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 del regolamento il valore di prova dell'inizio della convivenza al fine di misurarne la successiva stabilità, ma l'ha utilizzata come rito di passaggio dal fatto della convivenza alla sua giuridificazione agli effetti della legge n. 76». P. Femia, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, in A. Busacca, *La famiglia all'imperfetto?*, ESI, Napoli, 2016, p. 269 ss., ritiene esile ma pur sussistente il rituale che caratterizza la fattispecie della convivenza dichiarata rispetto alla coppia di fatto che rimanga al riguardo del tutto silente.

53. In molti si sono soffermati sugli inconvenienti dell'omessa dichiarazione anagrafica di rottura della convivenza, specie in presenza di un contratto di convivenza registrato. Tra questi M. Leo, *Forma e pubblicità dei contratti di convivenza*, in Fondazione Italiana del Notariato, cit., p. 69 ss.; G. Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in Fondazione, cit., p. 71 ss. La diversa opinione (per la quale cfr. F. Mecenate, *Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*, in Aa. Vv., *La nuova regolamentazione*, cit., p. 151 ss.) cui inizialmente avevo io stesso aderito, pare sopravvalutare in senso costitutivo e dunque simmetricamente estintivo la funzione dell'iscrizione anagrafica rispetto al fatto in essa registrato, obliterando la rilevanza del fatto in sé della convivenza (e del suo venire meno).

L'obbligo di dichiarare l'interruzione della convivenza quando questa si verifichi, sebbene non espressamente previsto dalla legge n. 76 (assai più concentrata, non a caso, sulla risoluzione del contratto di convivenza che non sulla fine in sé della convivenza stessa) è però esso pure sancito dall'art. 13 del regolamento anagrafico; ma qualora non sia stato adempiuto dall'ex partner, né segnalato dall'ex compagno, l'abbandono della convivenza potrà comunque essere dimostrato fornendo la prova contraria alle risultanze anagrafiche (sia pure con salvezza, almeno sul piano delle regole di responsabilità, dei diritti dei terzi di buona fede).

4. Sul requisito della effettiva residenza nella casa familiare. Convivenza vs coabitazione?

Sia consentito l'uso del termine di casa familiare, pur avendo il legislatore evitato, forse per motivi ideologici, sia di utilizzare il sostantivo «famiglia» sia l'aggettivo «familiare» riguardo alla fattispecie in esame, che pure segna oggettivamente un primo accoglimento nella legislazione stessa, dopo lunga resistenza, di un processo di «istituzionalizzazione del pluralismo dei modelli familiari»⁵⁴.

Pare logico in effetti che il lemma «convivenza di fatto» richieda l'esistenza di una casa familiare. Conclusione questa a cui si può sfuggire solo nel caso, possibile ma molto particolare, della coppia di fatto composta da persone entrambe senza fissa dimora o senza tetto⁵⁵.

Tuttavia una parte degli interpreti sostiene la diversa opinione secondo cui la legge n. 76 del 2016 si applicherebbe anche a coppie di fatto «non coabitanti», bastando a tal fine la connotazione affettivo-sessuale di una relazione duratura nel tempo⁵⁶.

L'impressione è che a monte di questo orientamento interpretativo vi siano istanze culturali che precedono il dato normativo⁵⁷; e che anzi si rapportano ad esso con un approccio ortopedico-correttivo, tale da ricondurre forzatamente il legislatore ad una postura più corretta di quella erroneamente assunta nonostante gli auspici della dottrina stessa⁵⁸.

54. Il virgolettato è tratto da E. Quadri, *Matrimonio*, cit., p. 139.

55. In tali casi il fatto della convivenza insisterà sui medesimi, molteplici e precari alloggi, oltre che sulla comunanza del domicilio territoriale di cui all'art. 2 della legge anagrafica. Per quanto la lettera della legge Cirinnà vada presa con cautela, il comma 52 nel richiamare l'art. 7 del regolamento anagrafico parrebbe avallare l'ipotesi di convivenze senza fissa dimora. Il riferimento a tale norma probabilmente è però frutto di un mero *lapsus calami* del legislatore, come suppone, tra gli altri, A. Zaccaria, *L'opponibilità del contratto di convivenza*, in *Studium Iuris*, 2019, p. 713. Pare invece difficile comprendere perché, secondo il Ministero dell'interno (DAIT, nota del 6 febbraio 2017) non possano darsi coppie di fatto italiane residenti all'estero con iscrizione all'A.I.R.E.

56. Tra questi L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., p. 520 ss.; F. Parente, *op. cit.*, p. 802; A. Torroni, *op. cit.*, p. 657.

57. Istanze ben rappresentate da S. Navas Navarro, *Les couples non-cohabitants (living apart together) en Europe*, in *Rev. int. dr. comparé*, 2016, p. 425 ss.

58. Se ne avvede T. Auletta, *Diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 17, osservando come detto orientamento risulti incoerente con l'istituto così come in concreto normato dal legislatore.

È stato sostenuto al riguardo che la reciproca assistenza, l'affetto e la comunanza di vita non richiederebbero la coabitazione, la quale talvolta costringerebbe uno o entrambi i soggetti ad abbandonare inopportuno la casa familiare (intesa come la casa dei figli e dei nipoti, o semplicemente il proprio domicilio personale) cui si è legati per intraprendere altrove una coabitazione inessenziale per la realizzazione di un progetto di vita in comune.

È questa una prospettiva che valorizza l'autonomia della persona nei riguardi del partner, attenuando lo spessore quotidiano della relazione, la quale spesso si costituisce a seguito di precedenti e più assorbenti vissuti familiari ormai conclusi.

Costituisce indubbiamente una questione di sensibilità culturale ritenere soddisfacente o meno il grado di recepimento legislativo di tali istanze, a fronte anche di opzioni diverse in altri Paesi a noi vicini. Al riguardo infatti altra parte della dottrina esprime posizioni del tutto adesive alla scelta del nostro legislatore, ricordando come, a fronte di un riconoscimento legale di diritti che implicano simmetricamente corrispondenti doveri, si sia opportunamente evitato di giuridificare, cioè di sottoporre a vincoli ed obblighi, «ogni relazione affettiva, lasciando invece tutta la fascia dei rapporti che non raggiungano un certo grado di intensità, denotato dalla stabile coabitazione risultante in sede anagrafica, nell'ambito della mera libertà, senza diritti e senza doveri»⁵⁹. Affermazione quest'ultima in buona sostanza condivisibile, benché da relativizzare alla luce del diritto vivente sviluppatosi negli ultimi decenni riguardo alla effettività giuridica delle relazioni affettive, con o senza convivenza, le quali possiedono dunque un loro registro di rilevanza, sia pure esterno alla legge Cirinnà⁶⁰.

Qualunque sia il grado di apprezzamento della legge Cirinnà resta tuttavia difficile ipotizzare che questa possa trovare applicazione alle coppie strutturate senza coabitazione. Ostano infatti a tale esito la chiara volontà legislativa (almeno su tale punto), l'utilizzo stesso dell'espressione «convivenza di fatto» e la pur ambigua clausola relativa all'iscrizione anagrafica ad un indirizzo di comune abitazione.

È stata già richiamata la disciplina anagrafica, ricordando come le dichiarazioni in essa previste non siano atti di mera volontà ma dichiarazioni di scienza attraverso le quali il dichiarante per un verso partecipa all'Amministrazione un suo progetto di residenzialità ma per altro verso comunica un dato oggettivo (quello dell'effettiva dimora necessariamente già in essere) sottoposto alle verifiche dell'ufficio e sanzionabile in caso di falsità (falso che sarà accertabile, presumibilmente, solo riguardo al fatto della stabile dimora e non certo riguardo alla natura del rapporto affettivo tra i conviventi).

59. Così M. Rizzuti, *Prospettive di una disciplina*, cit., p. 116.

60. Assistiamo in realtà al riproporsi riguardo alle convivenze della legge Cirinnà di acquisizioni dottrinarie e giurisprudenziali afferenti in realtà al più vasto arcipelago delle relazioni affettive. Ricorrente ad esempio, il richiamo decontestualizzato all'acuto ma risalente contributo di G. Ferrando, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, p. 185.

Un cenno deve ora essere rivolto alla distinzione, non sempre limpida, tra il concetto di convivenza e quello di coabitazione, posto che uno degli argomenti utilizzati per sostenere l'applicabilità diretta della legge Cirinnà alle coppie non coabitanti si serve proprio di tale distinzione per sostenere che può aversi convivenza senza coabitazione e dunque identificando la convivenza all'interno di categorie concettuali non normate e tuttavia rilevanti, come quella di comunanza di vita, di «progetto in comune», di solidarietà di coppia, ecc.

La stessa giurisprudenza del resto è più volte intervenuta affermando una nozione di convivenza composta da più elementi di relazione e di stabilità fungibili tra loro, tra i quali alla coabitazione è assegnato un ruolo centrale ma non sempre indispensabile.

Questo orientamento giurisprudenziale però si concentra soprattutto sul tema del risarcimento del danno non patrimoniale causato dall'uccisione o dal ferimento del partner non coabitante con l'attore ma a questi legato stabilmente, pertanto il registro interpretativo coinvolto non riguarda la fattispecie in sé della convivenza di fatto ai sensi della legge Cirinnà bensì la più ampia e frastagliata realtà delle relazioni di coppia. Prima e dopo la legge n. 76 del 2016, ma anche dentro e fuori di essa⁶¹.

Ebbene, non v'è dubbio che la coabitazione indichi di per sé solo il fatto di abitare sotto lo stesso tetto senza necessariamente significare un «vivere insieme» come famiglia, per darsi il quale la coabitazione è necessaria ma non basta, implicando altresì, ai sensi dell'art. 4, d.p.r. n. 223/1989, un legame interpersonale affettivo o parentale. Coabitano dunque gli studenti di uno studentato o i militari all'interno di una caserma. Convivono invece i coniugi, le parti dell'unione civile e le coppie di fatto, dando così vita a una famiglia.

Vero è che anche all'interno della vita di coppia una interruzione o sospensione della coabitazione è possibile e senz'altro ragionevole al ricorrere di particolari circostanze, senza le quali tuttavia la mancanza di coabitazione potrà di volta in volta fare emergere una situazione di inadempimento di obblighi (nel matrimonio o nell'unione civile), di possibile simulazione del rapporto, o anche di inidoneità all'imputazione di determinati effetti giuridici

61. Secondo Cass. 13.4. 2018, n. 9178, «se la coabitazione è stata finora indicata come un indice rilevante e ricorrente dell'esistenza di una famiglia di fatto, individuando l'esistenza di una casa comune all'interno della quale si svolge il programma di vita comune, non è stato peraltro ritenuto un elemento imprescindibile, la cui mancanza, di per sé, fosse determinante al fine di escludere la configurabilità della convivenza». In tal senso, in effetti, anche la giurisprudenza precedente alla legge Cirinnà e dunque non centrata sulla figura della «convivenza di fatto». Si veda in particolare Cass. 21.3.2013, n. 7128, secondo cui va riconosciuto il danno non patrimoniale «recato al rapporto di convivenza, da intendere quale stabile legame tra due persone connotato da durata e significativa comunanza di vita e di affetti, anche quando non sia contraddistinto da coabitazione».

che altrimenti ne discenderebbero, o infine di inconfigurabilità giuridica della fattispecie legale, come a mio avviso accade con le convivenze di fatto di cui alla legge Cirinnà⁶².

Vero è che la coppia, diversamente dagli studenti di un internato, non si limita a coabitare, data l'intesa affettiva la quale eleva il fatto della coabitazione trasformandolo in convivenza (per cui, di contro, i separati in casa non convivono ma caso mai coabitano).

Non smettono d'altra parte di convivere (né ciò dovrebbe portare a una scissione delle rispettive residenze, anche in senso anagrafico⁶³) quei coniugi o partner che interrompano la coabitazione per ragioni di lavoro, studio, cura, detenzione o altro motivo di necessità⁶⁴.

È questa una conclusione di rilievo specie per il caso delle convivenze di fatto di cui alla legge Cirinnà, dato che altrimenti opinando si costringerebbe il partner a dovere scegliere tra l'abbandono in senso giuridico della convivenza di fatto (per effetto del mutamento di residenza anagrafica) oppure la rinuncia alla propria libertà di circolazione, di ricerca del lavoro o di studio.

Ciò trova conferma, all'interno del codice civile, nei diversi riferimenti normativi alla nozione di «residenza familiare» (si vedano gli articoli 146, 244, 330, 333 e 540 cod. civ.), la cui particolarità rispetto alla nozione comune di residenza sta nel suo riferirsi alla comunità familiare anziché all'individuo⁶⁵. Quest'ultimo trova dunque nella residenza familiare la propria residenza personale, fungendo la prima da luogo di attrazione della seconda, anche a fronte di lunghe assenze dovute, ad esempio, a motivi di lavoro o di studio⁶⁶.

A decidere quale sia il luogo di residenza della persona non è dunque la quantità dei giorni dell'anno vissuti a un numero civico piuttosto che in un altro, ma il fatto che uno, a differenza degli altri, funge da casa familiare ed è quindi il luogo della propria intimità, per

62. Al riguardo M. Blasi, *op. cit.*, p. 190, configura la mancanza programmata e dunque voluta della coabitazione come «il vero limite all'autonomia dei conviventi, che mina i profili di rilevanza esterna della convivenza».

63. In diverso senso dal testo M.V. De Giorgi, *La casa nella geografia familiare*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 766, secondo cui «non vi è peraltro alcun obbligo espresso di fissare un'unica residenza anagrafica, anzi residenze diverse sono frequenti» tra le coppie matrimoniali.

64. Cfr., tra molte conformi, Cass. 15.2.2021, n. 3841.

65. Su punto, M. Costanza, *Domicilio, residenza e dimora - Dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, p. 1 ss.

66. In tal senso, per tutti, L. Olivero, *La separazione di fatto dei coniugi*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 144 ss. Ciò vale anche per le parti dell'unione civile le quali, ai sensi dell'art. 1, co. 12 della legge n.76 del 2016, «concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune». Non credo che la sostituzione dell'espressione «residenza familiare» con quella di «residenza comune» ponga la persona unita civilmente in una relazione con l'abitazione comune diversa da quella che il coniuge ha con la casa familiare. Con particolare riguardo all'applicazione dell'art. 146 c.c. alle unioni civili, cfr. M. Gattuso, *Altre disposizioni del codice civile*, in G. Buffone, M. Gattuso e M.M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 216 ss.

G. De Cristofaro, *Le unioni civili fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della legge 20 gennaio 2017, n.76, integrata dal D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1, p. 129 secondo il quale la legge n. 76 avrebbe obbligato inderogabilmente e immotivatamente i conviventi alla coabitazione.

usare l'espressione cara a una nota dottrina⁶⁷. Sicché non integra un indirizzo di residenza l'abitazione dove il lavoratore rimane a dormire perché gli è impossibile o troppo faticoso il pendolarismo, rientrando presso la famiglia (cioè all'indirizzo di residenza) solo nel fine settimana od anche ad intervalli più lunghi⁶⁸.

Volgendoci ad una prima conclusione, osserviamo dunque che nella figura legale della convivenza di fatto ai sensi della legge Cirinnà non è possibile sostituire idiosincraticamente la coabitazione con un diverso modo di pensarsi in comunione. La coabitazione può quindi essere interrotta, magari anche per lunghi periodi, ma solo perché questo è reso necessario da oggettive esigenze della coppia e dei suoi singoli componenti.

Potrà di conseguenza mancare (per un tempo dato, anche lungo) la coabitazione ma non la residenza in comune. In presenza di date circostanze infatti l'esistenza di due diverse dimore presso le quali si trovano ad abitare i due conviventi non è in contraddizione con il mantenimento di un'unica e comune residenza, intesa come focolare domestico individuato di comune accordo e come tale mantenuto anche nei periodi di mancata coabitazione quale luogo di riferimento più intimo ed esistenzialmente significativo della persona⁶⁹.

Delle considerazioni sin qui svolte sarà necessario avvalersi nell'esaminare la questione cui in via principale questo saggio intende rispondere: ovvero la possibilità per lo straniero residente legalmente o illegalmente in Italia di divenire partner di una convivenza di fatto regolata dalla legge Cirinnà; nonché le possibili implicazioni che questa sua condizione familiare può comportare rispetto alla sua posizione amministrativa di soggiorno.

Il tema è incastonato nella più ampia disciplina del diritto dell'immigrazione per motivi familiari, a riguardo del quale due ordini di considerazioni paiono in effetti da contemperare individuando ragionevoli punti di equilibrio nella disciplina della libertà di circolazione ed in quella dell'immigrazione.

Penso in primo luogo all'affermazione (in passato controversa ma ormai pressoché unanime in dottrina) secondo cui sarebbe costituzionalmente incompatibile una regolazione (o non regolazione) degli effetti giuridici dei vincoli familiari non matrimoniali che implicasse la loro riprovazione⁷⁰.

67. C.M. Bianca, *Diritto civile*, I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 277.

68. Così una nota decisione del Tar Piemonte, 24.8.1991, n. 320, riguardante un doganiere di servizio a Modane, ma residente con la famiglia a Bardonecchia. La decisione è opportunamente valorizzata per esemplificare la differenza tra dimora per motivi di lavoro e residenza da M. Tortora, *L'anagrafe e le leggi Bassanini*, in V. Italia, E. De Marco e P. Bilancia, *Riforme e regolamenti degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 152 ss. Particolarmente netto, al riguardo, L. Montuschi, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1970, p. 9.

69. Particolarmente netto, al riguardo, L. Montuschi, *Delle persone*, cit., p. 9.

70. Il superamento di un atteggiamento di riprovazione costituisce un passaggio proprio della letteratura degli anni '80 e '90 del secolo scorso, anche di quella non lontana da istanze cattoliche. Al riguardo, tra molti: P. Perlingieri, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 1988,

La rispondenza alla realtà di tale affermazione va ovviamente verificata nelle diverse discipline “non civilistiche” in materia di ricongiungimento e di coesione familiare, dalle quali dipende la possibilità o viceversa l’impedimento dello svolgersi della vita familiare sul territorio italiano. Se questo di certo non implica *tout court* la necessità di una disciplina paritaria tra realtà familiari così diverse come le famiglie matrimoniali e le famiglie di fatto, tuttavia richiede di non chiudere *sic et simpliciter* le porte del diritto amministrativo alla vita familiare delle coppie di fatto con elementi di internazionalità.

Occorre tuttavia evitare pure che, per il tramite di forme familiari particolarmente leggere, trovi spazio un utilizzo abusivo delle relazioni di coppia, sia creando situazioni di mera apparenza, sia riconoscendo effetti sproporzionati rispetto a rapporti dotati di non chiara consistenza.

A quest’ultimo riguardo l’elemento della coabitazione (cui si accompagna ovviamente la possibilità della sua sospensione per giustificati motivi) può, assieme ad eventuali altri, costituire uno strumento di selezione nel riconoscimento di effetti non privatistici.

5. I diritti di soggiorno del partner del cittadino europeo (o italiano) nella disciplina sulla libertà di circolazione

Il diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell’Unione poggia direttamente sull’art. 21 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE): «ogni cittadino dell’Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso». Questa è la base giuridica della legislazione europea derivata la quale nei casi dubbi deve essere interpretata nel modo più favorevole all’attuazione della libertà di circolazione, a maggiore tutela del cittadino europeo e dei suoi familiari, eventualmente cittadini di Paesi terzi.

Il diritto di libera circolazione e soggiorno trova oggi attuazione nei Paesi membri mediante il recepimento della direttiva 2004/38/CE che disciplina la condizione del cittadino dell’Unione e dei suoi familiari; recepimento che in Italia è stato realizzato con il d.lgs. n. 30 del 2007.

Si noti che l’art. 23 del d.lgs. n. 30 prevede l’applicazione delle disposizioni in esso contenute riguardo ai cittadini europei ed ai loro familiari europei o cittadini di Paesi terzi anche ai cittadini italiani e ai loro familiari stranieri «se più favorevoli»⁷¹.

p. 601 ss.; A. Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in Aa. Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, ESI, 1988, p. 51 ss.

71. Rendendo così possibile la giurisdizione della Corte di Giustizia riguardo al corretto recepimento sia della direttiva n. 2004/38/CE che della direttiva 2004/86/CE riguardo ai familiari stranieri di cittadini italiani. Al riguardo, cfr. Corte di Giustizia dell’Unione europea, 12.12.2019, C-381/18 e C-382/18.

In questo modo il nostro Paese – non perché vi fosse tenuto, ma esercitando una sua facoltà – estende l'ambito della disciplina sul diritto alla vita familiare del cittadino europeo esercitante la libertà di circolazione anche ai suoi cittadini che non abbiano esercitato la propria libertà di circolazione nello spazio europeo, i quali dunque, sebbene siano rimasti residenti all'interno dei confini nazionali, vengono così ugualmente avvantaggiati sia in ordine alla regolarizzazione dei familiari stranieri soggiornanti irregolarmente nel Paese sia in ordine all'ingresso dei familiari stranieri provenienti dall'estero.

All'art. 23 del d.lgs. n. 30 fa poi eco l'art. 28, comma 2, del Testo unico sull'immigrazione (d'ora in poi TUI) il quale dispone anch'esso che «ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1965, n. 1656 (oggi sostituito dal d.lgs. n. 30 del 2007), fatte salve quelle più favorevoli del presente Testo unico o del regolamento di attuazione»⁷².

Le due citate disposizioni consentono dunque al cittadino italiano o europeo e ai suoi familiari stranieri di utilizzare, secondo la sua migliore convenienza, i diversi strumenti di accesso al ricongiungimento familiare e di mantenimento dell'unità familiare offerti di volta in volta sia dal diritto dell'immigrazione che dalla disciplina di recepimento del diritto europeo in materia di coesione familiare.

In concreto, l'applicabilità del diritto eurounionale sulla libertà di circolazione risulta particolarmente vantaggiosa per le coppie di fatto, il cui ricongiungimento non è in alcun modo contemplato dal diritto italiano dell'immigrazione ma è invece ammesso dall'art. 3 della direttiva 2004/38/CE e di conseguenza dagli artt. 3 e 9 del d.lgs. n. 30/2007.

Va preliminarmente osservato che, ai sensi dell'art. 3, par. 2, della direttiva, il diritto di ingresso e di soggiorno spetta al «partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata».

L'espressione «debitamente attestata» è stata sottoposta dal legislatore italiano a due diverse manipolazioni di intensità decrescente. In un primo tempo, infatti (sino alla modifica introdotta con l. n. 97 del 2013) l'art. 3 del d.lgs. 30/2007 richiedeva, a giustificazione di una qualche pretesa di coesione familiare, che l'unione non coniugale fosse «attestata dallo Stato del cittadino dell'Unione» mentre oggi la norma interna prevede che sia debitamente attestata «con documentazione ufficiale».

È dunque diminuito lo iato tra il diritto derivato europeo e la norma italiana di recepimento, la quale inizialmente, pretendendo che la coppia di fatto fosse attestata

72. Il rinvio che l'art. 28 fa al d.p.r. n. 1656 del 1965 è infatti da intendersi quale rinvio al diritto comunitario sulla libertà di circolazione e non come rinvio al testo di diritto derivato in sé considerato ed in effetti non più vigente. In tal senso L. Olivetti, *Lo status dei coniugi non comunitari di cittadini italiani fra diritto al soggiorno e obbligo di convivenza*, in questa *Rivista*, n. 3.2005, p. 154 ss.

dall'autorità statale di un Paese membro, escludeva tutte le coppie «riconosciute» presso altri ordinamenti statali (come nel caso del partner di un cittadino italiano il cui *ménage* fosse sorto e attestato in Argentina o negli Stati Uniti).

Oggi – che è in effetti venuta meno questa limitazione geografica – permane però un disallineamento rispetto alla direttiva, consistente nel requisito aggiuntivo del carattere ufficiale della documentazione il quale forse, nell'intenzione del legislatore domestico, avrebbe dovuto declinare con minore vaghezza l'espressione «debitamente attestata» figurante come requisito della relazione di coppia di cui all'art. 3 della direttiva.

Anche questa seconda e minore manipolazione testuale suscita tuttavia perplessità. Infatti, come è stato sottolineato dalla Cassazione, essa contrasta con le linee interpretative fatte proprie dalla Commissione europea al punto 2.2.2.1. della Comunicazione COM 2009 (313) del 2 settembre 2009, ove è scritto che «le persone cui la direttiva riconosce diritti in quanto partner stabili possono essere tenute a presentare prove documentali che dimostrino la loro qualità di partner di cittadini UE e la stabilità della relazione. La prova può essere fornita con ogni mezzo idoneo». Da ciò il Supremo Collegio ha tratto motivo per riconoscere il diritto al rilascio della carta di soggiorno per familiare di cittadino europeo/italiano al partner straniero di una convivenza di fatto costituitasi in Italia prima della legge n. 76 del 2016⁷³.

La rilevanza operativa della discutibile variazione lessicale (e di conseguenza anche disciplinare) operata dal legislatore italiano non si verifica tanto rispetto alle coppie provenienti dall'estero, la cui debita attestazione coincide di solito (anche se non necessariamente) con l'iscrizione in un pubblico registro.

Decisivo ne è invece l'impatto sulle coppie formatesi in Italia e coinvolgenti un cittadino italiano oppure europeo e un cittadino straniero irregolarmente soggiornante. Occorre infatti rammentare che, nella sua opera di interpretazione autentica del diritto eurounionale sulla libertà di circolazione, la Corte di Giustizia ha ben chiarito che l'eventuale ingresso o soggiorno irregolari del familiare del cittadino europeo sul territorio dell'Unione non pregiudicano il diritto all'unità familiare così come sancito agli articoli 2 e 3 della direttiva n. 38 del 2004⁷⁴.

Questo *acquis* eurounionale collide però con la lettera del comma 37 della legge n. 76 del 2016 letta in combinato disposto con l'art. 6, comma 7, TUI, ove si dispone che le iscrizioni e variazioni anagrafiche possano riguardare solo gli stranieri regolarmente soggiornanti.

73. Cass. 17.2.2020, n. 3876.

74. Corte giust. Cee, 25.7.2008, C-127/08, *Baheten Metock et al.*, c. Irlanda; Corte giust. Cee, 19.12.2008, *D.S. c. Austria*.

Effetto almeno apparente di tale combinato disposto è infatti quello di escludere dalla possibilità di attestare la convivenza di fatto mediante la corrispondente dichiarazione anagrafica quelle coppie amorose, pur stabili, nelle quali uno dei partner sia un cittadino non europeo privo del permesso di soggiornare in Italia.

Pare a chi scrive che se questo fosse l'unico esito interpretativo cui giungere, il comma 37 della legge n. 76 del 2016 ne risulterebbe sia costituzionalmente illegittimo, sia incompatibile con il diritto europeo, inteso tanto come diritto dell'Unione che come diritto CEDU.

6. Se letto in combinato disposto con l'art. 6, comma 7, TUI, il comma 37 della legge n. 76 del 2016 sarebbe affetto da illegittimità costituzionale e unionale

Nella prospettiva del diritto CEDU a risultare violati sarebbero gli articoli 8 («Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare ...») e 12 («l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto»). Nella prospettiva in parte sovrapponibile del diritto dell'Unione l'ipotizzato conflitto sarebbe invece con gli articoli 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali del cittadino dell'Unione europea.

Non v'è dubbio ormai che tali disposizioni – e in particolare i gemellari articoli 12 CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali – riguardino anche la famiglia la cui fondazione non dipenda dall'atto di matrimonio⁷⁵. Le due fattispecie ripartite in duplice forma nei quattro articoli richiamati sanciscono però diritti non incondizionati in quanto sottoposti a limiti di esercizio da parte del legislatore nazionale, chiamato a un ragionevole bilanciamento con altri interessi, specie di natura pubblicistica⁷⁶.

Non può tuttavia essere consentito al legislatore di porre limitazioni che risultino in contrasto con il divieto di discriminazione, oppure che svuotino il contenuto essenziale del diritto alla vita familiare o di fondare una famiglia, anche se ciò non riguardi tutti i soggetti sottoposti alla norma ma solo alcuni di essi, differenziati sulla base di criteri ultranei rispetto ai principi del diritto di famiglia⁷⁷.

Nell'adottare misure di limitazione di tali diritti i Paesi membri sono quindi comunque tenuti al rispetto dei principi di necessità e proporzionalità; e nel caso dei provvedimenti amministrativi o giudiziari anche al rispetto del principio di legalità.

75. Cfr. Corte EDU, 13.6.1979 *Marckx c. Belgio*; 27.10.1994, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 18535/91; 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, ric. n. 16969/90.

76. Sul punto L. Tomasi, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione Giustizia*, 2019, 2, p. 36 ss.

77. Corte EDU, 17.10.1986, *Rees c. Regno Unito*, ric. n. 9532/81.

È agevole osservare, al riguardo, che nel caso di specie avremmo una regola statale di accesso all'unico atto possibile di accertamento della «convivenza di fatto» che esclude i partner non regolarmente soggiornanti; e detta esclusione non sarebbe fondata su un criterio interno al diritto di famiglia (come la mancanza dello stato libero, la minore età ecc.) ma su una qualità del soggetto di rilevanza meramente amministrativa o al limite penale (il reato di irregolare soggiorno)⁷⁸.

Detta esclusione inoltre, impedendo la formalizzazione della relazione giuridicamente qualificata di convivenza di fatto, costituirebbe una misura di effetto equivalente all'impedimento diretto alla libera circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari, dato che in base all'art. 3 della direttiva n. 38 del 2004 la famiglia di fatto debitamente attestata dà luogo al diritto di soggiorno al traino del cittadino europeo del partner non europeo, anche nel caso in cui il suo ingresso o soggiorno sul territorio dell'Unione non siano regolari.

Riguardo invece all'ipotizzata incostituzionalità del combinato disposto in esame, ove fosse letto nel senso sin qui ipotizzato, le norme costituzionali violate sarebbero, in particolare, l'art. 2 della Costituzione (ove si concordi con l'ormai consolidata riconduzione a tale norma della copertura costituzionale della famiglia non fondata sul matrimonio e dunque non ascrivibile all'art. 29) e l'art. 3, a presidio del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione⁷⁹.

Appare preziosa, anche riguardo al caso che ora ci occupa, la trascorsa vicenda relativa alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 116 cod. civ., nella parte in cui – in un breve periodo tra il 2009 e il 2011 – esso impediva l'accesso alla celebrazione del matrimonio allo straniero privo del permesso di soggiorno⁸⁰.

Pochi, prima della pronuncia della Consulta, avevano fatto caso al contrasto di tale divieto con la risoluzione n. 1509 del 27 giugno 2006, del Consiglio d'Europa, ove, al paragrafo 12.15 è affermato che «*les migrants en situation irrégulière ont le droit de se marier et il ne faudrait pas ériger d'obstacles absolus les en empêchant*»⁸¹, sottovalutando così la prevedibile attenzione che invece le sarebbe venuta da parte della Corte europea dei

78. Limite estrinseco perché fondato su ragioni diverse da quelle poste a fondamento dell'istituto matrimoniale in sé e riconducibili ad una varietà di interessi pubblici diversamente finalizzati. Sul punto, cfr. L. Lenti, *Il matrimonio dello straniero e la regolarità del soggiorno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 196; G. Ferrando, *Il matrimonio degli stranieri "irregolari" tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Gli stranieri*, 2011, 1, p. 60.

79. Sul punto, per tutti: E. Roppo, voce *Famiglia. III) Famiglia di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 2 ss. e V. Franceschelli, *Famiglia di fatto*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2002, p. 365 ss.

80. Corte costituzionale, 25.7.2011, n. 245: «È costituzionalmente illegittimo – per contrasto con gli art. 2, 3, 10, 29, 31, 117 comma 1 Cost. – l'art. 116, comma 1 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 15 l. 15 luglio 2009 n. 94, limitatamente alle parole "nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano dello straniero"».

81. Sulla condizione giuridica dei migranti irregolari nel Consiglio d'Europa e nell'Unione europea, cfr. A. Zanobetti, *Diritto internazionale del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2011, spec.p. 94 ss., 182 ss. e 285 ss.

diritti dell'uomo, intervenuta nel medesimo senso con la sentenza del 14 dicembre 2010, resa sul caso *O'Donoghue and Others c. il Regno Unito*⁸².

Già in precedenza, del resto, lo stesso *Conseil constitutionnel* era intervenuto nel 2003 per dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 175-2, *code civil*, in materia, appunto, di matrimonio dello straniero irregolarmente soggiornante⁸³.

Le ragioni dell'incostituzionalità della norma erano ben chiare, già prima della sentenza del Giudice delle leggi, a una parte della dottrina civilistica, ampiamente pronunciata in senso critico⁸⁴, la quale aveva in particolare osservato come ogni limite, specie se estrinseco, alla libertà matrimoniale, incidendo su un diritto fondamentale della persona, dovesse poggiare su ragioni molto gravi, attinenti a interessi di rango non inferiore al diritto che si viene a limitare, e dovesse inoltre risultare proporzionato rispetto allo scopo perseguito, riducendo però al minimo necessario il sacrificio imposto al soggetto titolare del diritto fondamentale⁸⁵.

L'inemendabile vizio di incostituzionalità della novella realizzata dal legislatore del 2009 nel corpo dell'art. 116 cod. civ. consisteva pertanto nell'aver impedito l'esercizio della libertà matrimoniale sul territorio nazionale a coppie autentiche (oltre che a qualche coppia di comodo⁸⁶).

A suo tempo avevo già ipotizzato una mia spiegazione dell'incostituzionale moto legislativo che aveva condotto a quel provvisorio imbrattamento dell'art. 116 cod. civ., individuandola nell'avventata reazione del legislatore italiano (in un tempo caratterizzato da orientamenti molto polemici verso tutte le istituzioni europee da parte della maggioranza di governo) alla sentenza *Metock*, intervenuta l'anno precedente, con la quale la Corte di Giustizia aveva affermato (ma a condizione dell'autenticità del legame familiare) il diritto di

82. Corte europea dei diritti dell'uomo, 14.12.2010, C-34848/07, *O'Donoghue and Others v. UK*, su cui G. Ferrando, *Il matrimonio*, cit., p. 64 ss. La sentenza CEDU censurava la disposizione interna subordinante la possibilità di celebrazione del matrimonio dello straniero sul territorio britannico al possesso di un valido permesso di ingresso, tranne nel caso in cui il matrimonio fosse stato celebrato con rito anglicano. La forte analogia tra la disciplina inglese e quella italiana è stata giustamente rilevata anche da B. Nascimbene, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 323.

83. Cons. const, 20.11.2003, in *Rec. Dalloz, Jur. comm.*, 2004, 20, c. 1405 ss.

84. In tal senso, difatti, si era subito espressa unanime dottrina. Cfr., P. Morozzo della Rocca, *I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ.*, in *Fam e dir.* 2009, p. 946 ss.; L. Lenti, *Il matrimonio dello straniero e la regolarità del soggiorno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 196 ss.; A. Renda, *Matrimonio dello straniero nella Repubblica*, in *Commentario Gabrielli, Della famiglia*, artt. 74-116, Torino, Giappichelli, 2010, p. 228 ss.; G. Ferrando, *Il matrimonio*, cit., p. 55 ss.; L. Panella, *Il matrimonio del cittadino all'estero e dello straniero nello Stato*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, *Famiglia e matrimonio*, Milano, Giuffrè, p. 748 ss., E. Giacobbe, in R. Sacco (diretto da) *Trattato di diritto civile, Il Matrimonio*, I, Torino, Utet, 2011, p. 174 ss.

85. L. Lenti, *Il matrimonio*, cit., p. 196.

86. Il punto è affrontato, con un approccio critico nei confronti dell'opinione sin qui dominante, da E. Giacobbe, *op. cit.* p. 174. Cfr., altresì, per una ricognizione sul tema, A. Renda, *Del matrimonio dei cittadini in paese straniero e degli stranieri nella repubblica*, in E. Gabrielli, *Commentario del codice civile*, I, Torino, 2010, p. 235.

soggiorno «al traino» del familiare europeo del coniuge non europeo, anche nel caso in cui il matrimonio avesse dato origine allo *status* familiare successivamente ad un precedente soggiorno o ad un ingresso nello spazio comunitario entrambi non regolari⁸⁷. Era dunque possibile scorgere nel successivo divieto legislativo di celebrazione del matrimonio dello straniero irregolarmente soggiornante una norma elusiva del diritto unionale, così come questo si era ormai consolidato presso il suo organo giurisdizionale.

Non è quindi da sottovalutare l'insistenza con cui la Consulta, dopo avere stigmatizzato il contrasto della norma presentata al suo scrutinio con gli articoli 2 e 29 Cost., si soffermò sulla lesione *par ricochet* del diritto di libertà matrimoniale dei cittadini italiani o europei intenzionati a coniugarsi con un cittadino non europeo privo del permesso di soggiorno.

Considerazioni queste ultime che sarebbero a mio parere facilmente traslabili al caso della convivenza di fatto non registrabile, con pregiudizio alla libertà del cittadino italiano o europeo di fondare una famiglia (o comunque di vivere una relazione familiare legalmente riconosciuta e normata) a causa di una qualità amministrativa del partner che la Corte di Giustizia ha ritenuto dovere essere irrilevante ai fini dell'applicazione della direttiva n. 38 del 2004 e che di conseguenza non può pregiudicarne il diritto all'ingresso in Italia e al rilascio della carta di soggiorno per familiare dell'Unione europea.

7. Il comma 37 della legge n. 76 del 2016 non va letto in combinato disposto con l'art. 6, comma 7, TUI

Come già è stato osservato, si è andata creando una sorta di divaricazione corporativa nelle proposte di messa a sistema del comma 37 della legge n. 76 del 2016 con le norme anagrafiche⁸⁸.

Da una parte, infatti, gli ufficiali di anagrafe e la direzione dei servizi demografici del Ministero dell'interno hanno rilevato l'impossibilità giuridica di iscrivere all'anagrafe il partner privo di permesso di soggiorno e conseguentemente di dichiarare la convivenza di fatto, in quanto questa potrebbe riguardare solo due soggetti iscritti al medesimo indirizzo in A.N.P.R. e dunque, se stranieri, già provvisti del permesso di soggiorno. Di conserva

87. Corte giust. CE, 25.7.2008, causa C-127/08, *Metock et al.*, c. *Irlanda*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, p. 137 ss., con nota di M. Gnes, *Il diritto comunitario ed i limiti nazionali al ricongiungimento familiare*, nonché in *Corr. giur.*, 2008, p. 1375, con nota di P. Morozzo della Rocca, *L'esercizio della libertà di circolazione non tollera ostacoli alla coesione familiare*; R. Palladino, *L'interpretazione della Direttiva n. 2004/38/CE sulla libertà di circolazione dei cittadini nell'Unione europea ad opera della Corte di giustizia ed i riflessi nell'ordinamento italiano: commento alla sentenza Metock*, in *Dir. com. e scambi int.*, 2009, 3, p. 471 ss.

88. Il carattere corporativo di tale divaricazione è implicitamente confermato da N. Corvino, *La convivenza di fatto tra cittadino italiano residente e straniera non iscritta in anagrafe e priva di titolo di soggiorno. Prima parte*, in *Lo stato civile italiano*, 2022, 2, p. 47 ss., quando afferma che, mentre il giudice deve interpretare le leggi sulla base dei principi generali, con effetto solo tra le parti in causa, l'ufficiale di anagrafe è invece tenuto ad applicare la legge ed attenersi alle direttive ministeriali.

nemmeno sarebbe ammissibile il deposito del contratto di convivenza presso l'anagrafe dove è iscritto uno solo dei partner, costituendo detto contratto un atto di autonomia privata esercitabile solo dai conviventi di fatto già iscritti come tali all'anagrafe.

La premessa fondamentale da cui muove l'Amministrazione è che lo straniero prima della costituzione della convivenza di fatto (che avverrebbe solo con l'iscrizione anagrafica) non è un familiare del cittadino italiano o europeo e dunque non potrebbe beneficiare del quadro disciplinare derivante dal recepimento della direttiva n. 38 del 2004.

In senso opposto, invece, la giurisprudenza di merito ad oggi prevalente ha di volta in volta sostenuto vuoi il diritto al rilascio dell'autorizzazione del soggiorno anche in assenza dell'iscrizione anagrafica, sulla base del rapporto di convivenza con un cittadino italiano o europeo, provato mediante la stipula del contratto di convivenza non ancora registrato all'anagrafe⁸⁹; vuoi la possibilità di depositare il contratto di convivenza (o *tout court* di rendere la dichiarazione anagrafica⁹⁰) presso l'ufficio di anagrafe dove risulti iscritto il partner italiano o europeo dello straniero privo del permesso di soggiorno, al fine di ottenere l'autorizzazione al soggiorno dal questore⁹¹.

La segnalata divaricazione corporativa trova in realtà le sue fondamentali ragioni nel diseguale potere/dovere di interpretazione delle norme da parte delle due corporazioni. Quella dei giudici (e con essi della dottrina) può e deve preoccuparsi innanzitutto di interpretare la disciplina domestica preservando l'effetto utile della direttiva n. 38 del 2004 riguardo al diritto all'unità familiare delle convivenze di fatto; e deve farlo nel perimetro dell'interpretazione autentica fornita dalla Corte di Giustizia, senza possibilità di differenziarne gli esiti a seconda che la questione in esame coinvolga cittadini europei esercitanti la libertà di circolazione o cittadini italiani cui il diritto europeo si applica sulla base della clausola di estensione di cui all'art. 23 d.lgs. n. 30 del 2007⁹².

La corporazione degli ufficiali di anagrafe, ben comprensibilmente, si attiene invece alle linee interpretative impartite dal Ministero dell'interno. E seppure un leale dissenso talvolta non manchi di manifestarsi, questo difficilmente può esprimersi in una difformità dell'azione amministrativa dalle direttive provenienti dal Viminale, salva la possibilità per il

89. Così Trib. Bologna, 3.2.2020, r.g. n. 21280/2019, in questa *Rivista*, 2020, p. 1. Rassegna di giurisprudenza.

90. È questo ad esempio il caso di Trib. Catania, 3.1.2021, in www.meltingpot.org.

91. In tal senso, tra gli altri, Trib. Benevento, 19.1.2022, r.g. 4387/2021, in www.meltingpot.org; Trib. Milano, 25.4.2021, r.g. 11914/2021, in www.meltingpot.org; Trib. Modena, 7.2.2020, r.g. 370.

92. Come rileva esattamente la giurisprudenza resa riguardo alla questione in esame, la quale richiama anche l'ulteriore riferimento normativo di cui all'art. 53 della legge n. 234 del 2012 recante più in generale un divieto di discriminazione a rovescio a danno dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Paesi membri. In tal senso: Trib. Benevento, cit.; Trib. Milano, 25.4.2021, cit.

Sindaco/Ufficiale di anagrafe di assumersene la responsabilità richiamandosi agli arresti della giurisprudenza e alla necessità di evitare all'Amministrazione ulteriori condanne⁹³.

Abbiamo già visto come il riferimento normativo che parrebbe opporsi all'iscrizione anagrafica del convivente straniero privo del permesso di soggiorno sia costituito dall'art. 6, comma 7, TUI, norma che si applicherebbe però al convivente straniero solo nel caso in cui la sua qualità di convivente fosse giuridicamente irrilevante, cosa che invece a mio parere non è.

Infatti, benché la convivenza di fatto non abbia ancora ottenuto la sua certazione amministrativa in sede di dichiarazione anagrafica, la qualità di convivente preesiste a tale certazione, recando con sé il diritto procedimentale alla certazione stessa, coerentemente del resto con la più generale configurabilità dell'iscrizione anagrafica come un diritto soggettivo corrispondente alla situazione di fatto ad essa logicamente preesistente e perciò doverosamente dichiarata dall'interessato.

Ciò è evidentemente diverso dal sostenere, in senso più generale, che le convivenze di fatto acquisiscano i diritti della legge n. 76 del 2016 per il fatto in sé di sussistere nella sola dimensione relazionale, ancorché per loro scelta non si siano dichiarate all'anagrafe.

Si vuole invece affermare che la mancanza dell'iscrizione anagrafica non può costituire la ragione che impedisca ai conviventi desiderosi di ottenere tale iscrizione di assumere già in precedenza la qualifica di «altri familiari» di cui all'art. 3 della direttiva 38/2004 e del d.lgs. 30/2007, la quale è necessaria, ma anche sufficiente, ad ottenere l'iscrizione stessa.

Vero è che per la legge italiana l'attribuzione di tale qualifica dipende da un presupposto essenziale: e cioè che i conviventi dispongano di una documentazione ufficiale che attesti la loro relazione. Ciò pone su di loro oneri che variano da Paese a Paese in base alle discipline locali. Ma nell'imposizione di tale onere ai conviventi v'è implicitamente anche l'introduzione di un obbligo per ciascuno degli ordinamenti coinvolti di rendere possibile l'assolvimento di tale onere senza operare discriminazioni fondate su qualità irrilevanti ai fini della riconoscibilità in sé della convivenza.

Ebbene, una volta individuata come disciplina applicabile al convivente straniero privo di permesso di soggiorno quella di cui al d.lgs. 30 del 2007, anziché quella del Testo unico sull'immigrazione, la mancanza del permesso di soggiorno non sembra più rappresentare un problema insormontabile, dando invece luogo all'onere del tutto ragionevole di richiedere l'autorizzazione al soggiorno prima della richiesta dell'iscrizione anagrafica, senza che la pendenza del procedimento di rilascio dell'autorizzazione da parte della questura pregiudichi il diritto di iscrizione anagrafica dello straniero nella qualità di convivente con il cittadino italiano o europeo.

93. Come in effetti accaduto a Bologna, con ordinanza del Sindaco 246358/2020 a seguito delle citate pronunce dei Tribunali di Bologna e di Modena.

L'atto presupposto è dunque quello della semplice richiesta del permesso di soggiorno (nella specie denominato «carta di soggiorno per familiare di cittadino italiano o europeo») e non invece quello, indipendente dalla sola volontà del richiedente, del suo ottenimento da parte della questura.

Infatti, ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 30/2007, a recepimento di quanto già previsto dall'art. 25, par. 1, della direttiva n. 38 del 2004⁹⁴, ai fini dell'iscrizione anagrafica di un familiare straniero del cittadino europeo «il possesso della carta di soggiorno non può in nessun caso essere ritenuto un prerequisito necessario per il completamento di un procedimento amministrativo (iscrizione anagrafica compresa) quando il diritto all'iscrizione può essere dimostrato anche in altro modo» e in tal senso del resto è anche la circolare applicativa del Ministero dell'interno n. 19 del 6 aprile 2007.

Occorre allora stabilire in quale «altro modo» il convivente possa dimostrare la sua qualità di «familiare» cioè di convivente e a mio parere una possibile risposta può consistere nell'esibizione della documentazione ufficiale costituita dalla stipula del contratto di convivenza autenticato dal notaio o dall'avvocato presso i quali l'atto è stato stipulato.

8. Il contratto di convivenza è documentazione ufficiale che può giustificare l'autorizzazione al soggiorno e l'iscrizione in anagrafe

Come già osservato si tratta di una tesi che una parte almeno della giurisprudenza ha avallato nel misurarsi con la scarsa chiarezza e la notevole approssimazione del dettato legislativo, dovute di certo anche all'annebbiamento notturno durante i convulsi lavori parlamentari che posero fine, non molto prima dell'alba, al difficile parto della legge.

Basti osservare al riguardo che, secondo il comma 52, il contratto di convivenza dovrebbe essere trasmesso al Comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi dell'art. 5 del regolamento anagrafico, benché l'art. 5 non riguardi affatto le convivenze di fatto ma le convivenze istituzionali (caserme, carceri, case di riposo, ecc.)⁹⁵.

A fronte di un articolato di legge così approssimativo anche il riferimento lessicale al Comune di residenza dei conviventi potrebbe forse essere interpretato nel senso del municipio dove si trova l'indirizzo della convivenza (la casa familiare in senso civilistico) e

94. Merita riportarne il testo: «Il possesso di un attestato d'iscrizione di cui all'articolo 8, di un documento che certifichi il soggiorno permanente, della ricevuta della domanda di una carta di soggiorno di familiare di una carta di soggiorno o di una carta di soggiorno permanente, non può in nessun caso essere un prerequisito per l'esercizio di un diritto o il completamento di una formalità amministrativa, in quanto la qualità di beneficiario dei diritti può essere attestata con qualsiasi altro mezzo di prova».

95. Ha certamente ragione A. Zaccaria, *L'opponibilità del contratto di convivenza*, in *Studium Iuris*, 2019, p. 712 nell'osservare che l'inganno è stato provocato dalla lettura della rubrica dell'art. 5, cioè dal fatto che è stata valorizzata una norma senza averla ben letta.

dove non necessariamente entrambi i conviventi ma almeno uno dei due dovrà risultare già anagraficamente residente, di modo da consentire l'iscrizione del contratto ai sensi dell'art. 7 del regolamento anagrafico, esso pure citato dal comma 52 della legge Cirinnà.

Tuttavia, volendo attenersi a una più rigorosa interpretazione letterale e sistematica dei commi 36, 37 e 52 della legge Cirinnà, è certamente possibile ipotizzare una concatenazione di adempimenti che, pur riconoscendo nella stipula del contratto di convivenza una modalità di formazione della documentazione ufficiale relativa alla convivenza (così qualificabile anche per via del ruolo in detta stipula ricoperto dal notaio o dall'avvocato⁹⁶), consentano tuttavia all'ufficiale di anagrafe di vedere rispettata la sequenza logica suggerita dalla legge n. 76/2016, che vede l'iscrizione anagrafica del convivente straniero quale atto logicamente presupposto rispetto al ricevimento e all'annotazione del contratto di convivenza.

Al riguardo occorre leggere con attenzione l'art. 10 d.lgs. 30/2004, ove è disposto che i familiari di cui al precedente art. 2, non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, richiedono alla questura competente per territorio di residenza la carta di soggiorno; si recano poi, con la ricevuta di tale richiesta a rendere la prescritta dichiarazione anagrafica e infine si presentano nuovamente alla questura per ottenere il rilascio di detta carta di soggiorno esibendo, oltre agli altri documenti richiesti, l'attestato della richiesta d'iscrizione anagrafica.

Va peraltro notato che l'art. 10, ora in esame, non richiede allo straniero di esibire la documentazione attestante la sua qualità di familiare di cittadino europeo/italiano al momento della richiesta della carta di soggiorno bensì al momento del suo rilascio. L'evidente inavvedutezza della norma è stata però superata nella prassi delle questure richiedendo anticipatamente al richiedente detta documentazione.

Soprattutto va però osservato che la legge 6 agosto 2013, n. 97 ha modificato il testo dell'art. 10, originariamente riservato ai familiari di cui all'art. 2 del d.lgs. 30/2007, e cioè ai figli infra-ventunenni o a carico, agli ascendenti sino al secondo grado e al coniuge del cittadino europeo, prevedendovi espressamente anche la figura del partner alla lettera *d-bis*) del suo terzo comma; e senza tuttavia armonizzare testualmente detta aggiunta con il comma 1 del medesimo art. 10.

Pare dunque del tutto coerente con l'art. 10, d.lgs. 30/2007 che il partner richieda la carta di soggiorno alla questura esibendo il contratto di soggiorno autentificato e asseverato da uno dei due pubblici ufficiali indicati all'art. 50 della legge n. 76/2016; si rechi poi dall'ufficiale di anagrafe per esibirgli la ricevuta della richiesta della carta di soggiorno e per dichiarare la propria residenza in Comune con il partner, rendendo così pacifica la possibilità di depositarvi, a cura del notaio o dell'avvocato a ciò tenuti, il contratto di

96. Chiamati ai sensi del comma 50 ad autenticare le firme e ad attestare la conformità dell'atto alle norme imperative e all'ordine pubblico.

convivenza. A quel punto l'interessato potrà nuovamente presentarsi presso la questura per ottenere la carta di soggiorno.

La dichiarazione anagrafica sarebbe in tal modo coeva o immediatamente precedente alla trasmissione all'anagrafe stessa del contratto di convivenza, la quale dovrebbe avvenire nei dieci giorni dalla stipula, senza però che l'eventuale ritardo trovi nella legge sanzione, dovendosi semplicemente ritenere che, finché non sarà stato trasmesso, quel contratto sarà inopponibile ai terzi riguardo agli effetti che dovessero coinvolgere loro interessi⁹⁷.

La tesi ora sostenuta prevede dunque che un contratto di convivenza possa essere concluso ancor prima (e di solito immediatamente prima) che la convivenza stessa sia stata accertata ai sensi del comma 37 della legge Cirinnà, purché già costituita in fatto.

Il comma 57 infatti richiede per la validità del contratto che questo non sia in contrasto con quanto previsto dal comma 36, senza in alcun modo dare rilievo al successivo comma 37, proprio perché riguardante un momento logicamente successivo al costituirsi della convivenza⁹⁸.

Questo non significa tuttavia che nel momento della sua stipula il contratto possa già essere efficace – almeno in quanto contratto di convivenza ai sensi e per gli effetti di cui ai commi 50 e ss. – in quanto la convivenza in sé non è stata ancora registrata⁹⁹.

Una cosa infatti è il momento della conclusione del contratto, altra cosa è invece il termine iniziale di efficacia dello stesso, il quale resterà sospeso sino all'avverarsi della condizione solo parzialmente potestativa dell'iscrizione anagrafica della convivenza (vale a dire di entrambi i conviventi al medesimo indirizzo, con dichiarazione del legame affettivo che li lega e che il contratto stesso documenta).

Giunti a questo punto la questura avrà certamente modo e tempo di verificare sia l'effettività della convivenza, sia l'eventuale rilevanza di altri elementi da valutare ai fini del rilascio o meno della carta di soggiorno, mentre l'ufficiale di anagrafe dovrà esclusivamente verificare l'effettività della residenza dichiarata al medesimo indirizzo del partner.

Le due attività di controllo, simili ma diverse, potrebbero rispettivamente condurre, ove ne emerga l'inconsistenza della convivenza di fatto, alla revoca della carta di soggiorno e all'annullamento o alla cancellazione dell'iscrizione anagrafica; il che consente forse di assicurare l'interprete riguardo al pericolo che possa rimanere indifeso l'interesse d'ordine pubblico alla verità delle dichiarazioni di stato civile (tale è infatti, sostanzialmente, la

97. Sul punto, tra gli altri, cfr. F. Greco, *Il contratto di convivenza*, in M. Gorgoni, *Unioni civili*, cit., p. 276.

98. Sulla nullità del contratto per violazione del comma 36, cfr. tra gli altri, L. Balestra, *Contratto di convivenza*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 295.

99. L'iscrizione anagrafica della convivenza quale presupposto di efficacia e nel contempo condizione per la pubblicità del contratto non è stata messa in dubbio dalla dottrina. Cfr., da ultimo, M. Cavallaro, *Ratio e 'tipo' nelle convenzioni matrimoniali e nelle altre fattispecie di recente introduzione*, in *Giust. civ.*, 2020, 1, p. 49 ss.

dichiarazione avente ad oggetto la convivenza di fatto, benché il legislatore l'abbia incoerentemente incanalata in una procedura anagrafica, al solo e immeritevole fine di sminuirne l'impatto sul piano simbolico).

Ma ad essere tutelata da questo iter procedimentale è anche la legalità dei flussi migratori¹⁰⁰, data la coesistenza nel caso di specie di un doppia attività di controllo: da parte dell'ufficiale di anagrafe, sull'effettività della residenza in comune e da parte della questura in merito alla effettiva consistenza della convivenza secondo le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia, la quale non consente all'Amministrazione di pretendere la sussistenza di requisiti non corrispondenti al normale atteggiarsi del rapporto di convivenza, privando di effetto utile l'art. 3 della direttiva¹⁰¹.

Va ricordato altresì, a questo riguardo, che la Commissione europea consente l'imposizione di oneri documentali, purché ragionevoli e comunque salvaguardando la possibilità di prova, da parte dell'interessato, con «qualsiasi idoneo mezzo»¹⁰².

A questi fini risulta quindi decisiva, o per così dire privilegiata, ma non esclusiva, la prova della stabilità della convivenza mediante l'esibizione alla questura competente del contratto di convivenza, atta in effetti a dimostrare la stabilità del progetto di vita comune, specie quando non vi sia una pregressa anzianità di convivenza.

È quanto ha confermato la stessa Cassazione, con una sentenza rocambolescamente motivata ma esatta almeno nel porre il seguente principio di diritto: «la convivenza dello straniero con una cittadina italiana riconosciuta con “contratto di convivenza” disciplinato dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 è ostativa alla espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 19, comma 2, lett. c), e tale causa ostativa deve essere valutata se sussistente o meno al momento in cui l'espulsione viene messa in esecuzione»¹⁰³. Parrebbe al riguardo quasi superfluo osservare che una volta

100. Preoccupazioni queste poste in evidenza da Trib. Roma, 22.6.2021, r.g. 8240/2021 nel rigettare la richiesta di iscrizione anagrafica e di registrazione del contratto di convivenza, dato che non era stato previamente richiesto alcun permesso di soggiorno alla questura. Su tale decisione il commento di P. Richter Mapelli Mozzi, *Ancora sull'iscrizione anagrafica del convivente di fatto, cittadino straniero privo del permesso di soggiorno*, in *Lo stato civile italiano*, 2021, 11, p. 48 ss.

101. Cfr., in tal senso, Corte giust. UE, 5.9.2012, C-83/11.

102. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio del 2 luglio 2009 COM (2009)313/4.

103. Così Cass. 27.6.2016, n. 44182, ove però l'estensore (evidentemente del tutto privo del supporto della collegialità) è caduto nell'errore di confondere, sovrapponendoli, la parte dell'unione civile e il convivente di fatto. Viene infatti osservato, riguardo alla legge Cirinnà, che la finalità perseguita dal legislatore con tale nuova regolamentazione è quella di parificare, pur distinguendo le relative discipline positive e specifiche, la nozione di coniuge con quella di persona unita civilmente, e questo attraverso l'introduzione, a fianco del matrimonio regolamentato dall'art. 82 c.c. e segg., del c.d. «contratto di convivenza». La legge inoltre, per quanto di interesse, ha cura di stabilire il principio generale che, ove nelle leggi dello Stato compaia il termine «coniuge», questo deve intendersi riferito anche alla persona civilmente unita ad un'altra con il contratto di convivenza.

affermata l'inespellibilità dello straniero viene di conseguenza affermato anche il suo diritto a ricevere un titolo di soggiorno per familiare di cittadino italiano o europeo.

È questa, forse, la migliore conferma di quanto più in generale osservato dalla dottrina civilistica riguardo alla funzione del contratto di convivenza nel quadro della legge Cirinnà: quella di affermare con nettezza una diversa intensità di protezione che viene offerta alle coppie di conviventi le quali decidano di dare maggiore certezza, visibilità e contenuto al rapporto di convivenza tramite la conclusione di un contratto che assume in effetti i caratteri di un patto a forma solenne di solidarietà familiare, analogamente – come è stato notato – «a quanto avviene, ad esempio, in Francia con il *«pacte civil de solidarité»* di cui agli artt. 515-1 e ss. del *«Code civil»*, volto cioè a disciplinare in senso ampio e generale la vita in comune della coppia»¹⁰⁴.

104. Così ancora M.C. Venuti, *La regolamentazione*, cit., p. 121, la quale sottolinea altresì l'eccentricità del contratto di convivenza rispetto alla figura del contratto di diritto privato costituita dall'espressa previsione di legge della clausola (facoltativa) riguardante l'indicazione della residenza. Clausola riferibile, secondo l'A., «all'esigenza di determinare, anche rispetto ai terzi, quel requisito della “stabile convivenza” individuato nell'ipotesi “basica” tramite la dichiarazione anagrafica».

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

VIOLENZA DOMESTICA E STUPRO CONIUGALE NELLE LEGGI DI BANGLADESH, EGITTO, MAROCCO E PAKISTAN

di Deborah Scolart

***Abstract:** Il concetto di reato culturalmente orientato evidenzia la diversa concezione dell'illiceità di una data condotta. Ciò avviene soprattutto con riferimento ad alcune tipologie di reato, e in particolare la violenza domestica e lo stupro coniugale, rispetto alle quali non di rado l'immigrato straniero di origine musulmana tenta di giustificarsi adducendo presunti diritti che gli venano riconosciuti dalla šarī'a. Bangladesh, Egitto, Marocco e Pakistan sono i Paesi di origine delle maggiori comunità musulmane in Italia: è quindi interessante vedere se e come queste condotte sono regolate dalle leggi locali, al fine di capire quanto ci sia di fondato in questa pretesa giustificazione giuridico-religiosa della violenza contro le donne.*

***Abstract:** The concept of cultural defence highlights the different understanding on the unlawfulness of a conduct. This is the case of domestic violence and marital rape that are somehow justified under Islamic law by those who commit these crimes. Bangladesh, Egypt, Morocco and Pakistan are countries of origin of the biggest Muslim communities in Italy: it is therefore necessary to verify if and how these conducts are regulated by local laws, in order to understand how well-founded is the alleged legal-religious justification of violence against women.*

VIOLENZA DOMESTICA E STUPRO CONIUGALE NELLE LEGGI DI BANGLADESH, EGITTO, MAROCCO E PAKISTAN

di Deborah Scolart*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il modello islamico dei rapporti personali tra coniugi. Cenni – 3. La violenza domestica e la legge. – 3.1. Definizioni e sanzioni. – 4. Lo stupro coniugale è violenza sessuale? – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La violenza contro le donne ha sempre una dimensione culturale perché rappresenta il riflesso di una visione patriarcale e maschilista dei rapporti di genere, di una concezione proprietaria del corpo della donna che è assai più diffusa di quanto si voglia credere. Tale dimensione culturale diviene particolarmente evidente quando i soggetti coinvolti appartengano a una comunità nella quale determinati comportamenti non solo non sono sanzionati, ma trovano la loro giustificazione nelle consuetudini, nella religione o nella legge. Si parla in questi casi di reati culturalmente orientati, espressione che rimanda anche a un'idea di alterità di una data cultura o religione rispetto a quella – supposta maggioritaria – che esprime il giudizio. Può, infatti, accadere che il soggetto accusato di aver usato violenza a una donna (qualunque sia la forma che questa violenza assume in concreto) adduca a giustificazione della propria condotta l'appartenenza a un contesto giuridico o religioso che lo legittima a quel comportamento.

L'analisi che qui si svolge in merito alla normativa su violenza domestica e stupro coniugale in vigore in Bangladesh, Egitto, Marocco e Pakistan, Paesi cui appartengono le più numerose comunità islamiche presenti in Italia, parte dalla constatazione che, nella larghissima maggioranza dei casi dei quali si è occupata la giurisprudenza italiana, a sollevare il tema della dimensione culturale sono stati i reati di sangue (e in particolare il delitto d'onore) e le violenze in famiglia¹. Con riferimento ai reati contro la persona la Corte di cassazione ha più volte affermato «il criterio, costituzionalmente e convenzionalmente orientato, della centralità della persona umana, quale principio unificatore in grado di

* Ricercatrice di Diritto musulmano e dei Paesi islamici, Università di Roma Tor Vergata.

1. Sulla questione della irrilevanza delle tradizioni culturali islamiche rispetto alla conoscenza dell'antigiuridicità del fatto nell'ordinamento italiano si è in passato pronunciata la Corte di cassazione con riferimento a soggetti di nazionalità marocchina imputati, in un caso, di violenza sessuale intraconiugale (Cass. pen., sez. III, sent. 26.6.2007, n. 34909) e, nell'altro, di violazione degli obblighi di assistenza familiare, sequestro di persona e violenza sessuale ai danni della moglie (Cass. pen., sez. VI, sent. 26.11.2008 – dep. 16.12.2008, n. 46300).

armonizzare le differenti culture coesistenti nella nostra società. Alla luce di tale criterio ermeneutico, qualora vengano in rilievo i c.d. delitti naturali, lesivi dei diritti fondamentali della persona (alla vita, all'integrità personale, alla libertà personale, alla libertà sessuale), si nega ogni rilevanza scriminante alle motivazioni di carattere culturale o religioso, trattandosi di condotte il cui disvalore sociale, prima ancora che giuridico, è immediatamente percepibile da qualsiasi soggetto capace di intendere e di volere»². Conformemente a questo principio la Corte ha, ad esempio, escluso la rilevanza di particolari concezioni dei rapporti familiari e dell'accettazione in via consuetudinaria di alcuni comportamenti (Cass. pen., sez. III, sent. 2.2.2018, n. 24592), e della presunzione, sulla base di una impostazione culturale arcaica, dell'esistenza di un consenso implicito al rapporto sessuale intraconiugale (Cass. pen., sez. III, sent. 5.6.2015, n. 37364).

In una sentenza del 2018³, nel rifiutare categoricamente che un sistema penale possa «mai abdicare, in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali del cittadino o dello straniero, alla punizione di fatti che colpiscano o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza» quali i diritti inviolabili della persona, sia essa cittadino o straniero, la Corte di cassazione ha svolto alcune considerazioni di carattere generale relative alle condizioni che devono essere prese in esame al fine di valutare l'incidenza della matrice culturale sulla consapevolezza dell'agente. Scrivono i giudici di legittimità: «sarà utile, come suggerito dalla dottrina più recente, la valutazione della natura della norma culturale in adesione alla quale è stato commesso il reato, se di matrice religiosa, o giuridica (come accadrebbe se la norma culturale trovasse un riscontro anche in una corrispondente norma di diritto positivo vigente nell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza dell'immigrato, dovendosi ritenere tale circostanza rilevante quanto alla consapevolezza della anti-giuridicità della condotta e quindi alla colpevolezza del fatto commesso), e del carattere vincolante della norma culturale (se rispettata in modo omogeneo da tutti i membri del gruppo culturale o, piuttosto, desueta e poco diffusa anche in quel contesto)».

Poiché quando l'imputato è musulmano si genera abbastanza facilmente un cortocircuito logico tra appartenenza religiosa e inclinazione alla violenza, fondato su un pregiudizio ben radicato circa l'inevitabilità dei comportamenti violenti nella società musulmana, inevitabilità che sarebbe anche corroborata dal dettato coranico⁴, può essere di una qualche

2. D. Tripiccone, *Il multiculturalismo nella giurisprudenza penale della Corte di cassazione*, in *Massimario penale* 2018, vol. 1.

3. Cass. pen., sez. III, sent. 2.7.2018, n. 29613; nella sentenza impugnata si qualificavano come gesti di affetto e orgoglio paterno, riflettenti tradizioni diffuse in zone rurali interne dell'Albania, atti nei quali la Cassazione ravvisa invece una violazione degli artt. 609-bis e 609-ter del codice penale.

4. Esempiativo di questo pregiudizio è un caso occorso in Germania nel 2007. In un procedimento per lo scioglimento del matrimonio tra due marocchini, la giudice Christa Datz-Winter incaricata del caso ritenne di negare alla donna le tutele previste dalla legge tedesca in caso di maltrattamenti in famiglia (nello specifico, l'accesso a una procedura

utilità un esercizio speculativo volto a verificare cosa accadrebbe se, nei casi di violenza domestica e stupro coniugale, il giudice potesse dare rilevanza all'elemento culturale e indagare la natura della norma secondo il criterio delineato dalla Corte di cassazione.

2. Il modello islamico dei rapporti personali tra coniugi. Cenni

Il primo quesito da porsi in apertura di queste riflessioni è se abbia un senso discutere in un unico contesto di ordinamenti tra loro almeno geograficamente assai lontani: Marocco e Bangladesh sono agli antipodi, con più di 9000 km a dividerli; in mezzo si collocano Egitto (a circa 3550 km dal Marocco) e Pakistan (circa 1600 km dal Bangladesh). Marocco ed Egitto condividono la lingua araba, mentre Pakistan e Bangladesh hanno in comune l'inglese come lingua franca coloniale che in Pakistan ha anche lo *status* di lingua nazionale insieme all'urdu. Tutti e quattro hanno però la stessa identità religiosa, perché in essi l'islam è religione di Stato e, nel caso di Egitto e Pakistan – sia pure in forme diverse – l'ordinamento deve conformarsi ai principi della legge religiosa⁵; tale identità religiosa, e il ruolo che la tradizione giuridica islamica svolge in questi ordinamenti, rappresentano il *fil rouge* che lega questi Paesi.

La comune identità religiosa islamica solleva un secondo quesito: se e in quale misura il diritto attualmente in vigore in questi Paesi sia debitore della tradizione giuridica islamica o, detto in altri termini, se le regole della *šarī'a*⁶ trovino ancora applicazione negli Stati contemporanei. Il tema è ben lungi dall'averne una risposta univoca: An-Na'im, ad esempio,

più rapida per il divorzio) perché – essendo entrambi i coniugi marocchini e musulmani – la donna doveva sapere a cosa sarebbe andata incontro nel matrimonio. Questa vicenda, che sollevò molte polemiche e si concluse con l'affidamento del caso a un giudice dotato di maggior sensibilità (o forse, semplicemente, meno ottenebrato dal pregiudizio), presentava come elemento di particolare interesse il fatto che la giudice avesse motivato la propria decisione facendo riferimento alla religione delle parti e alla presunta autorizzazione alla violenza domestica contenuta nel versetto coranico IV, 34 (su cui vd. par. 3) senza che questi argomenti fossero adottati dal marito per giustificare la propria condotta. La giudice si esprimeva sulla base della propria competenza non scientifica in materia di islam e diritto musulmano per arrivare a negare la tutela della legge a una persona sulla mera base della sua identità religiosa. Sulla vicenda si veda H. Krüger, *Allgemeine Ehwirkungen im Recht der orientalischen Staaten*, in *FamRZ*, 2008, pp. 649-656; Y. Yıldız, *Governing European Subjects: Tolerance and Guilt in the Discourse of 'Muslim Women'*, in *Cultural Critique*, 2011, pp. 77-101. Quanto possa essere pernicioso un approccio che nega o riconosce i diritti su base etno-religiosa – anche alla luce di trascorsi non troppo lontani della storia europea – non sarà mai troppe volte sottolineato.

5. Per una prima introduzione al tema si rinvia a G.P. Parolin, *Religion and the Sources of Law: Sharī'ah in Constitutions*, in *Law, Religion, Constitution; Freedom of Religion, Equal Treatment, and the Law*, a cura di W.C. Durham Jr. - S. Ferrari - C. Cianitto - D. Thayer, Farnham, Ashgate, 2013, pp. 89-104.

6. Ciò che comunemente chiamiamo diritto musulmano è il risultato della interazione di due insiemi di norme tra loro distinti, ma necessari l'una all'altro: da un lato la *šarī'a*, la *lex divina islamica*, insieme di precetti e principi di natura etica, morale e giuridica rivelati da Dio ai credenti. Dall'altro il *fiqh*, la scienza giuridica applicata alla *šarī'a islamiyya*, frutto dell'interpretazione dei giuristi (*fuqahā*); esso rappresenta la componente umana del diritto ed è noto con il nome dei fondatori o eponimi delle scuole giuridiche (*madhāb*): il *fiqh* di Abū Ḥanīfa, il *fiqh* di Muḥammad al-Šāfi'i, e via dicendo. Per tutti si veda F. Castro, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI.

ritiene il concetto di «diritto di famiglia islamico» una invenzione coloniale che invoca falsamente l'autorità religiosa dell'islam in questo ambito mentre in altri settori la *šarī'a* viene sostituita da codici e istituzioni europee. Ad avviso dell'Autore, oggi le leggi di famiglia nel mondo islamico sono essenzialmente leggi secolari dello Stato e non regole immutabili della *šarī'a*; in questo contesto, «Muslims in their communities may practise what they believe to be binding sharia, but they do so as a matter of religious compliance with a communal *normative system* [corsivo dell'Autore] among believers, beyond any possibility of adjudication or enforcement by state courts or administrations»⁷. An-Na'im condivide l'opinione di Hallaq, secondo il quale, sebbene per l'immaginazione popolare questi «residui» di *šarī'a* siano un'espressione autentica e genuina del diritto di famiglia del *fiqh*, in realtà anche questo ambito del diritto ha subito cambiamenti strutturali così profondi da reciderne il legame sia con la sostanza del *fiqh* che con il suo metodo⁸. Queste opinioni sono largamente condivisibili, nella misura in cui sottolineano come negli Stati contemporanei la funzione legislativa dello Stato abbia messo in crisi il tradizionale rapporto tra *šarī'a* e *qānūn*, cioè tra legge religiosa e legge statale i cui ambiti di competenza erano un tempo più nettamente distinti. Nondimeno, a mio avviso è possibile riferirsi a un diritto islamico di famiglia nel senso di un insieme di principi generali (e regole particolari) che trovano ancora oggi ampia applicazione. È, ritengo, indubitabile che ai valori, ai principi e alle regole della *šarī'a* si rifacciano i legislatori moderni quando codificano il diritto di famiglia e lo statuto personale, conservando poligamia, ripudio, potestà maritale; persino in Tunisia, Paese sempre citato quando si tratta di mettere l'accento sulla verve riformista del legislatore islamico contemporaneo, questi si preoccupa di giustificare in chiave islamica le proprie scelte, proponendo un nuovo *ig̃tihād* (interpretazione) che ha lo scopo di collocare in un *continuum* storico con il passato le scelte della modernità. Non va, inoltre, sottovalutato il fatto che se il Marocco si è dotato, già dagli anni Cinquanta, di un codice dello statuto personale la cui versione attualmente in vigore è la *mudawwana al-ʿusra* (legge di famiglia) del 2004, legge statale che imbriglia il *fiqh* e lo priva di quel carattere dottrinale che ne costituisce una delle caratteristiche più evidenti, in Egitto, Bangladesh e Pakistan si è invece in presenza di un sistema misto in cui le disposizioni del *fiqh* convivono con leggi statali che disciplinano, in maniera non organica, specifiche questioni⁹. Ciò significa che in questi Paesi l'interprete è

7. A.A. An-Na'im, *The Postcolonial Fallacy of 'Islamic' Family Law*, in *The Cambridge Companion to Comparative Family Law*, a cura di S. Choudhry – J. Herring, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 254-279, la citazione è a p. 255.

8. W.B. Hallaq, *Sharī'a. Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 446.

9. In Egitto, ad esempio, si segnalano la legge sul mantenimento e altre questioni (25/1920), la legge su alcune questioni relative allo statuto personale (25/1929), la legge 1/2000 su varie questioni di statuto personale, la legge 10 del 2004 istitutiva dei Tribunali di famiglia (le traduzioni in italiano di queste leggi sono disponibili nei volumi curati da R. Aluffi Beck-Peccoz: *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, Torino 1997; *Persone famiglia*

chiamato a lavorare su regole che trovano nel *fiqh* il loro fondamento, che sono ancora ben vive e vitali seppur lette e interpretate alla luce di un contesto assai diverso da quello nel quale sono nate.

Ai nostri fini non deve, inoltre, sfuggire un elemento cui fanno riferimento gli autori citati, vale a dire che – al di là del fatto che la *šarīʿa* abbia o non abbia un ruolo ufficiale nello Stato – essa fa pienamente parte dell’immaginario legale dei musulmani, è un modello comportamentale di riferimento e concorre a determinare l’azione dell’individuo. Il diritto islamico di famiglia allora esiste non solo perché lo Stato lo conserva (sia pure in parte snaturandolo), ma anche perché le persone ritengono di agire conformandosi ai suoi precetti così come diffusi e tramandati nella società di appartenenza.

Il modello islamico di famiglia disegnato dal Corano e dal *fiqh* è tipicamente patriarcale e si fonda sul contratto di matrimonio (*nikāḥ*) che prevede, nel suo modello classico, una netta distinzione dei ruoli attribuiti ai coniugi: al marito spettano compiti che potremmo definire di responsabilità, quali il mantenimento (*nafaqa*) di mogli e figli e la potestà (*wilāya*) sui figli e in certa misura anche sulla consorte. La moglie si vede assegnati compiti di cura, quali la custodia (*ḥadāna*) dei figli e la gestione del *ménage* familiare, in una posizione di subordinazione al marito espressa dal concetto di *ʿiṣma*: traducibile come vincolo, indica un insieme di doveri tra i quali rientra la convivenza fisica, intesa come comunione di vita e *tamkīn* (sottomissione sessuale)¹⁰, e che rappresenta forse la forma più nota di quell’obbedienza (*tāʿa*) che la moglie deve al marito come controprestazione del mantenimento («Gli uomini sono preposti – *qawwāmūn* – alle donne perché Dio ha prescelto alcuni di voi sugli altri e perché essi donano parte dei loro beni per mantenerle – *anfaquʿ-hunna*», dice il Corano all’inizio del versetto IV, 34). Osserva Aluffi Beck-Peccoz che il nesso coranico tra mantenimento e obbedienza disegna un «ordine naturale delle cose [e corrisponde] a un ben preciso ordine economico: l’uomo, che si dedica all’attività produttiva, provvede al mantenimento della donna, destinata alla riproduzione»¹¹. Se la moglie deve obbedire, il marito può correggere: in questo potere correzionale (*taʿdīb*) viene identificato il fondamento della legittimazione della violenza domestica nelle società islamiche, anche

diritti. Riforme legislative nell’Africa Mediterranea, Torino 2006). In Bangladesh e Pakistan il *fiqh* convive con leggi del periodo coloniale quali il *Child Marriage Restraint Act* del 1929, il *Dissolution of Muslim Marriages Act* del 1939 e il *Guardians and Wards Act* del 1890; risale all’epoca in cui Pakistan e Bangladesh erano parte di un unico Stato la *Muslim Family Law Ordinance* del 1961. Dopo la separazione del 1971, in Bangladesh si segnalano il *Muslim Marriages and Divorce Registration Act* del 1974 e in Pakistan il *Dowry and Bridal Gifts (Restriction) Act* del 1976. In entrambi questi Paesi non va, infine, scordato il ruolo determinante svolto dalla giurisprudenza nell’interpretazione ed evoluzione del diritto.

10. Santillana puntualizza che «rispetto al marito, il matrimonio è quindi l’acquisto di un diritto di godimento o di uso (*intifā*) permanente sulla persona della donna, la quale, dal canto suo, si concede mediante un dono nuziale e l’obbligo del mantenimento assunto dal marito». D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, Roma, Istituto per l’Oriente C.A. Nallino, ristampa anastatica 2017, p. 197.

11. R. Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 94.

perché a esso sembra fare riferimento la seconda parte del versetto coranico IV, 34: «quanto a quelle di cui temete la disobbedienza (*nusūz*), ammonitele (*‘izū-hunna*), poi lasciatele sole nei loro letti (*ihğurū-hunna fi-l-madāği’i*), poi battetele (*idribū-hunna*); ma se vi ubbidiranno, allora non cercate pretesti per maltrattarle» su cui torneremo nel paragrafo successivo.

Se guardiamo alle leggi di famiglia e ai codici in vigore nei Paesi islamici osserviamo che questo modello è l’ordito su cui si innesta la trama della singola legge, che può essere assai ligia al modello (così sono, ad esempio, i codici dello statuto personale dei Paesi del Golfo che mantengono il ruolo di capofamiglia del marito, la poligamia e il ripudio senza condizioni, la potestà sui figli esclusivamente paterna) o può inserire delle variazioni (in Marocco e Algeria, ma non solo, la legge introduce limiti alla poligamia e al ripudio, apre alla moglie la potestà – *wilāya* – sui figli, elimina il dovere di obbedienza) pur mantenendosi fedele al modello del quale conserva alcuni elementi caratteristici, quali la natura contrattuale del matrimonio e la funzione del *mahr* come corrispettivo del godimento sessuale (su cui torneremo nel par. 4).

3. La violenza domestica e la legge

Si è detto *supra* che nel modello islamico di famiglia disegnato dal *fiqh* è presente il potere correzionale del marito che trova nell’imperativo «battetele» (*idribū-hunna*) contenuto nel versetto IV, 34 il proprio sostegno più forte. Il dibattito aspro e vivace sul significato di questo termine non può essere ripercorso in queste pagine; basti dire che esso è il frutto di un cambiamento radicale nello studio delle discipline islamiche seguito all’ingresso nelle facoltà teologiche e giuridiche di un crescente numero di donne le quali hanno proposto, forti della propria sensibilità religiosa e di un interesse specifico alla corretta comprensione dei versetti relativi alla relazione uomo-donna, una esegesi del verbo *idribū-hunna* che, partendo dai diversi significati della radice *daraba*¹², spiega il senso del verbo sottolineando non più la dimensione della violenza quanto quella dell’allontanamento. Secondo questa lettura, se il Corano deve essere interpretato alla luce dell’intero testo rivelato, allora non è ragionevole sostenere che Dio, che raccomanda gentilezza tra i coniugi

12. *daraba* è il battere o palpitare del cuore; il muoversi, vagare, andare a zonzo; e anche colpire, percuotere, battere qualcuno. Se Bausani, alla cui traduzione del Corano per i tipi della Rizzoli (1988) si fa qui riferimento, sceglie di tradurre *idribū-hunna* con «battetele» è perché così il verbo era inteso dalla dottrina che invitava a non esagerare, non toccando mai il viso della persona e astenendosi dal metterne in pericolo la salute. Nello stesso senso si orientano altre traduzioni in italiano e in lingue diverse dall’arabo. Tra le eccezioni si segnala la traduzione inglese di Laleh Bakhtiar del 2007 in cui l’Autrice, che dichiaratamente impronta il suo lavoro alla neutralità di genere, rende *idribū-hunna* con «mandare via».

anche al momento del ripudio¹³, abbia inteso autorizzare gli uomini all'uso della violenza nei confronti delle mogli; se poi si guarda alla *sunna*¹⁴ del Profeta, si constata che Muḥammad mai ha usato violenza verso le proprie mogli o le proprie figlie. Il nuovo canone interpretativo, insomma, sostiene che *idribū-hunna* sia stato inteso come un'autorizzazione a picchiare le donne perché questo era ciò che normalmente si faceva nelle società patriarcali e rispecchiava una visione maschile di società governate da uomini in cui il diritto era interpretato e applicato da uomini a loro esclusivo vantaggio¹⁵.

Ritengo che il dibattito su Corano IV, 34 abbia negli ultimi anni concorso, insieme con l'alfabetizzazione, l'emancipazione economica e la partecipazione alla vita politica, alla ridefinizione dei ruoli dei coniugi in seno alla famiglia e abbia inciso sulla questione della disciplina della violenza domestica. Il XXI secolo ha visto l'adozione in numerosi Paesi islamici di leggi funzionali a limitare la violenza contro le donne e la violenza domestica¹⁶; sebbene alcune di queste leggi siano migliorabili e le difficoltà nella loro applicazione non manchino soprattutto nei contesti più conservatori o tradizionalisti, resta il dato rilevante che le leggi esistono e che il supposto consenso generale delle società islamiche alla violenza di genere sia oggi da considerare tutt'altro che uniforme e condiviso.

Bangladesh – Nel 2010 è stato adottato il *Domestic Violence (Prevention and Protection) Act* n. 58 «in attuazione degli obblighi assunti come Stato firmatario della

13. Cor. LXV, 1: «O Profeta! quando divorziate dalle vostre donne [...] Non scacciatele dalle loro case; ne escano solo se avranno commesso una turpitudine evidente»; Cor. II, 229: «Il ripudio potrà avvenire due volte dopodiché terrete la donna presso di voi, come si conviene, oppure la allontanerete con bontà [...]»; Cor. XXXIII, 49: «Voi che credete, quando sposerete delle donne credenti e poi divorzierete da loro prima di averle toccate, non dovrete osservare con loro alcun termine; le provvederete del necessario e le congederete con gentilezza». Le pericopi in questa nota sono tratte dalla traduzione del Corano di Ida Zilio-Grandi, Milano, Mondadori, 2010.

14. Fonte del diritto, la *sunna* indica l'insieme dei precetti tratti dalla vita del Profeta, contenuti nelle tradizioni (sing.: *ḥadīṭ*) raccolti e catalogati sul finire del II secolo dell'Islam (VIII circa dell'era cristiana) in volumi, i più celebri dei quali sono i due *ṣaḥīḥ* di Muslim e Buḥārī.

15. Senza alcuna pretesa di completezza circa un dibattito sul quale ormai le pubblicazioni sono assai numerose, si citano qui: *The prohibition of domestic violence in Islam. A fatwa issued by Shaykh M. Hisham Kabbani and Dr. Homayra Zia*, Washington, World Organization for Resource Development and Education, 2011; S. Dunn - R.B. Kellison, *At the Intersection of Scripture and Law: Qur'an 4:34 and Violence against Women*, in *Journal of Feminist Studies in Religion*, 26 (2) 2010, pp. 11-36; A.S. Chaudhry, *Domestic violence and the Islamic tradition: ethics, law and the Muslim discourse on gender*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2014; D. Djamel, *Nuchuz Et Darb. Conflit De Couple Et Violence Conjugale Dans Le Coran: Traitement Et Remèdes*, Paris, Maison d'Ennour Editions, 2014; N. Ghafournia, *Towards a New Interpretation of Quran 4:34*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic World*, 2017, pp. 1-14; L. El-Ali, *No Truth Without Beauty. God, the Qur'an, and Women's Rights*, Cham, Palgrave Macmillan, 2022, alle pp. 263-272.

16. Si segnalano, a mero titolo di esempio, la legge libanese 293 del 2014 sulla protezione delle donne e dei membri della famiglia contro la violenza domestica; la legge 17 del 2015 del Bahrein sulla protezione contro la violenza in famiglia; la legge tunisina 2017-58 del 2017 relativa all'eliminazione della violenza nei confronti delle donne; in Giordania la legge 6 del 2008 sulla protezione contro la violenza domestica successivamente integrata dalla legge sulla violenza domestica n. 15 del 2017; la legge sulla lotta alla violenza domestica nella Regione del Kurdistan iracheno n. 8 del 2011.

Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979 e della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989» che si occupa principalmente dell'istituzione di un *enforcement officer* in ogni area metropolitana, distretto, e sottodistretto (*upazila* e *thana*) e della disciplina di *protection order*, *residence order*, *compensation order* e *custody order* nonché delle conseguenze della violazione di detti ordini.

In questo Paese il legislatore ha negli ultimi quarant'anni dedicato attenzione a un particolare tipo di violenza riconducibile al contesto familiare, cioè quello connesso al meccanismo della dote, vale a dire le somme di denaro, i gioielli, gli arredi che la famiglia della sposa si impegna a consegnare allo sposo come corrispettivo per la sua accettazione del matrimonio con la ragazza. La dote non va confusa con il *mahr* (donativo nuziale cui è tenuto il marito nei confronti della moglie e che è un obbligo imposto dalla *šarī'a*); né con il *kanyadana* hindu, in cui è presente l'idea del dono fatto dal padre della sposa allo sposo¹⁷. In Bangladesh il complesso sostrato socio-economico e culturale che caratterizza il Paese genera un contesto nel quale la donna – al fine di evitare il disonore alla propria famiglia – deve sposare un uomo di ceto e casta appropriati; per ottenere questo risultato, la dote diventa uno strumento potente che consente di selezionare il partito migliore al contempo evitando che la ragazza resti nubile o, peggio, si sposi con un soggetto inadeguato perché al di sotto della sua casta. Dato che la dote è un elemento centrale nella trattativa matrimoniale, quando a matrimonio concluso la famiglia dello sposo ritenga di non aver ricevuto una dote appropriata o corrispondente a quanto pattuito, possono generarsi meccanismi di vendetta nei confronti della sposa che raggiungono vette di straordinaria efferatezza¹⁸.

Lungi dall'affermare che nella società bengalese le violenze legate alla dote siano sistematiche, non si può però negare che esse abbiano un'elevata incidenza statistica e che sia questa ad aver spinto il legislatore, già negli anni Ottanta, a tentare di contenere il fenomeno. Il *Dowry Prohibition Act* (XXXV del 1980) puniva con la reclusione da 1 a 5 anni chi avesse dato o chiesto una dote¹⁹, definendo nullo ogni accordo in tal senso tra le parti. Queste disposizioni si sono rivelate insufficienti, tanto da costringere il legislatore negli anni successivi a nuovi interventi: nel 1983 è emanata la *Cruelty to Women (Deterrent*

17. D. Francavilla, *Il diritto nell'India contemporanea. Sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 142.

18. F. Chowdhury, *Islam and Women's Income. Dowry and Law in Bangladesh*, London, Routledge, 2016; R. Tabassum - L.A. Persson, *Dowry and Spousal Physical Violence Against Women in Bangladesh*, in *Journal of Family Issues*, 31(6) 2010, pp. 830-856; K.A. Young - S. Hassan, *An Assessment of the Prevalence, Perceived Significance, and Response to Dowry Solicitation and Domestic Violence in Bangladesh*, in *Journal of Interpersonal Violence*, 33(19) 2018, pp. 2968-3000.

19. Il legislatore bengalese adotta una strategia curiosa, definendo la dote in modo leggermente diverso ogni volta che se ne occupa. Le diverse definizioni convergono tutte nel senso di identificare nella dote il denaro, i beni o qualsiasi altra proprietà data o promessa dalla sposa o i suoi parenti allo sposo o ai suoi parenti come condizione o come corrispettivo del matrimonio.

Punishment) Ordinance, poi sostituita dal *Women and Child Repression (Special Provision) Act XVIII* del 1995, a sua volta abrogato dal *Prevention of Oppression Against Women and Children Act VIII* del 2000; quest'ultimo disciplina diverse fattispecie lesive della salute psico-fisica e della dignità di donne e bambini quali l'uso contro di loro di sostanze incendiarie, corrosive o velenose, il traffico, il rapimento, la violenza sessuale, le procurate menomazioni ai fini dell'accattonaggio e, appunto, le violenze connesse alla dote. Da ultimo, il *Dowry Prohibition Act XXXIX* del 2018 ha sostituito il *Dowry Prohibition Act* del 1980; è riformulato il concetto di «parte» senza che ne muti la sostanza, così come il concetto di dote che viene però ampliato rispetto alla formulazione del 1980; il quadro sanzionatorio rimane lo stesso (reclusione da 1 a 5 anni) e anche la previsione di nullità per ogni accordo in tema di dote. Come novità la legge del 2018 introduce la sanzione della reclusione fino a cinque anni per chi promuova una causa temeraria «sapendo di non avere una base giuridica per farlo»; sarà interessante vedere come si orienterà la giurisprudenza nell'accertare la consapevolezza nella parte della inesistente base giuridica dell'azione, considerato che statisticamente questi casi di violenza sono diffusi soprattutto tra le classi sociali meno abbienti e dove più elevata è la scarsa alfabetizzazione femminile. Le donne, potenziali vittime della violenza, sono anche quelle che si troveranno più esposte al rischio di vedersi accusate di aver intentato una causa temeraria.

Egitto – Sebbene il legislatore sia intervenuto più volte al fine di ampliare la tutela dei diritti riconosciuti e garantiti alle donne disciplinando anche profili penali (la legge sul *mobbing*, la legge che vieta di divulgare informazioni relative all'identità della persona vittima di abusi sessuali, l'abrogazione nel 1999 dell'art. 291 c.p. che disciplinava il matrimonio riparatore in caso di violenza sessuale, alcune modifiche al codice penale apportate con legge 11 del 2011 che aggrava le sanzioni previste per i reati di molestie e violenza sessuale) manca a oggi una legge organica relativa alla violenza contro le donne²⁰ e/o alla violenza domestica. Certamente le vittime possono ricorrere agli articoli del codice penale relativi, ad esempio, a lesioni e percosse, ma allo stato attuale sfuggono alle maglie della legge fenomeni quali la violenza economica e la violenza psicologica; inoltre, l'assenza di un quadro normativo adeguato, accompagnato dalla previsione di misure di protezione,

20. Sfugge all'economia di questo lavoro la questione della disciplina delle mutilazioni genitali femminili; basti dire che il legislatore è intervenuto una prima volta con la legge 126 del 2008 sui diritti del bambino introducendo nel codice penale il nuovo articolo 242-bis che puniva con la reclusione da tre mesi a due anni l'esecuzione di mutilazioni genitali femminili (*hitān al-unṭa*). La legge 78 del 2016 ha modificato la disposizione elevando la reclusione da un minimo di 5 a un massimo di 7 anni e offrendo una definizione, per quanto imprecisa, di *hitān al-unṭa*; ha, inoltre, aggiunto il nuovo art. 241-bis A con il quale si sanziona anche la condotta di chi richieda la mutilazione genitale femminile. Infine, la legge n. 10 del 2021 ha modificato l'art. 242-bis specificando che se l'esecutore della mutilazione è un esercente la professione medica o infermieristica la reclusione va da un minimo di 10 a un massimo di 20 anni.

dimostra a mio avviso che il dibattito sulla violenza contro le donne è ancora immaturo, con inevitabili riflessi sulla propensione della vittima a sporgere denuncia.

Marocco – Nel 2018 è entrata in vigore la legge n. 103-13 sulla lotta alla violenza contro le donne (*qānūn yata'allaqu bi-muḥāraba al-'unf didd al-nisā'*) anche nota come legge Haqqāwī dal nome della ministra degli affari familiari e delle donne Bassīma al-Haqqāwī che l'ha fortemente voluta. La legge ha avuto un percorso irto di ostacoli: presentata nel 2013, è stata approvata solo nel 2018 dopo una serie di emendamenti e a seguito di un dibattito molto aspro che ha interessato l'intera società marocchina. Dato l'obiettivo ambizioso perseguito dal legislatore, non stupisce che i detrattori abbiano messo l'accento sulle più significative lacune della legge stessa: da un lato non si è voluto correggere o abrogare fattispecie ritenute – almeno da alcuni settori della società marocchina – come obsolete, quali l'aborto (artt. 449-458 c.p.), il delitto d'onore (art. 418-421 c.p.²¹) e i rapporti sessuali al di fuori del matrimonio (art. 490 c.p.); dall'altro, il legislatore ha mancato di intervenire su questioni particolarmente rilevanti quali la violenza domestica. Il *leitmotiv* dell'azione del legislatore consiste nel prevedere un aggravamento della pena in funzione dell'autore della condotta (ci torneremo al paragrafo successivo), o se la stessa ha avuto come destinataria una donna incinta, o portatrice di handicap o nota per le sue limitate capacità mentali. In alcuni casi il legislatore considera come aggravante la condotta violenta portata alla donna «in ragione del suo sesso» (*didd al-imra'a bi-sabab ḡinsihā*) e sembra, dunque, riconoscere l'esistenza di una violenza di tipo sistematico nei confronti delle donne, esercitata in nome di una sovrastruttura patriarcale, che rimanda al concetto di femminicidio; tuttavia, i reati a cui si estende questa aggravante sono pochi²² e non si può fare a meno di notare che tra essi non rientra l'omicidio. In ogni caso, si tratta a mio avviso di una formula affatto banale e sarà interessante osservare come si orienterà la giurisprudenza nell'interpretarla.

Un secondo rilievo riguarda le questioni procedurali e gli strumenti di tutela, perché la vittima può accedere alle misure di protezione solo dopo aver sporto denuncia penale, che deve essere corroborata da evidenze mediche della violenza subita, con tutti i limiti derivanti sia dalla difficoltà della vittima nel denunciare il parente violento sia dal difficile accertamento di forme di violenza quali quella psicologica. A ciò si aggiunga che in alcuni

21. L'art. 418 c.p. definisce «scusabili» (in francese *excusable*; in arabo *'udr muḥaffaḍ al-'uqūba*, motivo di riduzione della pena) «l'omicidio, le lesioni e le percosse se commessi da uno dei coniugi sulla persona dell'altro e del suo partner nel momento in cui li abbia colti in flagranza di adulterio».

22. Ingiuria e diffamazione, artt. 444-1 e 444-2; aiuto al suicidio, art. 407 comma 2; intercettazione, registrazione, diffusione di informazioni e/o immagini, artt. 447-1, 447-2 e 447-3; costrizione al matrimonio con violenza o minacce, art. 503-2-1.

casi, quali l'abbandono della famiglia (artt. 479-481-1), la costrizione al matrimonio (art. 503-2-1) e la dissipazione o cessione di beni con l'intento di nuocere al coniuge o ai figli (art. 526-1 c.p.), è previsto che il ritiro della querela da parte della persona offesa ponga fine all'azione penale e anche agli effetti della sentenza definitiva di condanna che sia stata nel frattempo pronunciata²³.

Pakistan – Lo Stato ha natura federale²⁴ e la Costituzione ripartisce la competenza legislativa tra Stato e Province individuando settori in cui essa è esclusiva e altri in cui è concorrente; in particolare, è concorrente la competenza in materia di diritto penale, diritto processuale penale e disciplina delle prove; nel contrasto tra testi legislativi federali e provinciali, prevale il testo federale (art. 143 Cost.). In materia di protezione delle donne contro la violenza, è stato finora più semplice adottare strumenti legislativi a livello provinciale, come dimostra l'emanazione del *Sindh Domestic Violence (Prevention and Punishment) Act XX* del 2013, del *Balochistan Domestic Violence (Prevention and Protection) Act VII* del 2014, del *Punjab Protection of Women against Violence Act XVI* del 2016²⁵, e, infine, il *Khyber Pakhtunkhwa Domestic Violence against Women (Prevention and Protection) Act III* del 2021. Al contrario, a livello federale, sebbene il legislatore sia nel tempo intervenuto su alcune questioni²⁶, manca a oggi una disciplina unitaria; dal luglio

23. Per alcuni rilievi critici sulla legge 103-13, F. Irgui - F.A. Boughima, *Lecture de la loi 103-13 relative à la lutte contre les violences faites aux femmes au Maroc*, in *La Revue de Médecine Légale*, 3.13.2022, pp. 116-121; ICJ (International Commission of Jurists), *Obstacles to Women's and Girls' Access to Justice for Gender-based Violence in Morocco*, Geneva, 2019, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/06/Morocco-Obstacles-GBV-Publications-Reports-Thematic-report-2019-ENG.pdf>.

24. Ai sensi dell'art. 1 Cost. 1973 come successivamente emendata, il Pakistan è composto dalle province del Baluchistan, Punjab, Sindh e Khyber Pakhtunkhwa (fino al 2010 noto come North-West Frontier Province); dal territorio della Capitale Federale Islamabad; dalle Aree Tribali di Amministrazione Federale (FATA nell'acronimo inglese); e dagli Stati e territori che sono o possono essere inclusi nel Pakistan vuoi per accessione o in altro modo.

25. L'Assemblea del Punjab ha dimostrato un certo attivismo in relazione ai diritti delle donne, adottando nel 2015 cinque leggi relative a questioni specifiche. Il *Punjab Land Revenue (Amendment) Act* e il *Punjab Partition of Immovable Property Act* impongono che le cause immobiliari siano risolte in tempi rapidi e senza discriminazione di genere e hanno, tra gli altri, il fine di scoraggiare la diffusa pratica di costringere le donne a rinunciare alle loro proprietà fondiari a favore degli eredi maschi. Il *Punjab Muslim Family Laws (Amendment) Act* detta obblighi formali in relazione al contratto di matrimonio al fine di evitare frodi e tutelare i diritti della moglie mentre il *Punjab Marriage Restraint (Amendment) Act* punisce con la reclusione fino a 6 mesi l'adulto che sposi un bambino (è tale per la legge il maschio al di sotto dei 18 anni e la femmina al di sotto dei 16); infine, il *Family Courts (Amendment) Act* permette alle donne di trattenere metà del *mahr* in caso di scioglimento del matrimonio per *khul'*, contrastando la prassi diffusa nel Paese che vedeva la donna restituire per intero il donativo nuziale al marito per convincerlo a consentire allo scioglimento del matrimonio.

26. Ad esempio, il *Protection against Harassment at Workplace Act* del 2010 definisce le molestie come ogni *avance* sessuale indesiderata, richiesta di favori sessuali, comunicazioni orali o scritte o condotte fisiche di natura sessuale, comportamenti sessuali umilianti, che interferiscano con le *performance* lavorative o che creino un ambiente di lavoro intimidatorio, ostile od offensivo; rientra nella nozione di molestia anche il tentativo di punire il querelante (che può essere donna, ma anche uomo) per il rifiuto di soddisfare le richieste sessuali, o rendere tali richieste una condizione per l'impiego. Il querelante sporge denuncia al Comitato inquirente istituito dalla legge stessa o all'*Ombudsman*; se vi sono evidenze che la denuncia è fondata, questi rimettono il caso alle autorità competenti raccomandando che siano applicate le sanzioni

2020 è all'esame dell'Assemblea nazionale un disegno di legge relativo alla prevenzione della violenza domestica che, nelle intenzioni del proponente ministro per i diritti umani, ha lo scopo di istituire «un sistema efficace di protezione, soccorso e riabilitazione delle donne, dei bambini, degli anziani e di tutte le persone vulnerabili contro la violenza domestica»²⁷. Il disegno di legge, la cui storia parlamentare vivace ha visto opporsi l'Assemblea nazionale al più conservatore Senato, è attualmente all'esame del Consiglio dell'ideologia islamica, organo consultivo disciplinato dagli artt. 227-231 Cost. e incaricato del vaglio di conformità sciaraitica delle leggi. Il Consiglio si è in passato distinto per l'adozione di pareri ostili all'ampliamento dei diritti delle donne; un celebre esempio di questo atteggiamento si è avuto nel 2016 quando il Consiglio ha elaborato una propria versione di legge modello in tema di tutela della donna nel quale era previsto il diritto del marito di picchiare «leggermente» la moglie se lo avesse ritenuto necessario²⁸.

3.1. Definizioni e sanzioni

Nella famiglia della violenza contro le donne, la violenza domestica è un *genus* caratterizzato dai soggetti che ne sono protagonisti, perché la vittima ha un legame parentale o affettivo con la persona abusante. I legislatori del Bangladesh e delle Province pakistane del Sindh, del Baluchistan e del Khyber Pakhtunkhwa hanno adottato, come abbiamo visto, leggi specifiche in materia mentre il Punjab e il Marocco disciplinano la questione nelle leggi sulla violenza contro le donne.

previste dalla legge del 2010 e che vanno dalla mera censura del comportamento molesto all'interruzione della progressione di carriera, al licenziamento e alla multa. Con riferimento alle pratiche tradizionali dannose, il legislatore federale è intervenuto in materia di *badal-i sulh* (anche noto come *wanni* o *swara* in alcune regioni del Pakistan), istituto del diritto consuetudinario diffuso anche in Afghanistan e utilizzato per comporre controversie e faide quasi sempre nascenti da delitti di sangue: con il *badal-i sulh* il reo offre una o più ragazze della propria famiglia in matrimonio alla vittima o, in caso di omicidio, ai suoi parenti maschi. L'istituto, che è in evidente contrasto anche con il diritto musulmano perché realizza un trasferimento della responsabilità penale dal reo alle sue parenti femmine e perché nel *badal-i sulh* alla donna non viene versato il *mahr*, è stato oggetto di intervento legislativo nel 2011. L'art. 310 c.p. e il nuovo art. 310 A – relativi al prezzo del sangue (*diya*) in caso di omicidio – vietano, sanzionando la condotta con la reclusione da tre a sette anni, che una donna sia «[data] in matrimonio o altrimenti [costretta] a concludere un matrimonio, come *badal-i-sulh*, *wanni* o *swara* o ogni altra tradizione o consuetudine comunque nota, come corrispettivo per la composizione di una lite civile o della responsabilità penale».

27. <https://mohr.gov.pk/NewsDetail/ZjRhOTFjNWUtMjk3Ny00Njk5LWE3MGItNmMyNGVjOTAYNDky>.

28. Non mi è stato possibile rintracciare sul sito web del Consiglio (www.cii.gov.pk) il testo del disegno di legge, ma di questa e altre stravaganti proposte ha dato conto la stampa pakistana; cfr. ad esempio, R. Khan, *'Lightly beating' wife permissible, says CII's proposed women protection bill*, in *The Dawn*, June 26, 2022, <https://www.dawn.com/news/print/1260803>; *Concerns: PCSW rejects CII's 'model' women protection bill*, *Commission says CII proposal contravenes fundamental rights*, in *The Express Tribune*, May 31st, 2016, <https://tribune.com.pk/story/1113177/concerns-pcsw-rejects-ciis-model-women-protection-bill>. Sul ruolo dei partiti e movimenti di ispirazione religiosa nel dibattito sui diritti delle donne in Pakistan, Z.S. Ahmed, *Islamists and the incremental Islamisation of Pakistan: the case of women's rights*, in *Commonwealth & Comparative Politics*, 59 (3) 2021, pp. 275-295.

In Marocco, come accennato, la legge 103-13 non regola in maniera autonoma la violenza domestica; il legislatore, però, agisce sul codice penale modificandone alcune norme al fine di includere riferimenti precisi al soggetto agente, identificato come coniuge (*zawġ*), fidanzato (*ḥaṭīb*), coniuge divorziato (*ṭalīq*), ascendente, discendente, fratello, *kāfil*²⁹, tutore o persona che esercita tutela o autorità (*wilāya, sulṭa*) sulla vittima; così è per le percosse e lesioni (art. 404), per l'aiuto al suicidio (art. 407), per il rapimento e il sequestro di persona (art. 436-1), per l'omissione di soccorso (art. 431), per l'intercettazione, registrazione e diffusione con qualsiasi mezzo di testi, fotografie o informazioni di carattere privato o confidenziale senza il consenso della persona interessata (art. 447-3) in cui si ha un aggravamento della sanzione originariamente prevista se a commettere il reato è uno dei soggetti elencati. Come accennato *supra*, manca ogni riferimento all'uxoricidio (diverso dal delitto d'onore) o all'omicidio aggravato dalle relazioni personali, così come non è prevista l'aggravante del reato commesso in presenza di minore³⁰.

Nel sub-continente indiano, i legislatori bengalese e quelli provinciali pakistani offrono tutti una definizione del concetto di violenza domestica che presenta due caratteristiche ricorrenti: la prima è che la famiglia è tale in quanto condivide la stessa abitazione. In generale, le leggi in esame affermano che è violenza domestica l'abuso fisico, psicologico, sessuale o economico nei confronti di una donna o un bambino da parte di un membro della famiglia. La violenza domestica presuppone l'esistenza di una *domestic relationship* che è la relazione tra persone che vivono, o hanno vissuto in qualsiasi momento, insieme in una casa quando sono legate da vincoli di consanguineità, matrimonio, parentela, adozione, lavoro, assistenza domestica o sono membri della famiglia estesa (art. 2 (e) *Sindh Act*, in modo simile art. 2 (f) *Balochistan Act*, art. 2 (h) *Punjab Act*, art. 2 (8) e (9) *Bangladesh Act*). Attira l'attenzione – perché rischia di ridurre l'ambito di applicazione della legge – il ricorrente riferimento alla casa, che in altri contesti giuridici non trova invece accoglienza³¹. Il discrimine tra un mero atto di violenza contro la donna e la violenza «domestica» è quindi rappresentato dalla convivenza presente o passata tra le parti? A mio avviso sarebbe stato meglio evitare ogni riferimento alla casa (come nell'art. 2 (i) e (j) del *Khyber Pakhtunkhwa Act*) o mettere l'accento, come fa il legislatore marocchino, sulla relazione affettiva e/o

29. Nel Maghreb la *kafāla* consiste nell'impegno ad accudire, mantenere, educare un minore a titolo di liberalità; il *kāfil* è il genitore affidatario che ha nei confronti del minore (*makfūl*) gli stessi doveri di un genitore verso il proprio figlio. Il Marocco disciplina l'istituto con la legge 15-01 entrata in vigore nel 2002 relativa alla cura (*kafāla*) dei minori abbandonati. Vd. R. Aluffi Beck-Peccoz, *La kafāla, nel cielo del diritto*, in *Islamochristiana*, 44.2018, pp. 215-226.

30. Il codice penale disciplina invece l'omicidio dell'ascendente (art. 396) e l'infanticidio (art. 397).

31. Si veda, per tutti, l'art. 3 (b) della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011 secondo il quale sono casi di violenza domestica «tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di questi atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

famigliare esistente tra le parti perché è questa, in fondo, che rappresenta il *vulnus* specifico: il male arriva da soggetti da cui non è (*rectius*: non dovrebbe essere) atteso.

La seconda caratteristica ricorrente è che i legislatori accompagnano la definizione di violenza domestica con spiegazioni (*explanation*) più o meno articolate delle condotte (violenza psicologica, economica, sessuale) a essa riconducibili: ad esempio, l'art. 5 (f) del *Sindh Act* definisce «abuso verbale, emotivo e psicologico» una serie di comportamenti degradanti o umilianti nei confronti della vittima tra i quali rientrano la possessività e la gelosia ossessiva che costituiscono una seria invasione della libertà, integrità, sicurezza e privacy; gli insulti e la ridicolizzazione; la minaccia di causare dolore fisico; la minaccia di un'azione penale dolosa; accusare la moglie di immoralità; minacciare il divorzio; contestare senza fondamento la follia, o rinfacciare la sterilità della moglie allo scopo di sposarsi nuovamente; addurre false affermazioni sul carattere di un membro femminile della famiglia. Il punto, però, è un altro: con l'eccezione del *Sindh Act*, che all'art. 6 determina chiaramente le sanzioni applicabili alle diverse condotte che costituiscono violenza domestica, e del *Khyber Pakhtunkhwa Act* che all'art. 3 (2) punisce la violenza domestica (in tutte le sue forme) con la reclusione da 1 a 5 anni, le altre leggi si limitano a sanzionare solo il caso in cui vengano violati gli eventuali ordini di protezione o restrittivi emanati a protezione della vittima. Non sono previste aggravanti, né la violenza domestica entra come reato nuovo nel sistema penale; i legislatori si limitano a predisporre un apparato, più o meno efficiente e articolato, di misure volte a prevenire o contenere il ripetersi di fenomeni di violenza, istituendo organismi incaricati di sorvegliare sull'applicazione della legge e dettando regole procedurali.

4. Lo stupro coniugale è violenza sessuale?

La questione della punibilità – o meno – dello stupro coniugale si comprende a partire dal modo in cui gli ordinamenti giuridici articolano i rapporti personali tra coniugi. Si è in precedenza fatto cenno alla natura contrattuale del matrimonio, che prevede lo scambio di prestazioni reciproche tra i coniugi. A fronte del *mahr* (donativo nuziale) versato dal marito, la donna si impegna a consentirgli il rapporto sessuale: ibn 'Ābidīn, ad esempio, definisce il matrimonio come «il contratto che comporta il godimento, cioè la liceità del godimento della donna da parte dell'uomo»³². Santillana³³, nel presentare le caratteristiche del matrimonio secondo il diritto malichita, scrive che esso «ha per scopo la convivenza fisica: in virtù del contratto, la donna deve concedersi al marito, ed il marito è in diritto di esigerlo, in virtù

32. Cfr. R. Aluffi Beck-Peccoz, A. Ferrari, A.M. Rabello, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 184.

33. D. Santillana, *Istituzioni*, cit., pp. 230-231.

della *iṣmah* o potere ch'egli ha sulla persona della donna. La donna non può rifiutare il debito coniugale senza incorrere nella perdita degli alimenti (*naḥaqa*)³⁴ e anche nella risoluzione del vincolo nuziale, a richiesta del marito». A onor del vero, anche sul marito grava un debito coniugale nei confronti della moglie, la quale può, ove egli si astenga dal talamo volontariamente per più di 4 mesi, rivolgersi al giudice per chiedere che il marito sia costretto a reintegrare i rapporti coniugali o a dare ripudio sciogliendo il matrimonio e liberando la donna (procedura nota come giuramento di astinenza o *ilā'* e prevista in Cor. II, 226)³⁵.

Insomma, come ci dice una celebre definizione del giurista ibn 'Arafa il matrimonio è «il contratto che ha per oggetto il semplice godimento fisico con una donna» e sebbene da esso nascano diritti e doveri per le parti che vanno ben oltre il mero rapporto sessuale è pur vero che, come scrive Aluffi Beck-Peccoz, nella concezione tradizionale della famiglia la consumazione del matrimonio è il «primo atto con cui la donna si mette a disposizione del marito (*al-iḥtibās al-taslīm*)»³⁶.

Nel diritto degli Stati islamici contemporanei molto è cambiato e alcuni legislatori sottolineano come il matrimonio sia l'istituto che consente la creazione della famiglia più che un contratto funzionale alla mera regolazione e legittimazione dell'attività sessuale³⁷. Nondimeno, l'idea che dal matrimonio nasca un dovere al rapporto sessuale al quale la donna non può sottrarsi filtra in altre disposizioni legislative³⁸ e permea società nelle quali una

34. Non sono molte le leggi che oggi esplicitano chiaramente il nesso tra prestazione sessuale e mantenimento: ne è un esempio l'art. 69 della legge di famiglia 22/2006 del Qatar, il quale collega al mancato adempimento del dovere della prestazione sessuale la qualificazione come *nāsiḥa* (disobbediente, riottosa) della donna e, «se [ella] si rifiuta al marito (*iḍān manā'at nafsiha min al-zawġ*)» ne fa seguire la perdita del diritto al mantenimento.

35. Tuttavia, mentre nel caso del marito i giuristi sono d'accordo nel ritenere che egli vanti un diritto alla disponibilità sessuale della moglie, non è lo stesso con riferimento alle rivendicazioni della moglie nei confronti del marito. Se i giuristi malichiti annoverano tra le giuste cause di divorzio l'abbandono maritale del talamo (*hiġr*) e il giuramento di astinenza (*ilā'*), gli sciafiiti sostengono invece che se il marito vanta un diritto questo non può essere considerato anche un dovere e altri ancora qualificano la questione delle rivendicazioni uxorie al sesso come essenzialmente morale e religiosa; cfr. R. Aluffi Beck-Peccoz, *Il matrimonio*, p. 215.

36. R. Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione*, cit., p. 96.

37. Si confrontino, a titolo di esempio, le definizioni di matrimonio proposte dai legislatori marocchino e yemenita. Ai sensi dell'art. 4 della *Mudawwana* marocchina del 2004: «il matrimonio è un patto consensuale di unione legale e destinata a durare tra un uomo e una donna. Il suo fine è la fedeltà, la purezza e la creazione di una famiglia stabile sotto la direzione dei due coniugi secondo le disposizioni della presente Mudawwana», mentre l'art. 6 del codice dello statuto personale yemenita del 1992 definisce il matrimonio come «l'unione tra due coniugi con un atto legale in virtù del quale la donna diviene legalmente lecita all'uomo. Il suo scopo è la protezione contro l'adulterio e la creazione di una famiglia la cui base è la buona convivenza».

38. L'insidia si annida in ogni dove. In Libano è paradossalmente la legge 293 del 2014 sulla protezione delle donne e dei membri della famiglia contro la violenza domestica a creare problemi: l'art. 3 par. 7 punisce con la pena prevista dagli artt. 554-559 c.p. (sulle lesioni personali) la condotta di chi «con l'intenzione di soddisfare il diritto coniugale ad un rapporto sessuale, picchi o cagioni un danno al coniuge» mentre il par. 8 punisce con le pene di cui agli art. 573-578 c.p. (sulle minacce) chi «con l'intenzione di soddisfare il diritto coniugale ad un rapporto sessuale, minacci il coniuge». Per il legislatore libanese esiste dunque un «diritto coniugale al rapporto sessuale (*al-ḥuqūq al-zawġiyya fī-l-ġimā'*)»; questo

tradizione (*ḥadīṭ*) attribuita al Profeta, e assai nota, dice che se una donna diserta il talamo nuziale «gli angeli la malediranno fino al mattino (*la‘anat-ha al-malā’ika ḥatta tuṣbiḥa*)»³⁹.

Prima di guardare a come la legge affronta la questione della violenza sessuale intraconiugale, una notazione utile concerne il linguaggio. I *fuqahā’* arabi indicavano la violenza sessuale con *zinā’ bi-l-ḡabr*, dove *zinā’* è il termine tecnico che indica i rapporti sessuali extraconiugali (fornicazione e adulterio) e *ḡabr* è la violenza; dunque, *zinā’ bi-l-ḡabr* è il rapporto sessuale illecito (perché al di fuori del matrimonio) imposto con la violenza. Si capisce qui che l’elemento centrale della condotta era il suo avvenire al di fuori di un’unione legittima; la sanzione, infatti, è la stessa prevista per il reato di *zinā’* (fustigazione per l’uomo non sposato, lapidazione a morte per l’uomo sposato) a cui, se del caso, si aggiungeva il prezzo del sangue per le lesioni inferte alla vittima e, in sede civile, il pagamento di una somma corrispondente al *mahr* (donativo nuziale) per avere l’uomo illecitamente goduto di un diritto che deriva solo dal vincolo coniugale. Nel diritto penale contemporaneo, l’uso di *zinā’ bi-l-ḡabr* si ritrova nei codici e nelle leggi che hanno recuperato in tutto o in parte la tradizione penale sciaraitica, altrimenti il termine più usato per indicare la violenza sessuale è *igtiṣāb*, dalla radice *ḡaṣaba* che significa prendere con la forza, illegalmente e che modificata in VIII forma verbale diventa *igtaṣaba*, appunto violentare una donna. Il termine non rinvia concettualmente alla disciplina del reato di *zinā’* e permette di considerare la violenza sessuale per quello che in effetti è, un reato che vede la sopraffazione di una parte sull’altra e perciò radicalmente diverso da adulterio e fornicazione dove si ha la partecipazione volontaria e consapevole di entrambi i soggetti coinvolti.

In nessuno dei Paesi oggetto di indagine è riconosciuto esplicitamente il reato di violenza sessuale intraconiugale, o stupro coniugale.

In Bangladesh, invece, esiste la cd. *marital exemption* la cui presenza non è dovuta, come si potrebbe pensare alla luce delle considerazioni precedenti, a un retaggio islamico del diritto penale. Il codice penale attualmente in vigore in Pakistan e Bangladesh è ancora quello anglo-indiano del 1860⁴⁰, seppur in Pakistan pesantemente modificato negli anni Novanta per accogliere la disciplina sciaraitica dei reati di sangue. Nella formulazione

non può essere soddisfatto con minacce o lesioni personali, ma ciò non significa che sia punibile *per se* lo stupro coniugale. In Tunisia il Codice dello statuto personale prevede all’art. 13 che «il marito non può obbligare la moglie alla consumazione (*laysu al-zawǧ ‘an yaǧbaru al-mar’a ‘ala al-binā’*) se non ha pagato il *mahr*»: possiamo dedurne che se il pagamento è avvenuto sia possibile “obbligare” la moglie al coito? La giurisprudenza finora ha taciuto, e il legislatore non ha voluto cogliere neanche l’occasione della legge 2017-58 sull’eliminazione della violenza nei confronti delle donne per abrogare una disposizione dal contenuto così ambiguo.

39. al-Buḥārī, *al-Ġāmi‘ al- Ṣaḥīḥ*, k. *al-nikāḥ*, 121 e 122.

40. Il codice penale anglo-indiano del 1860 è rimasto in vigore nel subcontinente anche dopo l’indipendenza e contestuale *Great Partition* tra India e Pakistan del 1947.

originale dell'art. 375 c.p. del Bangladesh si legge nella *exception* che il rapporto sessuale di un uomo con la propria *moglie, che non abbia meno di 13 anni, non è violenza sessuale* (corsivo mio)⁴¹. Il fondamento di questa disposizione è da rintracciare nella dottrina del consenso contrattuale formulata da Sir Matthew Hale nel XVIII secolo: «a husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and contract the wife hath given herself in kind unto her husband, which she cannot retract»⁴². I redattori del codice anglo-indiano, guidati da Lord Macaulay, accolsero tale dottrina negli anni Cinquanta dell'Ottocento senza alcuna esitazione ed essa è ancora presente nei codici degli Stati islamici contemporanei che hanno mantenuto in vigore il codice penale coloniale inglese. In Gran Bretagna, invece, la House of Lords ha superato la trappola della *marital exemption* nel 1991 con la sentenza *R v R* [1991] UKHL 12, [1991] 4 All ER 481, nella quale si è finalmente stabilito che «in modern times the supposed marital exception in rape forms no part of the law of England»⁴³.

In Bangladesh, come accennato, la *exception* prevista dall'art. 375 c.p. è tuttora in vigore⁴⁴ e il legislatore ha anche reiterato il concetto all'art. 9 (i) del *Prevention of*

41. Art. 375 c.p. Bangladesh: «A man is said to commit “rape” who except in the case hereinafter excepted, has sexual intercourse with a woman under circumstances falling under any of the five following descriptions: Firstly. Against her will; Secondly. Without her consent; Thirdly. With her consent, when her consent has been obtained by putting her in fear of death, or of hurt; Fourthly. With her consent, when the man knows that he is not her husband, and that her consent is given because she believes that he is another man to whom she is or believes herself to be lawfully married; Fifthly. With or without her consent, when she is under fourteen years of age. *Explanation.* Penetration is sufficient to constitute the sexual intercourse necessary to the offence of rape. *Exception.* Sexual intercourse by a man with his own wife, the wife not being under thirteen years of age, is not rape».

42. Matthew Hale, *The History of the Pleas of the Crown*, 1736 p. 629; vd. anche Tan Cheng Han, *Marital Rape. Removing the Husband's Legal Immunity*, in *Malaya Law Review*, 31 (1) 1989, pp. 112-128.

43. Nel suo *leading speech*, seguito dagli altri 4 giudici della House of Lords, Lord Keith, dopo aver contestualizzato storicamente la *proposition* di Hale, ripercorre la giurisprudenza del XIX e XX secolo e si sofferma sull'interpretazione del *Sexual Offences (Amendment) Act* del 1976. Si ritiene utile citare qui il passaggio in cui Lord Keith evidenzia la capacità evolutiva della *common law* e il cambiamento di paradigma interpretativo della nozione di matrimonio: «It may be taken that the proposition was generally regarded as an accurate statement of the common law of England. The common law is, however, capable of evolving in the light of changing social, economic and cultural developments. Hale's proposition reflected the state of affairs in these respects at the time it was enunciated. Since then the status of women, and particularly of married women, has changed out of all recognition in various ways [...] one of the most important changes is that marriage is in modern times regarded as a partnership of equals, and no longer one in which the wife must be the subservient chattel of the husband. Hale's proposition involves that by marriage a wife gives her irrevocable consent to sexual intercourse with her husband under all circumstances and irrespective of the state of her health or how she happens to be feeling at the time. In modern times any reasonable person must regard that conception as quite unacceptable».

44. Il Bangladesh non è certo un caso isolato. In Brunei Darussalam il codice penale sciaraitico del 2013, entrato in vigore nel 2019, stabilisce all'art. 75 che «una persona commette violenza sessuale (*zina bil-jabr*) se lui o lei ha un rapporto sessuale con una donna o un uomo, a seconda dei casi, *con cui lui o lei non è validamente sposato* (corsivo mio)» in una delle circostanze indicate dal legislatore (mancanza di volontà, volontà coartata da incapacità mentale o da minacce o da un'errata rappresentazione del fatto o dall'erronea convinzione della vittima di essere validamente sposata con il reo). In Giordania, dove nel 2017 è stata abrogata la disciplina del matrimonio riparatore, il codice penale all'art. 292 co. 1 c.p. stabilisce che si ha stupro (*igtiṣāb*) nel caso di rapporti sessuali con una donna – diversa dalla moglie (*ḡayr zawḡa*) – senza il suo consenso con l'uso della forza, di minacce, di trucchi o di inganni; dello stesso tenore è l'art. 293 c.p. con riferimento

Oppression Against Women and Children Act VIII del 2000 il quale, dopo aver punito con la reclusione a vita chiunque commetta violenza sessuale su una donna o un bambino, spiega (*Explanation*): «Commette violenza sessuale chiunque abbia rapporti sessuali *in assenza di valido matrimonio* [corsivo mio] con una donna di età non inferiore a quattordici anni contro la sua volontà o con il suo consenso quando ottenuto con minacce o inganno, o con una donna di età non superiore a quattordici anni con o senza il suo consenso». In sostanza, la ragazza coniugata che abbia compiuto i 14 anni non ha tutela legale contro lo stupro coniugale; invece, se la ragazza ha meno di 14 anni il rapporto sessuale è sempre inquadrato come stupro a prescindere dal consenso e dallo stato coniugale della vittima.

Non è però da credere che lì dove non esiste la *marital exemption* le cose vadano necessariamente meglio. In Pakistan, ad esempio, la violenza sessuale era inizialmente disciplinata dal codice penale anglo-indiano al già citato art. 375 inclusivo della *marital exemption*; nel 1979 è stata attratta nell'orbita della *Offence of Zina (Enforcement of Hudood) Ordinance VII* che disciplinava tutte le ipotesi di *zinā*' (fornicazione, adulterio e anche violenza sessuale) insieme a condotte quali rapimento e sequestro a scopo di libidine e compra-vendita di persone destinate alla prostituzione. La *Ordinance* assoggettava allo stesso schema probatorio (quattro testimoni maschi puberi e musulmani ovvero quattro confessioni rese dal reo⁴⁵) le condotte di fornicazione, adulterio e violenza sessuale con il risultato che la vittima di violenza, che difficilmente era in grado di portare testimoni dell'aggressione o di convincere lo stupratore a confessare, finiva per essere processata per aver ella dichiarato, nella denuncia, di aver avuto un rapporto sessuale illecito (in quanto fuori dal matrimonio) e di essere dunque, a seconda del suo stato coniugale, una fornicatrice o un'adultera. L'*Ordinance* precisava inoltre che: «Una persona commette *zina bi-l-jabr* se lui o lei ha rapporti sessuali con una donna o un uomo, a seconda dei casi, con cui non è validamente sposata [...]», così non solo ipotizzando la possibilità per una donna di violentare un uomo, ma anche escludendo che si potesse parlare di violenza sessuale in un matrimonio valido. A questo abominio è stato posto rimedio con il *Protection of Women (Criminal Laws Amendment) Act* del 2006 che ha scorporato la violenza sessuale dalla

a una donna, sempre diversa dalla moglie, che non può resistere a causa di un handicap fisico o mentale. I codici penali sciaraitici adottati dai 12 Stati della Nigeria settentrionale prevedono tutti, con formulazione pressoché identica e modellata sul codice penale pilota dello Stato di Zamfara, che «il rapporto sessuale di un uomo con la propria moglie non è violenza sessuale». In Bahrayn, ai sensi dell'art. 353 c.p. «nessuna pena è comminata a chi ha commesso violenza sessuale (*igtiṣāb*) e atti indecenti se tra lui e la vittima esiste un valido contratto di matrimonio (*ʿaqd zawāğ ṣaḥīḥ*)».

45. Sempre in tema di prova, l'art. 151 del *Qanun-e-Shahadat Order* (legge sulle prove) del 1984 relativo alla credibilità dei testimoni prevedeva al punto (4) che quando un uomo viene perseguito per violenza sessuale o per un tentativo di rapimento, fosse possibile dimostrare che la vittima aveva un «carattere generalmente immorale». Questa clausola è stata abrogata con il *Criminal Law Amendment (Offences Relating to Rape) Act* del 2016.

Zina Ordinance ricollocandola nell'alveo del codice penale e adottando una definizione del reato dalla quale sparisce ogni riferimento alla *marital exemption*. La nuova formulazione dell'art. 375 c.p. pakistano⁴⁶ stabilisce, infatti, che: «commette violenza sessuale l'uomo che abbia rapporti sessuali con una donna in una delle seguenti circostanze: a) contro la sua volontà; b) senza il suo consenso; c) con il suo consenso, quando è stato ottenuto minacciandola di lesioni o morte; d) con il suo consenso, quando l'uomo sa di non essere sposato con la donna e che il consenso è dato perché ella crede che l'uomo sia un'altra persona con la quale è o crede di essere sposata; e) con o senza il suo consenso quando la donna ha meno di 16 anni. *Explanation*: La penetrazione è sufficiente a costituire il rapporto sessuale che configura il reato di violenza sessuale».

Nonostante siano trascorsi ormai sedici anni dalla riforma, la giurisprudenza pakistana non è ancora stata sollecitata a pronunciarsi sul contenuto dell'art. 375 c.p. in relazione alla violenza sessuale intraconiugale.

In Egitto, l'art. 267 c.p. stabilisce che «chi ha un rapporto sessuale con una donna senza il suo consenso (*man wāqa'a 'untā bi-ġayr riḏā-hā*)» è punito con la reclusione; la cosa interessante di questa disposizione è che il legislatore non solo non usa i vocaboli che normalmente identificano il reato (*igtiṣāb* o *zinā' bi-l-ġabr*), ma adopera un verbo (*wāqa'a*) la cui radice ha un significato neutro, perché indica genericamente la relazione sessuale, il fatto di giacere con una donna (*wiq'* o anche *wiqā'* è, infatti, il rapporto sessuale, il coito). Il legislatore, che con la legge 11 del 2011 ha modificato la norma prevedendo la pena capitale in presenza di aggravanti quali lo stupro di gruppo, non ha voluto invece vietare e sanzionare esplicitamente la violenza sessuale intraconiugale. È vero che il testo della disposizione non esclude che vi possa essere ricompresa anche questa condotta, ma non va sottovalutata la portata dell'art. 60 c.p. ai sensi del quale «le disposizioni del codice penale non si applicano all'atto compiuto in buona fede, nell'esercizio di un diritto stabilito in virtù della *šarī'a*». Si tratta di una porta dalla quale possono passare con grande agio le considerazioni sopra svolte in merito alla natura contrattuale delle prestazioni assunte dai coniugi nel matrimonio, al disvalore religioso («gli angeli la malediranno») assegnato alla riottosità della donna e, naturalmente, anche le disposizioni in tema di diritto di famiglia⁴⁷.

46. Si ricordi che i codici penali bengalese e pakistano hanno la stessa origine e struttura, il codice penale anglo-indiano coloniale del 1860, dunque anche la numerazione degli articoli è identica; l'art. 375 è in entrambi i codici relativo alla violenza sessuale, ma nel codice bengalese riproduce il testo originale, mentre in Pakistan è stato modificato nel 2006 per eliminare la *exception* relativa alla *marital exemption* e il riferimento al matrimonio legale (*lawfully married*, sostituito con *married*).

47. Come l'art. 1 della l. 25 del 1920 (come modificato con l. 100/1985): «Non è dovuto il mantenimento alla moglie [...] che rifiuta deliberatamente, senza giustificazione, di mettersi a disposizione del marito» che ribadisce il nesso tra mantenimento e prestazione sessuale e può essere letto come un diritto del marito al rapporto sessuale se è in regola con

In questo quadro poco confortante sembra emergere come eccezione il Marocco.

Va premesso che tra le doglianze relative alla legge 103-13 vi è anche che essa non affronta il tema dello stupro coniugale; invece, sono prese in considerazione le «molestie sessuali commesse da un ascendente, un parente della vittima di grado vietato per il matrimonio⁴⁸, un tutore o persona che esercita autorità sulla vittima o un *kāfil* o se la vittima è minorenni» (nuovo art. 503-1-2 c.p.). *Quid* della condotta del coniuge, del fidanzato e del coniuge divorziato, soggetti che con riferimento ad altri reati sono tutti esplicitamente citati? L'art. 503-1-2 non li cita, l'art. 503-1 non gli si applica perché presuppone l'abuso di autorità⁴⁹; l'art. 503-1-1, che punisce le molestie sessuali in spazi pubblici o tramite messaggi o immagini, lascia scoperte le molestie aventi caratteristiche diverse e, comunque, riconosce le aggravanti solo se l'autore è un collega o un incaricato della sicurezza pubblica⁵⁰. Si tratta di elenchi tassativi? *Ubi lex voluit dixit, ubi non dixit noluit* e sembra difficile dubitarne; del resto, se così non fosse, non si porrebbe nemmeno il problema della mancata disciplina dello stupro coniugale.

Della violenza sessuale (*igtiṣāb*) si occupa il codice penale, inquadrandola agli artt. 486-488 come reato contro la morale e non contro la persona, e definendola in modo assai stringato come «l'atto per il quale l'uomo ha una relazione sessuale (*muwāqī'a*) con una donna senza la sua volontà (*bidūn riḍā-hā*)» (art. 486 c.p.); se il fatto è commesso contro una persona minore di 18 anni, una incapace, una portatrice di handicap, una persona nota per le sue deboli facoltà mentali o una donna incinta la pena raddoppia (reclusione da 10 a 20 anni). Gli artt. 487 e 488 determinano le aggravanti se l'autore del fatto è un ascendente, una persona che esercita autorità (*sulṭa*) sulla vittima, il suo tutore (*waṣī*), un domestico (*ḥādīm bi-l-ʿuḡra*), un funzionario o un ministro del culto (*muwazzaf dīn aw ra'īs dīn*) e nel caso in cui alla violenza segua la deflorazione (*iftidād*) della vittima. L'aggravante della deflorazione rispecchia una società conservatrice dove la verginità femminile è considerata un valore e le relazioni al di fuori del matrimonio sono punite con la reclusione da un mese

il mantenimento della moglie. In senso contrario sembra andare l'art. 6 della legge 25 del 1929 secondo il quale «la moglie, se sostiene che il marito le causi danno sì da rendere impossibile la continuazione della vita coniugale, può chiedere al giudice il divorzio». Non resta che attendere che la giurisprudenza faccia un po' di chiarezza.

48. Gli artt. 36-38 della *mudawwana* stabiliscono gli impedimenti per parentela, affinità e allattamento.

49. L'art. 503.1 c.p. punisce «chi abusando dell'autorità conferita dalle sue funzioni, molesta altre persone usando ordini, minacce, coercizione o qualsiasi altro mezzo, allo scopo di ottenere favori di natura sessuale».

50. L'art. 503.1.1 punisce «chiunque persista nel molestare un'altra persona nei seguenti casi: (1) in spazi pubblici o di altro tipo, con azioni, parole o gesti di natura sessuale o per scopi sessuali; (2) tramite messaggi scritti, telefonici o elettronici, registrazioni o immagini di natura sessuale o a scopo sessuale». La pena è raddoppiata «se l'autore del reato è un collega o una persona incaricata di mantenere l'ordine e la sicurezza in spazi pubblici o di altro tipo».

a un anno⁵¹; in un contesto ove la legge non prende in considerazione fattori quali l'uso, da parte del soggetto agente, di violenza o minacce o l'impiego di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti, quello che invece rileva è l'integrità dell'imene con il rischio di mettere sotto esame la moralità di vita della vittima e non la condotta dello stupratore.

A fronte di queste criticità, va però sottolineato che il codice penale non prevede la *marital exemption* e la legge della famiglia (*mudawwana al-'usra*) del 2004 non fa alcun riferimento a un diritto coniugale al rapporto sessuale. Ciò ha permesso alla giurisprudenza marocchina di pronunciarsi nel 2019 in quello che – a mio avviso – può essere ritenuto un *leading case* almeno per l'area MENA, cioè il primo riconoscimento giurisprudenziale dello stupro coniugale come reato. Nel 2018 una donna ha accusato il marito di averla violentata e deflorata⁵²; in primo grado il marito è stato condannato a due anni di reclusione per aggressione e percosse (art. 401 e 404 c.p.), perché il Tribunale ha ritenuto, in presenza di un contratto di matrimonio (*'aqd zawāğ*), di dover escludere l'imputazione per stupro (*igtiṣāb*). La sezione penale della Corte d'appello di Tangerang ha invece valutato le prove addotte dalla vittima come idonee ad accertare il reato di violenza sessuale con deflorazione ai sensi degli articoli 486 e 488 c.p.⁵³. Ad avviso dei giudici d'appello, la violenza sessuale si verifica quando «il marito consuma una relazione sessuale con la moglie senza il suo consenso e sotto costrizione»; la formulazione dell'art. 486 è tale da essere inclusiva di tutte le donne, anche quelle coniugate, né si può ritenere che la mera esistenza di un contratto di matrimonio legittimi l'aggressione sessuale del marito perché, al contrario, il vincolo coniugale deve garantire la protezione della moglie (*al-ḥimāya li-l-zawğa*)⁵⁴. La sentenza

51. *lā tarbiṭu baynuhuma 'alāqa al-zawğiyya*, art. 490 c.p.; va da sé che sono punite anche le relazioni tra persone dello stesso sesso (art. 489 c.p.). Nello stesso senso, e a dimostrazione che la questione sessuale e morale è tema di interesse pubblico, può essere letta la disposizione per la quale il reato di adulterio, perseguibile a querela di parte e punito con la reclusione da uno a due anni, diviene perseguibile d'ufficio quando un coniuge sia residente all'estero e l'altro «notoriamente» abbia delle relazioni adulterine (art. 491 c.p.).

52. Tra i due era stato redatto un contratto, ma per questioni economiche la cerimonia di matrimonio non era ancora stata celebrata e la ragazza viveva nella casa paterna; il marito occasionalmente le faceva visita e avevano rapporti sessuali senza penetrazione fino al giorno in cui è avvenuta la violenza.

53. Decisione della Camera penale d'appello di Tangerang, n. 232 del 4.9.2019 nel fascicolo n. 203/2019/2612, inedita. Un estratto è pubblicato sul sito arabofono Legal Agenda <https://legal-agenda.com/article.php?id=6276>. Fino a questa sentenza, i rari casi di violenza sessuale intraconiugale discussi nelle aule giudiziarie marocchine riguardavano lo stupro anale e venivano risolti in base all'art. 485 c.p. relativo all'attentato all'onore (*halk 'ird*) con violenza contro persona dell'uno o dell'altro sesso; così, ad esempio, la Corte di appello di al-Ğadīda, camera penale, fascicolo n. 2013/2644/36 del 6.6.2013 aveva affermato che il «vincolo coniugale (*al-rābiṭa al-zawğiyya*) deve fornire protezione alla moglie e non deve essere usato per commettere atti indecenti (*fāḥiṣa*) come la penetrazione della bocca o dell'ano (*itiyānha min al-fam aw al-dubr*) senza il suo assenso (*ğayr riḏāha*)» (massima della sentenza e testo in arabo al sito <https://www.maroclaw.com>).

54. In una direzione simile si è orientato il Tribunale di Rabat nel 2020 in una causa matrimoniale intentata da un marito contro la moglie per rivendicare il riconoscimento del diritto ad avere rapporti coniugali. La sentenza ridefinisce il concetto di obbedienza e rappresenta un ulteriore tassello nel percorso giurisprudenziale di criminalizzazione dello stupro coniugale. La causa inizia nel 2019 quando il marito contesta davanti al giudice il fatto che la moglie, nonostante sia

apre anche alla comparazione perché la Corte d'appello, ricordando che il diritto francese resta la fonte storica della legislazione penale marocchina, richiama nelle sue argomentazioni la sentenza del 1990 della Corte di cassazione francese in cui si affermava che l'art. 332 dell'allora vigente codice penale, relativo ai reati di violenza sessuale, non aveva altro scopo che quello di proteggere la libertà di ogni individuo e pertanto era applicabile anche agli «atti di penetrazione sessuale tra persone unite dal vincolo matrimoniale»⁵⁵. Questa prima sentenza di condanna per stupro coniugale ha una portata soprattutto simbolica perché nel caso specifico la Corte, pur avendo accertato l'esistenza del reato, ha ritenuto di riconoscere al marito la sospensione della pena sulla base di circostanze attenuanti quali l'assenza di precedenti penali, il ritiro della denuncia da parte della moglie e la prosecuzione del rapporto coniugale.

5. Conclusioni

Al termine di questa analisi si può provare a rispondere al quesito teorico iniziale: se la violenza domestica e lo stupro coniugale non fossero delitti naturali e come tali esclusi dall'ambito di applicazione dell'esimente culturale, quali sarebbero le possibili conseguenze del criterio interpretativo basato sulla natura e vincolatività della norma culturale eventualmente richiamata a difesa? L'imputato proveniente da Bangladesh, Egitto, Marocco e Pakistan avrebbe gli strumenti per far valere il diverso concetto che nella sua cultura di origine si ha della convivenza familiare e delle potestà maritali a lui spettanti in qualità di capofamiglia?

L'imputato di origini marocchine è il più svantaggiato: nel suo Paese la rimodulazione dei rapporti tra coniugi in termini più egualitari contenuta nella legge di famiglia, l'esistenza di una legge contro la violenza nei confronti delle donne che aggrava la sanzione di alcune condotte quando poste in essere dal partner, e da ultimo la giurisprudenza che ha interpretato estensivamente il contenuto della norma sulla violenza sessuale per ricomprendervi lo stupro coniugale, rendono decisamente arduo argomentare una difesa

trascorso molto tempo dalla conclusione del contratto di matrimonio, non gli abbia ancora consentito di avere una relazione sessuale con lei; la moglie si difende affermando di non opporsi alla consumazione a condizione che il marito si impegni a convivere con gentilezza, rispetto e affetto reciproci sotto il medesimo tetto. Il giudice dà ragione alla moglie e nega che possa essere costretta al rapporto sessuale pur in presenza di un contratto matrimoniale, perché l'art. 51 della *mudawwana*, che detta i diritti e doveri dei coniugi, mette l'accento sui buoni rapporti, il rispetto, l'affetto e la sollecitudine reciproci che costituiscono il presupposto per la relazione sessuale. In buona sostanza, per il giudice se il marito vuole consumare il matrimonio deve trattare la moglie con rispetto e lealtà, perché non è possibile vantare alcun diritto al rapporto sessuale. **Sentenza del Tribunale di primo grado di Rabat del 9.3.2020 nel fascicolo n. 1269-1620-19, inedito; un estratto del testo arabo della sentenza è disponibile sul sito <https://legal-agenda.com>.**

55. Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 5 septembre 1990, 90-83.786.
<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007064540/>.

fondata su norme che in qualche modo autorizzino, o almeno non riconoscano il disvalore, di queste condotte.

Meglio andrebbe all'imputato egiziano perché in Egitto i rapporti tra coniugi sono a livello legislativo ancora espressi in termini di gerarchia tra coniugi, manca una normativa specifica in tema di violenza contro le donne e/o violenza domestica, né è possibile rintracciare nella giurisprudenza qualche indizio utile a ipotizzare un ampliamento degli strumenti di tutela a favore delle donne. La previsione contenuta nell'art. 60 del codice penale egiziano, che tutela l'esercizio in buona fede di un diritto stabilito in virtù della *šarī'a*, potrebbe tornare utile all'imputato che riuscisse a dimostrare che il potere correzionale del marito e l'imposizione dei rapporti sessuali alla moglie sono non solo diritti rientranti tra quelli stabiliti dalla *šarī'a*, ma anche che essi godono di un rispetto omogeneo da parte dei membri del gruppo culturale e non sono, al contrario, desueti e poco diffusi.

Nel subcontinente indiano occorre distinguere: in tema di maltrattamenti, le leggi in vigore in Bangladesh e nelle province pakistane inquadrano una serie di comportamenti come manifestazione di violenza domestica, anche se solo nel Sindh e nel Khyber Pakhtunkhwa alle condotte è associata una sanzione, mentre altrove il legislatore si occupa prevalentemente di misure di protezione e prevenzione. L'esistenza di una legge contro la violenza domestica sembra dimostrare il rifiuto della società verso determinati comportamenti e non consente all'imputato di nascondersi dietro la propria cultura di appartenenza. In tema di stupro coniugale si registra, invece, una differenza importante tra gli ordinamenti, perché la clausola dell'art. 375 del codice penale del Bangladesh – che esonera il marito da responsabilità penale per la violenza sessuale se la vittima è la moglie – offrirebbe un utile appiglio per argomentare sull'inconsapevolezza dell'antigiuridicità della condotta. In Pakistan vale *a contrario* la riforma del testo dell'art. 375 del codice penale avvenuta nel 2006: il legislatore sceglie, infatti, di non richiamare la *marital exemption* prevista dal testo originale, dal che si deduce che l'ordinamento non è più disposto a riconoscere la scusante del vincolo coniugale in materia di violenza sessuale rendendo così inapplicabile, perché inesistente, l'esimente culturale.

COMMENTI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE VS. TRAFFICO DI MIGRANTI: UNA DICOTOMIA RILEVANTE NELL'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 12 TUI? (RAGIONANDO SU CORTE COST. 63/2022)

di Alessandro Spena

Abstract: *La sentenza costituzionale n. 63/2022 propone una lettura plurioffensiva delle aggravanti del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che usa per distinguere, nella disciplina dell'art. 12 TUI, tra mero favoreggiamento, previsto al comma 1, e che consisterebbe in una condotta «individuale» e «altruistica», e traffico di migranti, che sarebbe previsto invece ai commi 3, 3-bis e 3-ter e che evocherebbe «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali». In questo contributo si muovono alcune critiche a questa lettura, mostrando come essa, oltre a non essere necessaria allo scopo di mostrare l'incostituzionalità delle due aggravanti oggetto di censura (uso di servizi di trasporto internazionale e uso di documenti contraffatti), non si adatti a spiegare i contenuti effettivi dell'art. 12 TUI.*

Abstract: *Constitutional Judgment No. 63/2022 advances a multioffensive reading of the aggravating factors of the crime of facilitation of irregular immigration, which it uses to distinguish, in the regulation of Art. 12 TUI, between mere facilitation, punished in paragraph 1, which, according to the Court's view, revolves around the «altruistic» conduct of an «individual» author, and smuggling of migrants, which the Court argues to be specifically criminalized instead in paragraphs 3, 3-bis and 3-ter, and to be evoking «scenarios of involvement of criminal organizations». This paper raises some criticisms of this reading, showing how it, in addition to not being necessary for the purpose of showing the unconstitutionality of the two aggravating factors under censure (use of international transportation services and use of counterfeit documents), does not fit to explain the actual contents of Article 12 TUI.*

FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE vs. TRAFFICO DI MIGRANTI: UNA DICOTOMIA RILEVANTE NELL'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 12 TUI? (RAGIONANDO SU CORTE COST. 63/2022)

di Alessandro Spena *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una prima ricostruzione del ragionamento della Corte. – 3. La distinzione tra favoreggiamento e traffico è cristallizzata nell'art. 12 TUI? – 4. Irrilevanza della distinzione tra favoreggiamento e traffico per la decisione della questione di costituzionalità. – 5. Scenari.

1. Introduzione

Con sentenza 8 febbraio 2022, n. 63, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 12, co. 3, lett. *d*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, d'ora in avanti: TUI), nella parte in cui stabiliva che al fatto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare si applicasse una forbice edittale molto più severa («*reclusione da cinque a quindici anni e [...] multa di 15.000 euro per ogni persona*») di quella prevista per la corrispondente forma base (che il comma 1 punisce «con la *reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona*»), nel caso in cui lo si realizzasse «utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti». La particolare severità dell'aggravamento di pena previsto è stata, infatti, ritenuta eccessiva rispetto al contenuto di disvalore dei fattori dai quali la si faceva discendere (uso di servizi internazionali di trasporto o di documenti contraffatti ecc.), e ciò in contrasto con il principio di proporzionalità della sanzione penale, quale, secondo l'orientamento ormai consolidato della stessa Corte, si ricaverebbe dal combinato disposto della finalità rieducativa, che ai sensi dell'art. 27 co. 3 Cost. necessariamente deve connotare la pena, e del principio di uguaglianza, *sub specie* di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost.

La sostanza della decisione, oltre ad essere condivisibile nel merito, è da accogliere favorevolmente anche da un più generale punto di vista politico-criminale, poiché contribuisce a riportare un accenno di misura in una materia, quella della criminalizzazione

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Palermo.

(diretta e indiretta) dell'immigrazione irregolare, nella quale invece il legislatore si è lasciato trascinare, nel corso degli anni, da un atteggiamento emotivo-populistico, che troppo spesso lo ha portato ad indulgere verso forme di punitivismo indiscriminato e debordante.

Per giungere a quest'esito decisivo, tuttavia, la Corte non si limita alla semplice applicazione dei criteri che ormai da qualche anno essa viene elaborando in tema di proporzionalità della pena; applicazione che, peraltro, nel caso di specie, era particolarmente agevole, poiché le due ipotesi censurate rappresentavano casi abbastanza "facili" di sproporzione sanzionatoria. Essa opta, invece, per un percorso più articolato, nel quale quel contenuto decisivo viene calato in un più ampio contesto argomentativo, di carattere sia dogmatico-interpretativo sia criminologico, insomma un vero e proprio inquadramento teorico-sistematico della materia del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che viene ad assumere un ruolo critico nello sviluppo del ragionamento: da un lato, infatti, come cercherò di mostrare, tale inquadramento appare, nella prospettiva della decisione assunta, piuttosto ridondante, e rischia anzi di rivelarsi parzialmente fuorviante, o comunque disfunzionale; dall'altro lato, però, esso fornisce indubbi stimoli per una riflessione di largo respiro sull'art. 12 TUI, finendo per rappresentare la principale ragione di interesse della sentenza, per chi si ponga ad analizzarla nell'ottica di uno studio della criminalizzazione dell'immigrazione irregolare. Il che è, appunto, quanto mi propongo di fare nelle pagine che seguono, essendo peraltro i profili più direttamente attinenti alla proporzionalità della pena (ai quali, nondimeno, riserverò qualche considerazione finale) già stati esaurientemente messi in luce da commenti più tempestivi del mio¹.

2. Una prima ricostruzione del ragionamento della Corte

Il ragionamento della Corte prende avvio dalla circostanza, alla quale si è già accennato, che l'incriminazione del cosiddetto *migrant smuggling* costituisce parte della più generale strategia che lo Stato adotta per contrastare, anche mediante repressione penale, il fenomeno dell'immigrazione irregolare². Da un punto di vista teleologico generale,

1. V. ad es.: S. Zirulia, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 22 marzo 2022 (https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-costituzionale-2022-63-favoreggiamento-immigrazione-irregolare-aggravato-nota-zirulia#_ftnref7: ultimo accesso 7.9.2022); A. Ciervo, *L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *AIC* – *Osservatorio costituzionale*, 3/2022 (https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2022_3_22_Ciervo.pdf: ultimo accesso 7.9.2022).

2. Sul tema, in generale, A. Caputo, in Id., G. Fidelbo, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, Giappichelli, 2012; A. di Martino, I. Boiano, F. Biondi Dal Monte, R. Raffaelli, *The Criminalization of Irregular Immigration: Law and Practice in Italy*, Pisa, Pisa University Press, 2013; V. Militello, A. Spena (cur.), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015. Si tratta, peraltro, di una strategia non solo italiana, che, almeno in ambito europeo, è venuta emergendo a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, per poi

quell'incriminazione si colloca dunque in linea di continuità con l'incriminazione dell'ingresso o della permanenza irregolari dello straniero, di cui all'art. 10-*bis* TUI:

l'intera gamma delle ipotesi delittuose descritte dall'art. 12 TUI ha quale comune oggetto di tutela l'ordinata gestione dei flussi migratori: interesse che questa Corte ha da tempo definito [- *nel contesto della nota decisione che ha respinto una questione di costituzionalità riguardante proprio l'art. 10-bis* -] quale «bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata» (sentenza n. 250 del 2010 e ivi numerosi precedenti in senso conforme), quali, in particolare, gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse (limitate) del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica.

Questo sfondo teleologico troverebbe, tuttavia, nell'art. 12 una declinazione peculiarmente articolata. Mentre infatti, nel comma 1 (che punisce già il mero compimento di «atti diretti a procurare» l'ingresso irregolare dello straniero sul territorio dello Stato) quel bene strumentale sarebbe protetto in forma semplice, contro una condotta – la figura base del favoreggiamento transfrontaliero (in entrata o in uscita)³ – che si limita ad aggredire esso soltanto (in sostanza, una sorta di concorso, punito autonomamente e già

esasperarsi, soprattutto, negli ultimi due decenni circa. Ricostruzioni, per lo più in chiave critica, se ne possono ritrovare, ad es., in E. Guild, P. Minderhoud (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006; E. Guild, *Criminalization of Migration in Europe. Human Rights Implications*, CommDH/IssuePaper(2010)1 2010 ([https://rm.coe.int/ref/CommDH/IssuePaper\(2010\)1](https://rm.coe.int/ref/CommDH/IssuePaper(2010)1): ultimo accesso 8.9.2022); M. Provera, *The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union*, CEPS Paper in Liberty and Security, No. 80/Feb. 2015 (<https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2015/03/Criminalisation%20of%20Irregular%20Migration.pdf>: ultimo accesso 8.9.2022); V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, 2015; A. Spena, L. Marin, *The Criminalization of Migration and European (Dis)Integration*, in *European Journal of Migration and Law*, 2/2016, p. 147 ss.; G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on «Crimmigration»*, Oxford, Hart, 2021. Per una analisi del fenomeno dal punto di vista delle sue implicazioni teoriche, rinvio chi lo volesse ad: A. Spena, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 3/2014, 635 ss.; Id., *A Just Criminalization of Illegal Immigration: Is It Possible?*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2/2017, p. 351 ss.; Id., *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, p. 495 ss.; Id., *Il «gelo metallico dello stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2019, p. 449 ss.; Id., *The Double-Deviant Identity of the Mass-Foreigner and the Lack of Authority of the Crimmigrationist State*, in *New Criminal Law Review*, 3/2019, p. 301 ss.

3. Al favoreggiamento della permanenza irregolare, che dunque non comporta, né è rivolto a far compiere, l'attraversamento del confine statale, che semmai presuppone già effettuato (regolarmente o irregolarmente), sono invece dedicati i commi 5 e 5-*bis*.

nella forma del tentativo eccettuato⁴, nel reato di ingresso irregolare di cui all'art. 10-*bis*), i commi 3⁵, 3-*bis*⁶ e 3-*ter*⁷ si caratterizzerebbero, invece, per la

dimensione plurioffensiva delle ipotesi ivi contemplate, il cui orizzonte di tutela trascende di gran lunga quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori. Al punto che questa Corte ha avuto modo di affermare, in relazione alle disposizioni di cui ai commi 3 e 3-*ter* dell'art. 12 TUI, che esse «sono volte anzitutto, anche se non esclusivamente, a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in stato di bisogno, anche estremo» (sentenza n. 142 del 2017).

A questa «dimensione plurioffensiva», nell'opinione della Corte, «si ricollegano chiaramente» i bruschi aggravamenti sanzionatori disposti nei commi in questione rispetto alla forbice edittale prevista nel comma 1: in sostanza, il fondamento comune di queste aggravanti andrebbe, almeno in linea di massima, ricercato nel fatto che qui l'offesa al bene pubblico-istituzionale del controllo dei flussi migratori si arricchirebbe di offese ulteriori arrecate «anzitutto, anche se non esclusivamente,» a beni individuali facenti capo a persone, gli stranieri trasportati, che versano in condizioni di vulnerabilità e sono pertanto bisognose di una speciale protezione.

Una costruzione di questo genere prelude all'idea – che poi la Corte articolerà esplicitamente in uno dei paragrafi finali (4.5) della sentenza – che il fenomeno del trasporto irregolare di migranti abbia due principali forme di manifestazione, che troverebbero appunto rispecchiamento nella composita articolazione dell'art. 12 TUI. L'osservazione criminologica, in effetti, lascia emergere come ciò che di solito viene unitariamente

4. Essendo la fattispecie costruita come reato a consumazione anticipata, per la realizzazione del quale è sufficiente siano compiuti «atti diretti a procurare» l'ingresso irregolare dello straniero sul territorio dello Stato, senza che invece occorra che tale ingresso effettivamente avvenga. Lo ricorda, in sentenza, la stessa Corte: § 3.1 del *Considerato in diritto*. Ma l'assunto è del tutto pacifico: cfr. per tutti A. Caputo, *op. cit.*, p. 45 ss.; A. Spena, *Migrant Smuggling: A Normative and Phenomenological View from Italy*, in V. Militello, A. Spena, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Leiden-Boston, Brill, 2018, § 1.5.2.

5. Dove la stessa condotta di cui al comma 1 «è punit[a] con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui: a) il fatto riguard[*i*] l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; b) la persona trasportata [*sia*] stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; c) la persona trasportata [*sia*] stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; d) il fatto [*sia*] commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti; e) gli autori del fatto [*abbia*]no la disponibilità di armi o materie esplosive».

6. «Se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata».

7. «La pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3: a) sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento; b) sono commessi al fine di trarre profitto, anche indiretto».

denominato (anche nell'ambito del TUI: art. 4, co. 3) «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» si componga, in realtà, di una varietà di pratiche tra loro ben distinte, e sul piano della struttura e su quello del disvalore. Tra queste, la Corte considera rilevanti ai fini del proprio ragionamento le due che rappresentano gli estremi dello spettro realizzativo del fenomeno: da un lato, la condotta – che in sostanza esaurirebbe l'ambito applicativo del comma 1 dell'art. 12 – di chi, individualmente e senza fine di lucro (dunque, per ragioni *lato sensu* altruistiche), si limita ad aiutare lo straniero a realizzare il proprio scopo di fare irregolarmente ingresso nel territorio dello Stato⁸; dall'altro lato, la condotta di coloro che, in forma organizzata e per fini di lucro, pongono in essere un vero e proprio traffico di migranti, che invece definirebbe l'ambito applicativo delle aggravanti. Nel primo caso, ad essere violato è soltanto l'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori, con lo straniero trasportato e il suo favoreggiatore che agiscono entrambi e all'unisono, in piena concordanza di scopi; nel secondo caso, invece, oltre all'interesse statale, vengono messi in gioco anche gli interessi del soggetto trasportato: tra questi e chi lo trasporta non vi è perfetta uniformità di intenti; lo scopo dello straniero, di fare ingresso nel territorio dello Stato, ha per il trafficante un valore meramente strumentale, essendo solo un'occasione di

8. È appena il caso di precisare che questo favoreggiamento altruistico, il quale si caratterizza per la mancanza di uno scopo di lucro, ma non per il fatto di costituire un soccorso di necessità, è cosa diversa dal trasporto e sbarco in un porto sicuro, anche contro la volontà delle autorità statali, dello straniero salvato da una situazione di *distress* in alto mare. Per quanto quelle stesse autorità che si oppongono allo sbarco (e taluni Pubblici ministeri) pretendano di qualificare anche condotte di questo secondo tipo come favoreggiamento *ex art. 12*, esse in realtà non vi sono propriamente riconducibili. È una questione divenuta nota con la fuorviante etichetta di «*smuggling* umanitario», su cui si vedano, tra i tanti: J. Allsopp, *The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the Impact on the Whole Community*, in S. Carrera, E. Guild (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the Eu*, Brussels, CEPS, 2016, p. 47 ss.; Ead., *Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and Its Discontents*, in questa *Rivista*, n. 3.2017, (<https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-3-2017/167-saggio-allsopp>: ultimo accesso 7.9.2022); L. Fekete, F. Webber, A. Edmond-Pettitt (eds.), *Humanitarianism: The Unacceptable Face of Solidarity*, London, Institute for Race Relations, 2017 ([https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/wpmedia.outlandish.com/irr/2017/11/10092853/Humanitarianism the unacceptable face of solidarity.pdf](https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/wpmedia.outlandish.com/irr/2017/11/10092853/Humanitarianism%20the%20unacceptable%20face%20of%20solidarity.pdf): ultimo accesso 7.9.2022); R. Landry, *Decriminalising «Humanitarian Smuggling»*, RSC Research in Brief 6, March 2017 (<https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/research-in-brief-decriminalising-humanitarian-smuggling>: ultimo accesso 7.9.2022); I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in questa *Rivista* n. 3/2017 (<https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-3-2017/162-immigrazione-irregolare-via-mare-tutela-della-vita-umana-e-organizzazioni-non-governative-1/file>: ultimo accesso 7.9.2022); S. Bernardi, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, p. 140 ss.; S. Carrera, V. Mitsilegas, J. Allsopp, L. Vosylute, *Policing Humanitarianism. Eu Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Oxford, Hart, 2019; A. Spena, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Dir. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1859 ss.; S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2020, p. 140 ss. (https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_3_2020_Zirulia.pdf); L. Masera, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *La legislazione penale*, 22.4.2022 (<https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2022/04/Masera-opinioni-LP-2022.pdf>: ultimo accesso 7.9.2022).

cui egli approfitta per conseguire un guadagno; l'azione dei trafficanti consente bensì allo straniero di (tentare di) fare irregolarmente ingresso nel territorio dello Stato, ma ciò per lui, o per suoi familiari, comporta il pagamento di un prezzo (economico e personale), spesso assai elevato: egli diviene ingranaggio di una dinamica che, al di là dell'iniziale decisione di rivolgersi ai trafficanti, non vede in lui un vero agente; l'aspirazione a realizzare il proprio desiderio lo costringe a mettersi nelle mani di persone per le quali egli non rappresenta altro che una merce, e che dunque agiscono esclusivamente in vista del loro tornaconto personale, che solo incidentalmente trova soddisfazione mediante un'attività – il trasporto irregolare – che potrebbe consentire anche allo straniero di conseguire il proprio scopo.

Il ruolo del soggetto irregolarmente trasportato è, dunque, nei due casi, diverso: nel caso del mero favoreggiamento, egli beneficia dell'aiuto che gli viene prestato; non può dirsi vittimizzato: al contrario, la sua posizione è centrale nella dinamica del fatto, mentre il ruolo del favoreggiatore, come del resto indica questa stessa denominazione, è sostanzialmente ancillare, secondario, di supporto; diversamente, nel caso del traffico la posizione del migrante si fa decisamente più passiva, al limite, e spesso ben oltre il limite, della vittimizzazione, al punto da non essere sempre agevolmente distinguibile dalla posizione della vittima di tratta⁹: nella dinamica del fatto egli figura quale mero “oggetto” di contrabbando (*smuggling*, appunto), fonte di profitto, alla quale, una volta ottenuto il pagamento del prezzo del viaggio, non si ha nemmeno ragione di prestare particolare cura.

3. La distinzione tra favoreggiamento e traffico è cristallizzata nell'art. 12 TUI?

Che favoreggiamento «individuale» (realizzato da un soggetto a beneficio di un altro soggetto) e «altruistico» (commesso, cioè, senza scopo di lucro), da un lato, e vero e proprio traffico di persone realizzato senza troppi scrupoli e per fine di profitto, dall'altro, siano, da un punto di vista criminologico, condotte strutturalmente e qualitativamente diverse è indubbio; la Corte, evidenziando questa differenza, mette bene in luce due opposte configurazioni che, alle sue estremità, il fenomeno del trasporto irregolare di migranti può assumere, e con ciò anche il notevole intervallo che può correre tra le ragioni politico-criminali a sostegno della sua criminalizzazione¹⁰. Tra questi due estremi, peraltro, si

9. Su questo, della distinzione tra *smuggled migrant* e *trafficked person*, che, come noto, rappresenta uno dei profili di maggiore incertezza della materia, cfr., ad es., R. Piotrowicz, J. Redpath-Cross, *Human Trafficking and Smuggling*, in *Foundations of International Migration Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 234 ss.; V. Militello, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 86 ss.; M. Belloni, X. Tshabalala, *On the Key Distinction Between Trafficking and Smuggling. Views and Implications from the Horn of Africa and Southern Africa*, in *Forum on Crime and Society*, 1-2/2019, p. 25 ss. (<https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/bulletin/2021/V2102426.pdf>; ultimo accesso 8.9.2022).

10. Ancor prima che la Corte la facesse propria, peraltro, la dicotomia favoreggiamento-traffico era stata assai efficacemente ricostruita, e usata come guida per muovere una critica a molte delle legislazioni europee esistenti (inclusa

collocano forme realizzative intermedie¹¹, alle quali la Corte non fa, invece, riferimento: ad es. l'attività di singoli *passeurs*, svolta in maniera più o meno occasionale, ma comunque finalizzata ad un profitto, oppure il favoreggiamento «altruistico» (ossia animato, come detto, dalla sola ambizione di aiutare lo straniero nella realizzazione del proprio progetto migratorio) svolto da individui o da gruppi più o meno organizzati di soggetti, a beneficio di singoli stranieri o di una loro pluralità (es., di interi gruppi familiari). Anche queste forme intermedie pongono un problema di qualificazione normativa, che tuttavia non sarebbe agevole risolvere, in maniera lineare, impiegando l'interpretazione offerta dalla Corte: esse sarebbero senz'altro tipiche ai sensi di qualcuna delle configurazioni aggravate dell'art. 12 TUI (ora per il fine di profitto, ora per il numero dei soggetti attivi, ora per il numero dei soggetti trasportati), eppure non presentano i caratteri di un vero e proprio traffico, per come lo si è più sopra delineato.

Inizia così ad intravedersi l'aspetto più problematico della proposta interpretativa della Corte: se, da un punto di vista teorico e politico-criminale, la costruzione che la sorregge è di sicuro interesse, essa, tuttavia, non si coniuga perfettamente col diritto vigente, o almeno col diritto vigente in Italia; leggere il sistema delle incriminazioni esistenti come se queste, già allo stato attuale, accogliessero, in maniera tutto sommato esaustiva, o comunque soddisfacente, quella dicotomia criminologica, cristallizzandola in corrispondenti contenuti normativi, è una forzatura interpretativa, che rende l'argomentazione certo più ariosa, ma anche più discutibile di quanto sarebbe altrimenti potuta essere¹².

3.1. In verità, vi è un piano sul quale l'idea che le premesse criminologiche più sopra illustrate si trovino riflesse nel diritto vigente è certamente sostenibile, ed è quello delle fonti inter- e sovranazionali, che in effetti forniscono diversi appigli in tal senso. La Corte ha,

quella italiana), in J. Escobar Veas, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, p. 111 ss.

11. Per una illustrazione della varietà fenomenologica del *migrant smuggling*, si vedano, ad es.: A. Triandafyllidou, T. Maroukis, *Migrant Smuggling. Irregular Migration from Asia and Africa to Europe*, Basingstoke (Houndmills), Palgrave MacMillan, 2012; A. Spena, *Migrant Smuggling*, cit., p. 11 ss., p. 20 ss.; UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants*, New York, United Nations, 2018 (https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM_2018_web_small.pdf); V. Punzo, *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Aspetti criminologici e tendenze evolutive*, in V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 38 ss.

12. Non a caso, nell'articolo di Escobar Veas, che, come accennato (*supra*, nt. 10), costituisce un po' la fonte di ispirazione di questa parte della sentenza, il dualismo favoreggiamento-traffico è indicato come ideale regolativo da sviluppare *de iure condendo*, per rendere più armoniche e ragionevoli, da un punto di vista politico-criminale, legislazioni – tra le quali, quella italiana – che, nella loro forma attuale, non paiono affatto coerenti con esso: «Secondo la nostra opinione, il legislatore comunitario e la maggioranza dei paesi europei hanno confuso lo specifico reato di traffico di migranti con la figura di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Ciò ha generato molteplici e complessi problemi, e quanto accaduto in Italia ne è forse l'esempio più paradigmatico. Questa confusione è principalmente dovuta al fatto che il fine di profitto non è stato previsto come elemento della fattispecie, ma è stato relegato a semplice circostanza aggravante» (p. 112).

insomma, buon gioco ad affermare che «i due “tipi” criminologici sono tenuti ben distinti [...] dalle fonti sovranazionali vincolanti per il nostro Paese».

Da un lato, infatti, è senz'altro vero che il «Protocollo di Palermo [- i.e., *l'apposito Protocollo contro il traffico di migranti alla Convenzione Onu contro il crimine organizzato transazionale, siglata a Palermo nel 2000* -] ha unicamente di mira il fenomeno del traffico internazionale di migranti, gestito per lo più da grandi organizzazioni criminali che ricavano ingenti profitti da tale attività». Lo si può evincere, in termini generali e programmatici, dall'art. 4, a tenore del quale «[i]l presente Protocollo si applica, salvo disposizione contraria, alla prevenzione, alle attività di indagine e al perseguimento dei reati [*di traffico di migranti e connessi*], nei casi in cui tali reati sono di natura transazionale e coinvolgono un gruppo criminale organizzato, nonché alla protezione dei diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino». D'altronde, la ragione genetica del Protocollo, quale emerge dal relativo Preambolo, è fatta appunto discendere dalla «preoccupa[zione] per il significativo aumento delle attività dei gruppi criminali organizzati nel settore del traffico di migranti [...], che nuoc[e] gravemente agli Stati interessati, [e che] può mettere in pericolo le vite o l'incolumità dei migranti coinvolti», e dalla conseguente esigenza di integrare «la Convenzione contro la criminalità organizzata transazionale con uno strumento internazionale *contro il traffico di migranti* via mare, terra e aria»: è, per questo, esplicitamente disposto, nell'art. 1, che il Protocollo integri la Convenzione¹³. Lo strumento si riferisce, dunque, allo *smuggling* come uno dei *business* di interesse delle organizzazioni criminali, il che fornisce una chiave di lettura al fatto che – tanto ai fini della stessa realizzazione della fattispecie (art. 3 lett. a) quanto ai fini della sua criminalizzazione (art. 6) – si richieda che il soggetto agisca a scopo di lucro: con esclusione, dunque, di quel che la Corte chiama favoreggiamento altruistico (tra cui, ad es., il favoreggiamento familiare o quello umanitario)¹⁴.

Dall'altro lato, «il “Facilitators Package” dell'Unione europea [- ossia, *il combinato disposto della Direttiva 2002/90/CE e della Decisione quadro 2002/946/GAI* -] mira sì a colpire entrambi i fenomeni (rispetto all'obiettivo del controllo dei flussi migratori

13. «Art. 1 – *Relazione con la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transazionale:*

(1) Il presente Protocollo integra la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transazionale. Esso è interpretato unitamente alla Convenzione.

(2) Le disposizioni della Convenzione si applicano, *mutatis mutandis*, al presente Protocollo, salvo disposizione contraria.

(3) I reati previsti conformemente all'articolo 6 del presente Protocollo sono considerati come reati previsti ai sensi della Convenzione».

14. Cfr. United Nations-General Assembly, *Interpretive notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Conventions against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto* [2000] A/55/383/Add. 1, §§ 88 e 92. Si veda altresì A.T. Gallagher, F. David, *The international Law of Migrant Smuggling*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 366.

all'interno, in particolare, dell'area Schengen), ma calibra i propri obblighi di incriminazione e di punizione in maniera distinta per le due tipologie di condotte, riservando l'obbligo di adottare severe sanzioni privative della libertà soltanto a quelle riconducibili al traffico internazionale di migranti»¹⁵: più specificamente, mentre per il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare commesso a prescindere da uno scopo di lucro (art. 1.1.a Direttiva 2002/90/CE¹⁶, in combinato con art. 1.1 Decisione quadro 2002/946/GAI) è posto un mero obbligo di criminalizzazione, per il favoreggiamento realizzato a scopo di lucro, all'obbligo di criminalizzazione si aggiunge un obbligo di carcerizzazione (di prevedere, cioè, l'applicabilità di pene detentive), a sua volta qualificato (come richiesta che gli Stati applichino una pena detentiva non inferiore nel massimo a 8 anni) con riferimento al favoreggiamento realizzato, sempre a scopo di lucro, da parte di una organizzazione criminale o con messa in pericolo della vita dei soggetti trasportati.

3.1.1. Se dunque della dicotomia tra favoreggiamento e traffico si può riconoscere traccia in entrambi gli strumenti analizzati, ciò tuttavia non significa che essi si caratterizzino per una omogeneità di ispirazione politica, e politico-criminale in particolare. La differente rilevanza riconosciuta dal Protocollo Onu e dal *Facilitators Package* al legame tra organizzazioni criminali e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare – rispettivamente genetica, strutturale e pervasiva, nell'un caso, e meramente aggravante e perciò eventuale e sovrastrutturale, nell'altro – costituisce, infatti, il portato di una più generale differenza di approccio, che corre tra i due strumenti, nel modo stesso di concepire il fenomeno del favoreggiamento e le ragioni degli Stati per contrastarlo.

Il *Facilitators Package* appare abbastanza chiaramente animato da un approccio statocentrico, all'interno del quale la criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare dello straniero è essenzialmente concepita come strategia per contrastare il più generale fenomeno dell'immigrazione irregolare: la prima è una forma di criminalizzazione indiretta della seconda¹⁷. Il ruolo penalistico del soggetto trasportato vi viene, dunque,

15. Per una sottolineatura del rilievo che, nel *Facilitators Package* come in generale nella politica criminale UE, ha la relazione fra traffici illeciti e organizzazioni criminali, v. V. Militello, *I traffici illeciti nel Mediterraneo e le organizzazioni criminali transnazionali. Una introduzione alla ricerca NESMeS*, in V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., p. 18 ss.

16. Scopo di lucro che invece costituisce elemento della fattispecie di favoreggiamento della permanenza irregolare, ai sensi dell'art. 1.1.b della stessa Direttiva.

17. Sul punto, si vedano ad es. A. Spena, *Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From Complicity to Exploitation?*, in S. Carrera, E. Guild (eds.), *op. cit.*, p. 33 ss.; Id., *Migrant Smuggling*, cit., p. 42 ss.; Id., *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., p. 141 ss.; V. Mitsilegas, *The normative foundations of the criminalization of human smuggling: Exploring the fault lines between European and international law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, pp. 68-85; Id., *The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union: Challenging the Preventive Paradigm*, in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (eds.), *Controlling Immigration*, cit., p. 26 ss.; Id., *EU Criminal Law*, 2nd ed., Oxford, Hart, 2022, p. 142 ss.

tratteggiato nei termini attivi di un soggetto che agisce, che compie, cioè, se non la condotta illecita del reato (non essendo previsto l'autofavoreggiamento), una condotta a questa presupposta, vale a dire quella di immigrazione irregolare. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare viene in tal modo costruito come un fatto strutturalmente accessorio e concorsuale, il cui contenuto di illecito consiste nel favorire, nell'aiutare altri – lo straniero non avente titolo all'ingresso – a compiere il suo illecito, ossia l'ingresso irregolare. Gli indici di un simile approccio nel *Facilitators Package* sono diversi: la condotta criminalizzata è esplicitamente costruita in termini concorsuali, come «aiuto all'ingresso irregolare» (indicativa, del resto, già la sua denominazione quale «favoreggiamento», «*facilitation*»); ai fini dell'integrazione della fattispecie, non è richiesto, come si accennava, che il «favoreggiatore» agisca per fine di profitto; di conseguenza, non è posto alcun divieto di criminalizzare il «favoreggiamento altruistico», essendo soltanto lasciata agli Stati la possibilità di escludere l'applicazione di sanzioni nel caso di condotte realizzate allo «scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata» (art. 1.2 Direttiva 2002/90/CE)¹⁸; d'altronde, come anche si è visto, che il fatto sia commesso a scopo di lucro, che sia opera di un'organizzazione criminale o metta in pericolo la vita delle persone trasportate, sono fattori ai quali è riconosciuta una rilevanza non già strutturale, ma meramente aggravante, a mostrare che la logica di fondo che regge la disciplina è appunto quella statocentrica, mentre gli interessi del soggetto trafficato assumono un rilievo solo eventuale e parziale.

A quello statocentrico del *Facilitators Package* si può contrapporre l'approccio ibrido, più *migrant-oriented*, del Protocollo Onu¹⁹, il quale, del resto, nella galassia normativa che orbita attorno alla Convenzione di Palermo, fa il paio con il Protocollo contro la tratta, in un accostamento che rende sin da subito vivida l'idea che lo *smuggling* sia qui concepito come fatto che, se non necessariamente plurioffensivo, trova tuttavia nella plurioffensività (nell'offesa contestuale all'interesse statale al controllo dei flussi e agli interessi del soggetto trafficato) il proprio quadro realizzativo ordinario, paradigmatico. L'interesse dello Stato al controllo dei flussi vi rimane pur sempre centrale, ma integrato in uno sguardo di più ampio raggio, in cui viene data considerazione diffusa e strutturale anche agli interessi del soggetto trafficato. Questi non figura come *Täter hinter dem Täter*, né come autore d'una condotta

18. Il che dà la stura all'enorme equivoco del cosiddetto *smuggling* umanitario, che poi, come si è detto, *smuggling* non è affatto: in argomento, oltre agli autori citati *supra*, in nt. 8, si veda anche la *Comunicazione della Commissione – Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* (2020/C 323/01), dell'1.10.2020. (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706; ultimo accesso 7.9.2022).

19. Su cui, oltre alle opere citate in nt. 17, v. soprattutto A.T. Gallagher, F. David, *op. cit.*; nonché, volendo, A. Spena, *Smuggled Migrants as Victims? Reflecting on the UN Protocol against Migrant Smuggling and on Its Implementation*, in S. Forlati (ed.), *The Palermo Convention at Twenty. The Challenge of Implementation*, Leiden-Boston, Brill, 2021, p. 43 ss.

illecita presupposta, ma come ingranaggio passivo – mosso, non motore – di un meccanismo criminale che lo sopravanza. Non solo, come si è detto, la condotta illecita richiede, già nella sua forma base, il fine di profitto, ad indicare che la si considera, non tanto come supporto all’immigrazione irregolare del soggetto trafficato, quanto come mercato, *business* condotto da organizzazioni criminali; la condotta illecita dello *smuggler* è inoltre costruita non già in termini accessori e concorsuali, ma come condotta autonoma: non a caso, la si denomina *smuggling*, letteralmente «contrabbando» o traffico, non «favoreggiamento», ad indicare che il fulcro/disvalore morale della vicenda ruota su ciò che fa il trafficante, e non su ciò che fa il trafficato. La criminalizzazione dello *smuggling* non è, quindi, propriamente una forma di indiretta criminalizzazione dello straniero trasportato; questi viene semmai in rilievo come oggetto di un traffico, il suo ruolo è costruito come oggettuale, non attivo o propulsivo: come tale egli è infatti costantemente indicato, «oggetto» della condotta dei trafficanti²⁰. In conseguenza di ciò, è espressamente stabilito che i «migranti non diventano assoggettati all’azione penale fondata sul presente Protocollo per il fatto di essere stati oggetto delle condotte» dei trafficanti (art. 5). L’idea di fondo è, insomma, che, anche laddove, nella realtà del caso concreto, sia dello straniero l’iniziativa di affidarsi ai trafficanti, una volta entrato nell’ingranaggio, egli finisca per perdere vera autonomia d’azione, divenendo un semplice “bene”, una *commodity*, oggetto di contrabbando. Ciò non significa ancora che egli debba, sempre e necessariamente, concepirsi come una vera e propria vittima di chi lo traffica²¹; non vi è dubbio, tuttavia, che, preso in questa accezione, il fenomeno del traffico di migranti presenti una maggiore propensione alla vittimizzazione del migrante trafficato, e una maggiore vicinanza al fenomeno limitrofo della tratta di esseri umani, dal quale diviene difficile distinguerlo: tanto più che, nella pratica, accade frequentemente che ad affidarsi ai trafficanti sia un migrante che versa in condizioni pregresse di vulnerabilità, che ne rendono non paritaria l’interazione con chi lo dovrà trasportare.

Più esattamente, nella prospettiva del Protocollo, il migrante oggetto di *smuggling* versa in una condizione di potenziale doppia vittimizzazione, punto di scarico delle contrapposte forze del traffico di migranti e dell’azione degli Stati per contrastarlo: non solo, infatti, i trafficanti, prendendolo come «oggetto», non mostrano alcun riguardo per i suoi interessi; anche gli Stati indulgono spesso in atteggiamenti di analogo disinteresse, nel perseguimento dell’obiettivo – per loro, primario – di controllare i flussi migratori. Lo straniero trasportato rischia, perciò, oltre a una vittimizzazione primaria, anche una vittimizzazione secondaria, che in sostanza si concretizza allorquando gli Stati impostano il contrasto al traffico di migranti come strategia di contrasto all’immigrazione irregolare, invece che di lotta alla criminalità organizzata. Da qui l’esigenza, che il Protocollo pone

20. Più diffusamente, A. Spena, *op. ult. cit.*, p. 46 ss.

21. *Ivi*, p. 49 ss.

esplicitamente agli Stati, di attribuire la giusta considerazione ai diritti dei migranti, sia come oggetto di potenziale violazione da parte dei trafficanti, sia per quel tanto che essi possano rimanere pregiudicati dall'azione di contrasto degli Stati stessi²².

3.2. La stessa distinzione tra mero favoreggiamento e vero e proprio traffico, che, come si è visto, si può impiegare, in maniera tutto sommato proficua e nonostante le segnalate differenze, nella ricostruzione del quadro normativo inter- e sovranazionale, secondo la Corte sarebbe altresì utile a rendere il senso generale dei primi quattro commi dell'art. 12 TUI:

Dalla legge Martelli in poi, la norma incriminatrice su cui si è incardinato il contrasto all'immigrazione clandestina (l'art. 6, co. 8 del d.l. n. 416 del 1989, come convertito, e poi l'art. 12 TUI) ha progressivamente differenziato, con sempre maggiore nettezza [...], il trattamento sanzionatorio di due distinte classi di condotte: da un lato, l'aiuto all'ingresso illegale nel territorio dello Stato compiuto in favore di singoli stranieri, per finalità in senso lato altruistiche; e dall'altro, l'attività posta in essere a scopo di lucro da gruppi criminali organizzati nei confronti di un numero più o meno ampio di migranti destinati a essere trasportati illegalmente nel territorio dello Stato.

Il ben maggiore rigore sanzionatorio previsto per la seconda classe di condotte riflette l'evidente distinzione, sul piano criminologico, tra [*questi*] due fenomeni radicalmente diversi, come questa Corte ha avuto modo di rimarcare già nella sentenza n. 331 del 2011²³.

È una lettura che avevamo già più sopra cominciato a vedere, e che adesso occorre ricostruire nella sua interezza. Il comma 1 dell'art. 12 incriminerebbe, come reato autonomo, il mero favoreggiamento, opera di individui singoli o comunque di non più di due autori (dunque non riconducibile all'azione di organizzazioni criminali), che, aggredendo soltanto l'interesse dello Stato al controllo dei flussi e nessun interesse rilevante della persona trasportata, ha in quest'ultima, anziché una vittima, un beneficiario, che viene aiutato a soddisfare il proprio desiderio di entrare, pur non avendone titolo, nel territorio dello Stato.

Allorché il trasporto irregolare di migranti si presenta accompagnato da qualcuno dei tratti descritti nei commi 3 e 3-*ter* (singolarmente o, a maggior ragione, congiuntamente: comma 3-*bis*), esso assumerebbe, invece, dal lato soggettivo attivo, i tratti tipici dell'operare di organizzazioni criminali internazionali, le quali agiscono per fini di lucro e non sono

22. *Ivi*, p. 48 ss.

23. «Nel dichiarare costituzionalmente illegittima la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per tutte le ipotesi abbracciate dall'art. 12 TUI, la Corte ha infatti osservato che “le fattispecie criminose cui la presunzione in esame è riferita possono assumere le più disparate connotazioni: dal fatto ascrivibile ad un sodalizio internazionale, rigidamente strutturato e dotato di ingenti mezzi, che specula abitualmente sulle condizioni di bisogno dei migranti, senza farsi scrupolo di esporli a pericolo di vita; all'illecito commesso a tantum da singoli individui o gruppi di individui, che agiscono per le più varie motivazioni, anche semplicemente solidaristiche in rapporto ai loro particolari legami con i migranti agevolati, essendo il fine di profitto previsto dalla legge come mera circostanza aggravante”».

animate da particolare ritegno nel trattamento di coloro che trasportano; mentre, dal lato soggettivo passivo, il fatto assumerebbe una dimensione plurioffensiva, nella quale, all'offesa al bene pubblico-statale, si accompagnerebbe quella a beni individuali del soggetto trasportato; quest'ultimo smetterebbe dunque i panni del beneficiario, per divenire – insieme allo Stato, sebbene per ragioni diverse – una vittima della condotta criminosa:

Del tutto diversa appare, [infatti], la posizione dello straniero nella struttura di queste due macroipotesi. Rispetto al favoreggiamento «individuale», o «altruistico», abbracciato nella legge italiana dall'art. 12, comma 1, TUI, lo straniero il cui ingresso illecito viene facilitato compare quale soggetto nella sostanza beneficiario della condotta illecita, i suoi interessi restando comunque estranei al fuoco della tutela apprestata dalla disposizione, tutta incentrata sul bene giuridico dell'ordinata gestione dei flussi migratori. Rispetto invece a svariate ipotesi aggravate previste dai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, lo straniero assurge indubitabilmente a titolare degli altri beni giuridici di volta in volta tutelati, costituendo anzitutto la vittima della condotta criminosa: esposta ora a pericolo per la propria vita o incolumità, ora a trattamenti inumani e degradanti, ora al rischio di essere avviata alla prostituzione o sfruttata in attività lavorative, e comunque – nel caso ordinario in cui la condotta sia compiuta con finalità di profitto – costretta a sborsare ingenti somme di denaro in cambio dell'aiuto a varcare le frontiere.

3.2.1. Una tale ricostruzione del sistema delle circostanze dell'art. 12 TUI, intrigante per la sua capacità di rendere assiologicamente lineare una disciplina che a tutta prima non sembrerebbe esserlo, solleva tuttavia qualche perplessità.

Problematica risulta, innanzitutto, l'idea che le aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero valgano a rendere il fatto plurioffensivo, tanto più se la si intende nel senso di una plurioffensività statale-personale. Sul punto, per vero, il discorso della Corte risulta un po' ondivago: ad affermazioni più nette e impegnative fanno seguito smorzamenti di tono, che suonano come delle revisioni in calare dell'argomento e lo rendono allusivo, o evocativo, piuttosto che esplicito e univoco.

Al suo primo apparire, come abbiamo visto, la tesi è che gli «aumenti di pena» in questione

si ricolleg[hi]no chiaramente, nella prospettiva del legislatore, alla dimensione plurioffensiva delle ipotesi ivi contemplate, il cui orizzonte di tutela trascende di gran lunga quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori. Al punto che questa Corte ha avuto modo di affermare, in relazione alle disposizioni di cui ai commi 3 e 3-*ter* dell'art. 12 TUI, che esse «sono volte anzitutto, anche se non esclusivamente, a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in stato di bisogno, anche estremo» (sentenza n. 142 del 2017).

Affermazioni piuttosto impegnative, per vero: *tutte* le aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero si caratterizzerebbero per una «dimensione plurioffensiva»; questa dimensione consisterebbe nel loro essere «volte *anzitutto, anche se non esclusivamente*, a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in stato di bisogno, anche estremo».

Già qui, emerge però un primo elemento di incertezza: come va intesa l'espressione «anzitutto, anche se non esclusivamente», che la Corte richiama dalla sua precedente pronuncia? Presa alla lettera, essa parrebbe significare che *tutte* le aggravanti in questione abbiano nella tutela delle persone trasportate il loro *scopo principale* (*volte anzitutto a tutelare ...*), al quale però si aggiungerebbero anche scopi di tutela ulteriori (... *anche se non esclusivamente*), che *in primis* – potremmo arguire – ruotano attorno all'interesse statale al controllo dei flussi, che rimane comunque sullo sfondo dell'art. 12; tutte queste aggravanti sarebbero dunque plurioffensive nel senso di aggiungere alla tutela dell'interesse statale al controllo dei flussi quella di interessi della persona trasportata. Tuttavia, non ci vuole molto ad avvedersi, e del resto lo mette in luce la stessa Corte, che questa lettura può solo applicarsi a tre delle aggravanti in questione:

alle due ipotesi aggravate previste dalle lettere *b* e *c* del comma 3, integrate dall'essere stata la persona trasportata esposta rispettivamente a un pericolo per la propria vita o incolumità, e addirittura a trattamenti inumani o degradanti: ipotesi, entrambe, che non possono non richiamare alla mente le drammatiche immagini di viaggi su imbarcazioni di fortuna e sovraffollate, o in precari nascondigli in celle frigorifere destinate al trasporto di merci, che spesso sfociano in eventi fatali;

e all'aggravante di cui al comma 3-ter, lett. *a* («fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione ovvero allo sfruttamento sessuale o lavorativo, e confinante con la fattispecie di tratta di persone di cui all'art. 601 c.p.»), la quale effettivamente «appare calibrata sulle esigenze di tutela dello straniero assai più che sul controllo dei flussi migratori, che pure resta sullo sfondo dell'incriminazione come in ogni altra ipotesi disciplinata dall'art. 12 TUI».

Al di là di questi tre casi facili, invece, la possibilità di spiegare le aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero nella prospettiva della plurioffensività, tanto più di una plurioffensività statale-personale, diviene alquanto disagevole, se non del tutto improponibile. Con qualche difficoltà, si potrebbe forse ricostruire in termini plurioffensivi anche l'aggravante di cui al comma 3, lett. *e*, nella misura in cui si possa riconoscere una pericolosità – per la vita e l'incolumità delle persone (di quelle trasportate o di terzi), e più genericamente per il bene collettivo dell'ordine pubblico – intrinseca nel fatto di servirsi di armi o materie esplodenti come strumento per rendere più efficace la condotta: ma si tratta di una interpretazione che la Corte non prende neppure in considerazione, e che comunque, ruotando l'aggravante sulla mera «disponibilità» di armi o materie esplodenti, servirebbe

solo a tratteggiare una offensività ulteriore fortemente astratta, ed anzi meramente presunta, tale da rendere il ricorso al paradigma della plurioffensività tutt'altro che informativo.

Nessuna delle altre aggravanti, ad ogni modo, presenta alcun appiglio che renda possibile leggerle nei termini di una plurioffensività strettamente intesa. Non, ad esempio, l'aggravante di cui alla lett. *a* del comma 3 («il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone»), nel cui schema non si registra alcuna interazione necessaria fra offese a beni diversi, ma, semmai, una maggiore intensità o ampiezza dell'offesa arrecata al medesimo bene già protetto al comma 1. Lo stesso può dirsi anche per l'aggravante di cui alla prima parte della lett. *d* (sulle altre due aggravanti previste in questa stessa lettera, che costituivano oggetto della questione di costituzionalità, dovremo tornare più avanti): che il fatto sia stato commesso da tre o più persone in concorso tra loro non aggiunge, evidentemente, alcun profilo di offensività ulteriore rispetto all'offesa di base al controllo dei flussi, risolvendosi, a tutto voler concedere, e un po' come si è appena detto per la lett. *a*, in un approfondimento di quella stessa offesa, in una sua maggiore intensità, che potrebbe ricavarci dalla considerazione che il fatto, commesso da una pluralità di soggetti, denoti una più ampia estensione, e dunque una maggiore pervasività, o comunque una maggiore pericolosità, della condotta (dal momento che, in linea di principio, la cooperazione di più persone rende più efficace la commissione del reato).

La difficoltà di applicare la logica della plurioffensività non viene poi meno anche se si guarda alle disposizioni aggravanti collocate fuori dal comma 3. Ciò vale, ad es., per l'aggravamento algebrico di cui al comma 3-*bis*, che, essendo costruito in maniera dipendente dalle ipotesi aggravanti del comma precedente, non può aggiungervi nulla in termini di offensività: i fatti qualificabili ai sensi di questo comma saranno plurioffensivi solo nel caso in cui lo siano già in ragione della loro riconducibilità a qualcuna delle lettere del comma precedente; il gioco combinato di queste lettere non produce “nuova” plurioffensività, ma soltanto la “somma” di proiezioni offensive già rilevanti, in via autonoma, ai sensi di qualcuna di esse: questa “somma” risulterà plurioffensiva solo come somma di aggravamenti che, almeno in uno di quelli che si sommano, siano già di per sé plurioffensivi²⁴.

24. Ad es., in un fatto aggravato ai sensi tanto della lett. *b* quanto della lett. *c* del comma 3, ritroveremo una molteplice plurioffensività, che però dipende dal sommarsi di due aggravanti già di per sé stesse plurioffensive. D'altra parte, plurioffensivo sarà anche un fatto in cui, ad es., ricorrano, congiunti, gli estremi delle lett. *a* e *b*: ma, in tal caso, la ragione della plurioffensività del fatto rimarrà unica, ossia quella soltanto di cui alla lett. *b* (sommata all'offesa base già rilevante ai sensi del comma 1), la quale ricorrerebbe anche se il fatto fosse qualificabile ai sensi di questa lettera soltanto e non anche dell'altra. Una plurioffensività, invece, mancherà del tutto nell'ipotesi in cui a concorrere siano fattori aggravanti entrambi, a loro volta, privi di fondamento plurioffensivo: ad es., un favoreggiamento realizzato da tre o più persone in concorso tra loro e avente ad oggetto cinque o più persone non è, per ciò solo, plurioffensivo; sarà semmai un fatto che, nella prospettiva del legislatore, si caratterizza per una speciale intensità e ampiezza dell'offesa al bene giuridico strumentale del controllo dei flussi migratori: a sommarsi saranno, qui, non già profili di offesa ulteriore, ma ulteriori ragioni di speciale intensità e ampiezza dell'offesa ad un bene, quello già tutelato nel comma 1, che rimane l'unico rilevante.

La Corte, infine, sia pur senza particolare impegno argomentativo, adombra una lettura plurioffensiva dell'aggravante di cui alla lett. *b* del comma 3-ter (fatti «commessi al fine di trame profitto, anche indiretto»), allorché, in un passaggio già citato in precedenza, segnala che «nel caso ordinario in cui la condotta sia compiuta con finalità di profitto [, *la persona trasportata è*] costretta a sborsare ingenti somme di denaro in cambio dell'aiuto a varcare le frontiere». Si tratta di una affermazione plausibile, ma nondimeno meramente empirica, e insuscettibile di esaurire tutti i margini di applicazione della fattispecie: nella prassi, si danno anche situazioni nelle quali la persona trasportata non può dirsi propriamente costretta a pagare il servizio del quale si avvale²⁵; e, in ogni caso, la disposizione in questione, letta anche alla luce del suo contesto normativo, si oppone ad una interpretazione in termini necessariamente plurioffensivi, poiché non richiede, quale elemento esplicito o implicito dell'aggravante, una speciale vulnerabilità del soggetto trasportato²⁶ (tant'è che la stessa Corte si limita, come detto, a riferirla al solo «caso ordinario», senza dunque intenderla come concettualmente necessaria).

3.2.2. Più aderente al dato normativo sarebbe allora intendere quell'espressione («anzitutto, anche se non esclusivamente») nel senso che *la maggior parte, anche se non tutte* le aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero tutelano interessi della persona trasportata (anche se è esagerato dire che le aggravanti a tutela della persona trasportata siano la maggior parte di quelle previste nei commi 3, 3-bis e 3-ter dell'art. 12): lettura, questa, che in un passaggio successivo, già più sopra riportato, la stessa Corte finisce per esplicitare²⁷. In tal modo, però, l'argomento perde molta di quella forza su cui esso sembra far leva, e che discenderebbe dall'idea che una medesima sostanza assiologica (la «dimensione plurioffensiva» statale-personale) accomuni (quasi) tutte le aggravanti in questione (fatta eccezione per quelle oggetto di censura).

La via scelta dalla Corte per tentare di recuperare questa sostanza assiologica comune è di usare un concetto di plurioffensività esteso al di là dei suoi termini consueti, con una sorta di scartamento di lato del ragionamento, che ha l'effetto di renderlo più comprensivo,

25. Si veda, per non fare che un esempio, la forma realizzativa dello *smuggling* emersa, tra il 2017 e il 2019, lungo la cosiddetta «rotta fantasma» tra Tunisia e Sicilia sudoccidentale, caratterizzata da un numero di passeggeri contenuto (5/15 unità), da «un transito sicuro e celato», oltre che di durata relativamente breve (4 ore circa), e dall'assicurazione di altre prestazioni una volta raggiunte le coste italiane (cibo, vestiti, ma anche documenti contraffatti e ulteriore trasporto). L'accesso a servizi di questo tipo, più costosi di quelli usualmente praticati lungo la rotta centro-mediterranea, è chiaramente riservato a «clienti» facoltosi, che versano in condizioni di partenza difficili da descrivere come di speciale vulnerabilità: v. V. Punzo, *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., p. 60 ss.

26. Diversamente da quanto si potrebbe invece sostenere a proposito del Protocollo Onu: v. A. Spena, *Smuggled Migrants as Victims?*, cit., p. 51.

27. «Rispetto invece a *svariate ipotesi aggravate* previste dai commi 3, 3-bis e 3-ter, lo straniero assume indubitabilmente a titolare degli altri beni giuridici di volta in volta tutelati, costituendo anzitutto la «vittima» della condotta criminosa» (§ 4.5 del *Considerato in diritto*).

anche se forse meno armonico e compatto: le «altre ipotesi aggravate previste dall'art. 12 TUI» (vale a dire quelle diverse dai tre casi facili più sopra richiamati) sarebbero bensì caratterizzate da «una dimensione plurioffensiva», che però andrebbe ricercata «in diversa direzione»; in particolare, le

fattispecie aggravate di cui al comma 3, lettera *a* (fatto riguardante l'ingresso o la permanenza illegale di cinque o più persone), lettera *e* (disponibilità di armi o materie esplodenti da parte degli autori del fatto), nonché lettera *d* all'inciso iniziale (fatto commesso da tre o più persone in concorso tra loro) appaiono tutte evocare, secondo le verosimili intenzioni del legislatore, scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti: ipotesi rispetto alle quali la decisione quadro 2002/946/GAI richiede, ancora, allo Stato membro di adottare pene privative della libertà non inferiori, nel massimo, a otto anni.

Questo sviluppo argomentativo, tuttavia, anziché semplificare il discorso, lo complica. Una prima perplessità, quella meno rilevante, sorge sul piano dogmatico ed è la seguente: anche a dare provvisoriamente per assunto che le cose stiano come si afferma, che cioè tutte le aggravanti menzionate implicino effettivamente «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti», in che senso ciò varrebbe a renderle plurioffensive? Se intendiamo la categoria della plurioffensività in senso proprio, non si avrebbe altro modo, mi pare, per dare senso a questa tesi se non di sostenere che, ogni qualvolta risulti integrata qualcuna delle aggravanti in questione, in ragione del ritenuto coinvolgimento di organizzazioni criminali, sia offeso, oltre all'interesse statale al controllo dei flussi, anche il bene giuridico dell'ordine pubblico, dando per assunto che l'organizzazione coinvolta possieda, ogni volta, i tratti delle fattispecie degli artt. 416 o 416-*bis* c.p. Questa interpretazione renderebbe, però, la ricostruzione piuttosto debole e formalistica: l'offesa all'ordine pubblico, e dunque la plurioffensività del fatto aggravato, andrebbe in sostanza presunta, inferendola per via indiretta dal ricorrere di fattori che non vi hanno direttamente e necessariamente a che fare (tranne forse, ma per ragioni diverse, quello di cui alla lett. *e* del comma 3: v. *supra*, § 3.2.1), e che solo rileverebbero perché alluderebbero al, lascerebbero intendere il, coinvolgimento di organizzazioni criminali.

Non rimane, allora, che credere che il concetto di plurioffensività sia qui inteso in senso improprio, atecnico («in direzione diversa»), non per indicare l'integrazione di più beni giuridici diversi nell'offesa complessivamente arrecata mediante il reato, ma piuttosto per segnalare che il coinvolgimento di un'organizzazione criminale nella realizzazione del fatto vi aggiunge, nella prospettiva politico-criminale verosimilmente adottata dal legislatore, un *surplus* di gravità, che vale a spiegare/giustificare la maggiore severità della forbice edittale. Intesa in questo modo, la tesi – ripeto, dando per assunto che ne sia fondata la premessa (ci dovremo ovviamente ritornare: *infra*, § 3.2.4) – sarebbe certamente plausibile:

non c'è dubbio che il contrasto alle organizzazioni criminali, anche mediante un inasprimento della repressione penale, abbia costituito una delle linee politico-criminali più significative e vigorosamente perseguite, negli ultimi decenni, sia in Italia che a livello inter- e sovranazionale, come appunto dimostrano, in relazione al nostro tema specifico, il Protocollo Onu sul *migrant smuggling* e, per quanto in termini più sfumati e parziali, il *Facilitators Package* dell'Ue (*supra*, § 3.1). L'esistenza di un collegamento, di un rapporto di implicazione, fra aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero e criminalità organizzata varrebbe, dunque, a provvedere di una giustificazione politico-criminale, e di ragionevolezza, anche nell'ottica dell'adempimento di obblighi inter- e sovranazionali di criminalizzazione e di (maggiore) penalizzazione, il ragguardevole incremento sanzionatorio disposto nei commi 3, 3-bis e 3-ter, fornendo tra l'altro alla Corte un termine di paragone col quale raffrontare le due aggravanti oggetto di contestazione, per valutare se anche queste siano spiegabili, e dunque giustificabili, con lo stesso metro.

3.2.3. Riannodando questo sviluppo argomentativo con il precedente, la tesi della Corte, considerata nel suo insieme, sarebbe, dunque, la seguente: i «bruschi incrementi sanzionatori» disposti dai commi in questione troverebbero (quasi) tutta giustificazione in una plurioffensività *lato sensu* del fatto loro tramite qualificato, che si presenterebbe ora nella forma di una plurioffensività in senso proprio, con aggressione di beni personali dei soggetti trasportati che si aggiunge alla violazione dell'interesse statale al controllo dei flussi (e qui l'aggravamento sanzionatorio sarebbe giustificato dal rilievo dei beni personali aggrediti), ora invece nella forma di un coinvolgimento di organizzazioni criminali (e qui l'aggravamento sanzionatorio sarebbe ragionevole, considerata l'estrema serietà con cui gli Stati combattono la criminalità organizzata). La somma di queste due forme di plurioffensività consentirebbe, poi, di riconoscere nel favoreggiamento transfrontaliero aggravato i caratteri che l'osservazione criminologica mostra come peculiari del traffico di migranti: ossia, appunto, coinvolgimento di organizzazioni criminali e scarsa considerazione, spesso sfociante in vera e propria vittimizzazione, delle persone trasportate.

Ciò doterebbe la Corte di un orizzonte assiologico, di un disegno politico-criminale complessivamente ragionevole, alla luce del quale valutare le due aggravanti oggetto di contestazione, potendo concludere nel senso della loro incostituzionalità, per mancanza di ragionevolezza e per sproporzione del trattamento sanzionatorio, dovute al fatto che, a differenza delle altre previste negli stessi commi, esse in questa logica della plurioffensività e della cristallizzazione normativa del fenomeno del traffico di migranti non riuscirebbero in alcun modo ad inserirsi.

3.2.4. In realtà, come vedremo più avanti, le ragioni per le quali la Corte dichiarerà incostituzionali le due aggravanti contestate non sono propriamente queste: al momento di affrontare specificamente il punto, essa effettuerà un ulteriore scartamento di lato, che la condurrà ad usare argomenti tutto sommato indipendenti da quelli fin qui ricostruiti. Ne avrà ben donde: infatti, portando la sua ricostruzione dogmatica alle ultime conseguenze, non ne sarebbe affatto potuta discendere l'incostituzionalità di entrambe le aggravanti. Ma su ciò avremo modo di tornare (*infra* § 4 e relativi sottoparagrafi). Per adesso, c'è ancora da capire se, ed entro che limiti, sia fondata la tesi che le aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero evocano «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti», e valgano dunque a cristallizzare normativamente tale fenomeno. Fin qui lo abbiamo dato per assunto; adesso si tratta di farne l'oggetto di una apposita riflessione.

A questo scopo, bisogna per prima cosa cercare di intendere correttamente l'argomento; il che non è semplicissimo: le espressioni usate dalla Corte sono piuttosto vaghe, e perciò richiedono qualche sforzo per precisarne meglio la portata. In linea di principio, mi pare che di esso si possano dare due versioni, una debole e una forte.

3.2.4.1. Nella versione debole, che le aggravanti del favoreggiamento evocano «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti» significa semplicemente che esse sono *compatibili* con tale coinvolgimento, che ciascuna di esse fa leva su elementi che tipicamente si ritrovano *anche* nel traffico di migranti realizzato da siffatte organizzazioni: che, generalmente, quando un traffico di migranti è gestito da organizzazioni criminali, esso ha, tra le proprie caratteristiche, alcune di quelle che ritroviamo indicate nell'art. 12 TUI come aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero. Il legame tra aggravanti e organizzazioni criminali è, dunque, in questa accezione, meramente empirico ed eventuale: non necessariamente il ricorrere di qualcuna delle aggravanti in questione è indicativa del coinvolgimento di una organizzazione criminale, né della realizzazione di un vero e proprio traffico di migranti; potrebbero darsi casi di favoreggiamento bensì aggravati, ma non collegati all'opera di organizzazioni criminali; nondimeno, spesso accade che questo collegamento vi sia.

Questa versione debole può, a sua volta, distinguersi in due sotto-versioni: l'una, un po' meno debole, vorrebbe che un favoreggiamento aggravato normalmente, sebbene non necessariamente, sia un traffico di migranti, opera di organizzazioni criminali (ogni qualvolta si riscontra, in un caso di favoreggiamento, il ricorrere di qualcuna delle aggravanti di cui all'art. 12, ci sono molte probabilità che si tratti di un traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali); l'altra, un po' più debole, vorrebbe invece che un traffico di migranti, opera di organizzazioni criminali, normalmente presenti i tratti di un

favoreggiamento aggravato (la gran parte dei casi di traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali si presenta come favoreggiamento caratterizzato dal ricorrere di qualcuna delle aggravanti di cui all'art. 12).

Questa seconda sotto-versione può condividersi senza particolari problemi: è senz'altro vero che nel traffico di migranti operato da organizzazioni criminali generalmente ricorrono diversi dei fattori aggravanti previsti nell'art. 12²⁸: normalmente, cioè, si tratta di fatti che vedono coinvolta l'azione di tre o più soggetti, che, a scopo di profitto, organizzano il trasporto irregolare di una pluralità di stranieri; accade spesso, inoltre, che gli appartenenti al gruppo criminale che organizza o partecipa all'effettuazione del viaggio, o alcuni di essi, dispongano di armi o materie esplodenti; e altrettanto spesso accade che, in qualcuna delle fasi della preparazione o della realizzazione del viaggio, le persone trasportate vengano sottoposte a trattamenti inumani e degradanti o messe in pericolo di vita; infine, non è certo infrequente che il traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali sia connesso a forme di tratta, e dunque finalizzato al reclutamento di persone, minori inclusi, da destinare allo sfruttamento sessuale o lavorativo.

Ci si può spingere persino ad affermare (e questa sarebbe già una variante della versione forte che vedremo tra breve) che un traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali comporta necessariamente quantomeno il ricorrere delle due aggravanti del numero di almeno tre soggetti attivi e del fine di profitto: alcuni degli altri fattori aggravanti ricorreranno con estrema frequenza, altri solo eventualmente; ma, senza i primi due, di traffico di migranti non potrebbe proprio parlarsi: quei fattori, a cui l'art. 12 attribuisce rilevanza aggravante, partecipano concettualmente alla definizione del *traffico* di migranti (che non c'è senza fine di profitto, anche solo indiretto) gestito da una *organizzazione* criminale (che non c'è senza la compartecipazione di almeno tre persone).

Quanto invece all'altra variante della versione debole, quella che ho più sopra detto la meno debole delle due, essa è solo entro certi termini plausibile: che un favoreggiamento aggravato normalmente sia un traffico di migranti operato da organizzazioni criminali lo si può sostenere solo con riferimento al favoreggiamento aggravato da pluralità di soggetti attivi e fine di profitto; dire che, quando ricorrano congiuntamente queste due aggravanti, normalmente si tratterà di traffico di migranti gestito da un'organizzazione criminale, è una asserzione empiricamente sensata²⁹. Al di fuori di questi casi, però, la tesi non regge: ad es.,

28. Cfr., per tutti, V. Punzo, *op. cit.*, p. 38 ss.

29. Che tuttavia non toglie che possano anche darsi casi di favoreggiamento aggravato da quei due fattori che *non* siano traffici gestiti da organizzazioni criminali: nulla esclude, infatti, che, senza darsi alcuna organizzazione, ma semplicemente improvvisandosi correi per approfittare di un'occasione propizia, tre o più persone, consapevoli di contribuire ad un fatto complessivamente unitario, ma agendo ciascuno per suo conto, contribuisca, in vista di un guadagno, ad aiutare uno o più stranieri ad entrare irregolarmente nel territorio dello Stato (ad es. trasportandoli per una parte del tragitto per poi affidarli ad altri).

un favoreggiamento aggravato da uno soltanto dei fattori considerati nell'art. 12 non è mai un traffico di migranti operato da organizzazioni criminali, proprio perché, come detto, questo tipo di traffico richiede sempre, necessariamente, che ricorrano almeno i due fattori aggravanti del numero dei soggetti attivi e del fine di profitto. Per la stessa ragione, nessuna configurazione pluriaggravata del favoreggiamento, che non includesse anche questi due fattori, potrebbe dirsi sottintendere un traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali.

Ad ogni modo, pur nei limiti sin qui precisati, la versione debole della tesi del legame fra aggravanti del favoreggiamento e traffico organizzato di migranti è senz'altro condivisibile. Il fatto è, però, che, appunto in ragione della sua debolezza, essa è scarsamente utile agli scopi argomentativi della Corte: si tratta, infatti, di una tesi meramente empirica, non normativa, che, indicando un legame solo eventuale tra quei due termini, limitato peraltro a casi di favoreggiamento pluriaggravato, non è in grado di fornire un fondamento assiologico capace di accomunare trasversalmente i contenuti normativi dei commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, e di giustificare il vigoroso impatto che ciascuno di essi, e ciascuno dei fattori in essi previsti, ha sulla severità della sanzione. Il che – se rispetto alle aggravanti plurioffensive in senso stretto avrebbe un impatto argomentativo tutto sommato contenuto (poiché qui la pluroffensività statale-personale potrebbe comunque rendere ragionevole l'incremento sanzionatorio) – finirebbe invece per privare il ragionamento della Corte di valore dimostrativo rispetto alle altre aggravanti: queste non troverebbero nella evocazione di «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti» una *ratio* comune e necessaria, potendosi applicare anche a vicende che in quel paradigma criminologico non rientrano.

3.2.4.2. La tesi della Corte guadagna invece tutta la sua efficacia argomentativa se la si intende in senso forte: che le aggravanti del favoreggiamento evocino i detti «scenari» significherebbe, in questa accezione, che esse sottendono *necessariamente* il coinvolgimento di organizzazioni criminali, che ciascuna di esse fa leva su elementi che si ritrovano *sempre* e *soltanto* nel traffico di migranti realizzato da siffatte organizzazioni: che sempre, quando un favoreggiamento è aggravato da taluna (anche solo una) di tali circostanze, esso possiede i tratti di questo tipo di traffico. In questa accezione forte, la tesi indicherebbe effettivamente un fondamento assiologico capace di accomunare le aggravanti del favoreggiamento, in tutte le loro possibili manifestazioni, entro un unico orizzonte politico-criminale, che, come si è detto più sopra, renderebbe ragionevole, anche alla luce degli impegni inter- e sovranazionali che gravano sul nostro Paese, la comminazione di una forbice edittale significativamente più severa rispetto a quella prevista per il reato nella sua forma base.

Il fatto è, però, che, intesa in questa accezione forte, la tesi sarebbe semplicemente insostenibile. Come abbiamo visto, le aggravanti dell'art. 12 sono costruite in modo da avere un ambito applicativo che va al di là del traffico di migranti e del coinvolgimento di organizzazioni criminali³⁰: non è dunque vero che, necessariamente, quando siano date le une, si avranno anche gli altri; né si può dire che applicare le aggravanti in questione a casi diversi dal traffico organizzato di migranti sarebbe irragionevole, che si tratti di casi marginali, meri *glitch* del sistema, resi inevitabili dalla tessitura aperta del linguaggio, e tuttavia facilmente gestibili ed eliminabili mediante una interpretazione teleologica delle fattispecie. Non sarebbe così agevole aggirare il problema, per la semplice ragione che quest'ambito di applicabilità ulteriore è troppo centrale nella fisionomia delle aggravanti in questione per essere relegato a mera anomalia o disfunzione: i casi di favoreggiamento aggravato diversi dal traffico organizzato di migranti non si limitano affatto a sostare timidamente ai margini delle fattispecie, come se si trattasse di abitanti abusivi, di *minima*; la loro posizione è ben piantata nell'ambito applicativo centrale, paradigmatico di queste norme, come è reso evidente dal fatto, già illustrato, che di traffico organizzato di migranti non si può mai parlare quando entri in gioco un'unica aggravante o una combinazione di aggravanti che non includa numero di partecipanti e fine di profitto. Che ciascuna delle aggravanti dell'art. 12 si possa applicare singolarmente, o ancora che numero di partecipanti e fine di profitto non costituiscano elementi necessari della realizzazione aggravata del favoreggiamento, significa che, da un punto di vista normativo, e non meramente empirico, il caso ordinario di favoreggiamento aggravato *non* è il traffico organizzato di migranti.

Il legislatore, d'altronde, se veramente avesse voluto stabilire quel legame come strutturale e costitutivo nell'ambito dell'art. 12 TUI, avrebbe avuto un modo semplicissimo di farlo: disporlo espressamente, ad es. sul modello dell'art. 1.3 della Decisione quadro

30. E questo vale per *tutte* le aggravanti in questione, a partire da quella che, per contenuto, è maggiormente affine al concetto di organizzazione criminale, ossia l'aggravante del fatto commesso da tre o più persone in concorso tra loro (comma 3, lett. *d*, prima parte): concorso di persone nel reato e organizzazione criminale sono concetti diversi; ogni organizzazione criminale implica il concorso di più persone, ma non ogni concorso di persone nella commissione di un reato dà luogo ad una organizzazione criminale. E il medesimo discorso vale, a maggior ragione, per tutte le altre aggravanti: che le persone trasportate siano cinque o più è certamente una caratteristica ricorrente del traffico internazionale di migranti, ma non è detto che ogni trasporto che abbia quei numeri sia effettivamente un traffico di migranti operato da organizzazioni criminali; anche un singolo individuo o una pluralità di persone, che agiscano per motivi altruistici, potrebbero adoperarsi ad aiutare cinque o più persone (es., un gruppo familiare) ad entrare irregolarmente nel territorio dello Stato; né è dunque detto che, quando ad essere trasportate siano cinque o più persone, gli interessi personali di queste persone debbano necessariamente subire una offesa (vedi ancora il caso della «rotta fantasma», di cui alla nt. 25); e, ancora, anche un gruppo di persone non organizzato – e a maggior ragione un singolo *paquebot* – potrebbero agire per fine di profitto o sottoporre le persone trasportate a trattamenti degradanti; né nulla esclude che un favoreggiamento altruistico, realizzato cioè senza scopo di lucro, ma solo al fine di aiutare lo straniero a realizzare il proprio obiettivo di entrare nel territorio dello Stato, avvenga in forme tali da metterne in pericolo – in maniera prevedibile, anche se magari non intenzionale – la vita (ad es., un favoreggiamento che avvenga lungo percorsi, di montagna o di mare, meno intercettabili dalle autorità di frontiera, ma estremamente rischiosi).

2002/946/GAI, dove, come abbiamo visto, è previsto un obbligo di maggiore penalizzazione se «il reato è commesso da un'organizzazione criminale». Nell'art. 12 TUI, invece, i concetti di organizzazione criminale, o di associazione per delinquere, non figurano nemmeno. Il che non significa che il legame fra organizzazioni e traffico, indubbiamente esistente da un punto di vista criminologico, non sia colto dal legislatore: lo è, ad es., in forma esplicita, allorché è stabilito che costituisca una aggravante del reato di associazione per delinquere il fatto che questo sia diretto a commettere un favoreggiamento pluriaggravato ai sensi del comma 3-*bis* dell'art. 12 TUI (art. 416, co. 6 c.p.); quel legame è colto, ancora, in forma implicita, grazie all'applicabilità, ai casi di traffico di migranti commesso da organizzazioni criminali, dell'art. 12 TUI e dell'art. 416 c.p. in concorso effettivo tra loro. Quel che sembra certo, però, è che il legislatore non usa il sistema delle aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero come strumento per dare al legame fra traffico e organizzazioni una cristallizzazione/rappresentazione normativa esplicita, specifica ed esclusiva.

4. Irrilevanza della distinzione tra favoreggiamento e traffico per la decisione della questione di costituzionalità

Rimane a questo punto da capire in che modo i dubbi sin qui sollevati sulla ricostruzione dogmatica dell'art. 12 TUI proposta dalla Corte potrebbero impattare sull'esito della decisione. Se effettivamente la Corte fondasse il proprio giudizio di incostituzionalità sul confronto con le altre aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero, ricostruite secondo il paradigma del traffico organizzato di migranti, aver messo in questione questa ricostruzione dovrebbe far sorgere dei dubbi anche sulla plausibilità della decisione infine assunta. Vi è un passaggio nel quale la Corte sembra, in effetti, ancorare l'incostituzionalità delle aggravanti censurate alla loro (pretesa) distonia rispetto al comune sostrato assiologico-teleologico, che essa pretende di riconoscere nelle altre aggravanti dell'art. 12 TUI:

la parificazione ai fini sanzionatori delle due condotte ora all'esame di questa Corte – utilizzo di servizi internazionali di trasporto, e di documenti contraffatti, alterati o illecitamente ottenuti – a numerose altre condotte coerenti con la tipologia criminosa del traffico internazionale di migranti costituisce una scelta legislativa manifestamente irragionevole.

Infatti, né l'una né l'altra delle condotte ora all'esame, allorché compiute senza scopo di lucro, sono plausibilmente indicative del coinvolgimento dell'agente in un'attività di traffico internazionale di migranti, risultando per contro ordinariamente compatibili con situazioni in cui lo straniero venga aiutato a entrare illegalmente in Italia per finalità assai lontane da quelle del traffico internazionale: ciò su cui già aveva posto l'accento la sentenza n. 311 del 2011. Situazioni, queste ultime, emblematicamente esemplificate dal caso oggetto del procedimento *a quo*, che vede come

protagonista una donna imputata di avere illegittimamente accompagnato in Italia la figlia e la nipote, entrambe minorenni.

In realtà, si tratta di un argomento che la Corte chiama in causa solo *ad abundantiam*, al fine esplicito ed esclusivo di “corroborare” conclusioni già raggiunte per altra via (così, infatti, *l’incipit* del § 4.5 del *Considerato in diritto*). È a quest’altra via che dobbiamo guardare per trovare le vere ragioni dell’accoglimento della questione di costituzionalità: la concezione del favoreggiamento aggravato *ex art. 12* come traffico organizzato di migranti non costituisce affatto una premessa necessaria di quell’esito decisivo. Ne è una dimostrazione il fatto che, se la Corte avesse applicato fino in fondo quella ricostruzione dogmatica, avrebbe dovuto trarre, in relazione ad almeno una delle due aggravanti oggetto di giudizio, conclusioni opposte a quelle tratte: dell’aggravante dell’uso di «documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti» (la terza tra quelle previste nella lett. *d* del comma 3), infatti, si può dire senz’altro, non meno che delle altre che la Corte assume a paradigma di ragionevolezza, e pur nei limiti visti in precedenza, che essa evochi «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali». È bensì vero che la pratica della contraffazione documentale non è peculiare alle manifestazioni del traffico di migranti che più si prendono la scena mediatica: i migranti stipati su barconi claudicanti e dati in pasto al Mediterraneo generalmente non portano con sé documenti falsi, e comunque non ne vengono provvisti dai trafficanti; questa forma di *smuggling* non si reggono sulla frode, ma sulla brutalità – prima di tutto contro le stesse persone trasportate – dell’esser mandati per mare alla ricerca di un salvataggio o di un approdo incerto. Oltre a queste, però, lo *smuggling* può prendere anche altre forme³¹, tra le quali, soprattutto quando avviene via terra o per via aerea, non è certo infrequente il ricorso alla frode, e in particolare all’uso di documenti contraffatti o illegalmente ottenuti. E quando assume forma fraudolenta, lo *smuggling* richiede generalmente, per sue caratteristiche realizzative, un notevole livello organizzativo, che coinvolge più persone operanti, con ruoli diversi, in Paesi diversi (tipicamente, quello di partenza e quello di destinazione)³²: è perciò indubbio che il ricorso a questa modalità sia idoneo ad evocare scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali transnazionali³³.

Non è un caso, del resto, che la «fabbricazione di un documento di viaggio o di identità fraudolento» e il «fatto di procurarsi, fornire o possedere tale documento», se commessi «al fine di permettere il traffico di migranti», costituiscano condotte delle quali l’art. 6 del

31. V. opere citate *supra*, in nt. 11.

32. Per ulteriori dettagli, incluso il riferimento ad alcune vicende giurisprudenziali dalle quali le caratteristiche segnalate emergono con chiarezza, rinvio chi lo volesse ad A. Spena, *Migrant Smuggling*, cit., p. 13.

33. Ne fornisce, ancora una volta, una significativa esemplificazione il caso della «rotta fantasma», già ricordato in nt. 25.

Protocollo Onu – che, come si è detto, si occupa del traffico di migranti proprio nell’ottica di una lotta contro il crimine organizzato transnazionale – richiede specificamente la criminalizzazione³⁴.

Se la Corte, nonostante la sua ricostruzione dogmatica, può concludere nel senso che anche questa aggravante sia incostituzionale, per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità della pena, è appunto perché, a ben vedere, essa non fa discendere questa violazione da quella premessa dogmatico-ricostruttiva, ma la ricava da un percorso argomentativo sostanzialmente indipendente. Un percorso che, come ora mostrerò, non fa altro che applicare i criteri ormai consolidati di valutazione della ragionevolezza e proporzionalità della pena direttamente al contenuto delle aggravanti in questione.

4.1. Per ciò che riguarda, in particolare, l’aggravante dell’uso di servizi di trasporto internazionale (§ 4.4.1 del *Considerato in diritto*), la Corte sostiene, in maniera condivisibile, che «[n]on pare[...] ragionevolmente ravvisabile alcun surplus di disvalore del fatto commesso» in sua presenza,

rispetto alla generalità dei fatti riconducibili alla fattispecie base descritta nel comma 1: una tale modalità di commissione non offende alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello tutelato dal comma 1 (l’ordinata gestione dei flussi migratori), né rappresenta una modalità di condotta particolarmente insidiosa o tale da creare speciali difficoltà di accertamento alla polizia di frontiera.

Qui la Corte sta applicando il criterio della proporzionalità intrinseca³⁵: la sproporzione è ricavata non già dal confronto comparativo con altre fattispecie, tantomeno con le altre fattispecie aggravate di cui all’art. 12 TUI, ma direttamente dall’inconsistenza del fattore «uso di servizi di trasporto internazionale» in termini di offensività o pericolosità della condotta; l’uso di quei servizi non porta in sé alcun disvalore – oggettivo o soggettivo,

34. Sul rilievo che sicurezza e controllo dei documenti, e dunque il connesso fenomeno dello *smuggling* fraudolento, hanno nel diritto inter- e sovranazionale, v. per tutti A.T. Gallagher, F. David, *The international Law of Migrant Smuggling*, cit., p. 512 ss.

35. Su questa possibile declinazione della proporzionalità della pena, di più recente impiego nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, si vedano, tra i tanti, anche per gli ulteriori necessari riferimenti: F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss., p. 362 ss.; R. Bartoli, *Offensività e ragionevolezza sul sindacato di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1540 ss.; G. Ruggiero, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 198 ss.; V. Manes, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in Id., V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, 351, p. 354 ss.; A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 785 ss.; F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 325 ss., p. 266 ss.

attuale o potenziale – capace di aggiungersi al disvalore basico del fatto di favoreggiamento, così da giustificarne l’aggravamento sanzionatorio.

Non sembra, perciò, condivisibile la tesi di chi ritiene che, anche rispetto a questa circostanza (come vedremo invece accadere per la successiva), la Corte si sia mossa «lungo i binari dello schema classico di sindacato sulla proporzionalità della pena, quello cioè basato sulla comparazione delle scelte sanzionatorie effettuate dal legislatore, alla ricerca di eventuali aporie del sistema (proporzionalità c.d. ordinale)»³⁶: all’apparenza può in effetti sembrare che la Corte «conduc[*a*] un serrato confronto tra le diverse circostanze aggravanti speciali, evidenziando come quelle censurate non siano in grado, a differenza delle altre, di selezionare autentici scenari di traffico organizzato di migranti, con conseguente manifesta irragionevolezza del drastico aumento sanzionatorio ad esse ricollegato dal legislatore»³⁷; in realtà, come si è detto, la conclusione tratta non è in alcun modo condizionata dall’analisi dogmatica che la precede, né dunque dalla articolata ricostruzione del senso delle altre aggravanti: quella stigmatizzata dalla Corte è qui una irragionevolezza direttamente ricavata dai contenuti del fattore aggravante considerato, non da un suo confronto con gli altri fattori che lo circondano: che l’uso di servizi internazionali di trasporto «non offend[*a*] alcun bene giudico [...] né rappresent[*i*] una modalità di condotta particolarmente insidiosa o tale da creare speciali difficoltà di accertamento alla polizia di frontiera», sono argomenti che avrebbero dovuto condurre la Corte a ritenere l’irragionevolezza/sproporzione della forbice aggravata anche nell’ipotesi dell’irrealtà (che qui si fa solo *for the sake of argument*) in cui la circostanza in questione fosse stata la sola prevista nell’art. 12. Anzi, procedendo per altre ipotesi dell’irrealtà funzionali ad esaltare il senso della decisione, l’inconsistenza intrinseca del fattore aggravante qui censurata è talmente radicale, che alla stessa conclusione la Corte sarebbe dovuta giungere anche nel caso in cui l’incremento sanzionatorio che esso comportava non fosse stato così abnorme come quello che risulta dai commi 3 e (in caso di combinazione con altri fattori) 3-*bis* dell’art. 12: qualunque incremento sanzionatorio, che avesse avuto il proprio pretesto in quella circostanza, sarebbe stato privo di ogni plausibile giustificazione, e dunque intrinsecamente sproporzionato.

4.2. Appena più complesso, e comunque diverso, è il discorso riguardante l’altra aggravante contestata. Di questa non si può certo dire che non sia portatrice di un contenuto offensivo capace di aggiungersi a quello del favoreggiamento:

Non v’è dubbio, infatti, che il possesso e l’uso di documenti totalmente o parzialmente falsi, o anche solo illecitamente ottenuti (presumibilmente, a mezzo di un’attività integrante altri reati)

36. Così S. Zirulia, *La Corte costituzionale*, cit., par. 8.1.

37. *Ibidem*.

conferisca alla condotta una connotazione offensiva ulteriore rispetto a quella propria della fattispecie base. La «fede pubblica», individuata dal codice penale come bene giuridico dell'intera classe dei reati di falso, evoca in effetti esigenze di tutela di interessi di grande rilievo per l'ordinamento e la società nel suo complesso, a cominciare dall'ordine e dalla sicurezza pubblica, i quali richiedono la veritiera identificazione di tutte le persone presenti nel territorio nazionale.

Il giudizio di irragionevolezza/sproporzione, qui, non può dunque discendere in maniera piana e lineare dal contenuto intrinseco dell'aggravante. Si tratta, semmai, di capire se tale maggiore severità, in linea di principio giustificata nell'*an*, lo sia anche nel *quantum*. Per questa via, in maniera piuttosto naturale, il discorso scivola verso una lettura sistematica dell'aggravante, alla ricerca di un parametro terzo alla luce del quale valutare la ragionevolezza della scelta legislativa, il cosiddetto *tertium comparationis*: si tratta, insomma, di verificare la proporzionalità dell'aggravante in un'ottica più strettamente distributiva, e legata al principio di uguaglianza, intendendola come coerenza della scelta sanzionatoria rispetto al sistema nel suo complesso, avuto in particolare riguardo alle altre scelte sanzionatorie che l'ordinamento compie in relazione a contenuti di disvalore analoghi³⁸.

Se però guardiamo al modo in cui questo ragionamento è applicato nel caso concreto, ci accorgiamo agevolmente che, ancora una volta, manca un riferimento al sistema delle altre aggravanti dell'art. 12, secondo la lettura che vorrebbe scorgervi una cristallizzazione normativa del fenomeno del traffico di migranti; ed è perfettamente comprensibile che sia così: come sappiamo (*supra* § 4), infatti, l'aggravante in questione non sarebbe affatto assiologicamente distonica rispetto a questo (preteso) costruito assiologico, vi rientrerebbe perfettamente. Se si vuole affermarne l'irragionevolezza e la sproporzione, il raffronto sistematico va piuttosto effettuato – ed è appunto quanto fa la Corte – con la disciplina dei reati contro la fede pubblica, che ha la funzione generale di criminalizzare quello stesso contenuto di disvalore che l'ultima parte della lett. *d* del comma 3 dell'art. 12 TUI eleva, invece, ad aggravante specifica del favoreggiamento. Così facendo, la Corte ha allora buon gioco di segnalare come

la generalità dei delitti di falsità in atti e personali previsti dai Capi III e IV del Titolo VII del Libro II del codice penale è punita con pene che, nel minimo, non oltrepassano la soglia di un anno di reclusione; e lo stesso art. 6, co. 6-*bis*, TUI, che incrimina la contraffazione o alterazione di

38. Su questa accezione della proporzionalità penale, più tradizionalmente praticata dalla Corte, si vedano, anche per gli ulteriori necessari riferimenti: A. Pagliaro, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o sproporzione «irrazionale»?*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 774 ss.; F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 350 ss.; G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 42 ss., p. 49 ss., p. 178 ss.; R. Bartoli, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 1540 ss.; V. Manes, *La proposizione della questione*, cit., p. 344 ss.; F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 233 ss., p. 261 ss.

permessi di soggiorno o di altri documenti correlati alla presenza legittima dello straniero nel territorio nazionale, prevede una cornice edittale da uno a tre anni di reclusione. Il solo delitto di possesso e fabbricazione di documenti falsi validi per l'espatrio di cui all'art. 497-*bis* c.p. – introdotto con il decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito, con modificazioni, nella legge 31 luglio 2005, n. 155, all'indomani degli attentati di Londra del 7 e 21 luglio 2005 con lo scopo di ostacolare gli spostamenti transfrontalieri di persone coinvolte in attività terroristiche – prevede un minimo di due anni e un massimo di cinque anni di reclusione, limitatamente però al possesso di documenti «falsi»: con esclusione, dunque, di quelli autentici, ma «illecitamente ottenuti», pure abbracciati dall'ipotesi aggravata ora all'esame.

L'incremento sanzionatorio disposto per il caso che un favoreggiamento sia commesso utilizzando documenti contraffatti ecc. risulta, dunque, sproporzionato, e perciò irragionevole, considerato il livello sanzionatorio generalmente stabilito, nel nostro ordinamento in relazione a fatti – di falso contro la fede pubblica – portatori del medesimo tipo di disvalore che quell'incremento sottende:

Per quanto la fattispecie aggravata in esame configuri un reato complesso, la previsione di una pena minima di cinque anni, e di una massima di quindici anni di reclusione per un fatto ordinariamente punibile con la reclusione da uno a cinque anni, solo in ragione dell'utilizzazione di documenti contraffatti, alterati o anche soltanto illecitamente ottenuti presenta, dunque, tratti di assoluta anomalia “intrasistemica” rispetto alle scelte sanzionatorie tanto del codice penale, quanto della legislazione di settore. Una simile anomalia non può che tradursi in una valutazione di manifesta sproporzione del trattamento sanzionatorio previsto per l'ipotesi aggravata all'esame.

E ciò sulla base del medesimo ordine di considerazioni che ha condotto questa Corte, nella sentenza n. 236 del 2016, a considerare manifestamente sproporzionato l'identico quadro edittale della reclusione da cinque a quindici anni previsto dall'art. 567, secondo comma, c.p. per il delitto di alterazione di stato compiuto mediante «false certificazioni, false attestazioni o altre falsità»: modalità di condotta, queste ultime, pure certamente offensive della fede pubblica, in un settore così delicato dell'ordinamento come lo stato civile; ma non tali da poter ragionevolmente giustificare il drastico aumento di pena rispetto alla ordinaria ipotesi di alterazione di stato, prevista dal primo comma dell'art. 567 c.p.

5. Scenari

Perché mai, dunque, la Corte ha deciso di incastonare la propria decisione in un contesto discorsivo così articolato, ma anche così problematico, come quello che abbiamo più sopra criticamente ripercorso, senza propriamente fondarla su di esso? Quale può mai essere il ruolo di quella proposta dogmatico-ricostruttiva, se non serve a dotare la decisione assunta né di una necessaria premessa, né a ben vedere di un vero argomento *ad adiuvandum*? Non

è facile rispondere a questa domanda. Mi piace tuttavia pensare che in tal modo essa abbia voluto segnalare l'abnormità alla quale può condurre la furia repressiva, quando la lotta dello Stato contro l'immigrazione irregolare si fa cieca rispetto alla complessità delle vicende che con quell'etichetta vengono apostrofate. Che essa abbia dunque voluto mostrare, prendendo ad emblema il caso oggetto del giudizio *a quo*, come la figura del trafficante, quella dello scafista, mediaticamente agitate come spauracchi per giustificare il ricorso compulsivo ad una criminalizzazione sempre più severa, possa rivelarsi un mero feticcio, dietro al quale, se si è disposti a guardare senza pregiudizi, non è difficile scorgere, molte volte, vicende umane di affetto, speranza, sofferenza. Che la Corte abbia così voluto far passare, in forma quasi subliminale, anche un messaggio politico-criminale, rivolto in primo luogo al legislatore e poi anche al giudice: gli aggravamenti di pena previsti dall'art. 12 attualmente vigente, vista la loro relevantissima portata, sono veramente giustificati solo in quanto li si applichi a fatti di traffico organizzato di migranti.

Nell'attesa quasi messianica di un complessivo ripensamento della materia, questo crea già adesso un margine, più che per riduzioni interpretative di ispirazione teleologica, per ulteriori, possibili questioni di costituzionalità riguardanti altre ipotesi aggravate, che la Corte ha qui indicato come capaci di evocare un traffico di migranti, ma che, in realtà, potrebbero finire tacciate di irragionevolezza, se la distinzione tra favoreggiamento e traffico venisse ripresa, più che per sostenere che il diritto italiano già oggi vi si ispiri, per mostrare quanto invece ne sia distante e quanto ciò lo renda problematico. Penso in particolare alle aggravanti concernenti il numero dei soggetti trasportati o dei soggetti agenti, le quali non presentano profili di offensività o di disvalore *qualitativamente* diversi rispetto alla figura base del comma 1, e prese da sole, e dunque non fatte interagire con qualcuna delle altre, hanno un margine applicativo che, nella prassi, è di frequente legato a forme di favoreggiamento altruistico esclusivamente animate dal senso dell'umana solidarietà, per le quali è già difficile giustificare, in radice, la stessa punibilità, ed è perciò ancor più difficile giustificare la maggior punibilità che risulta dal comma 3 dell'art. 12.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

DIRITTI FONDAMENTALI E RIPARTO DI GIURISDIZIONE

NOTA A CASS., SU, 15.02.2022, N. 4873 SUL DIRITTO ALLA SALUTE DEI RICHIEDENTI ASILO OSPITATI NEI CAS

di Nicoletta Vettori

***Abstract:** Il contributo analizza la questione del riparto di giurisdizione in materia diritti fondamentali, prendendo le mosse dall'ordinanza n. 4873 del 15 febbraio 2022 con cui le SU della Corte di cassazione hanno affermato la giurisdizione ordinaria in un giudizio diretto ad accertare la violazione del diritto alla salute dei richiedenti asilo ospitati in un Centro di accoglienza straordinaria (CAS), per effetto della mancata attuazione delle misure di prevenzione del contagio da Covid-19.*

L'analisi della vicenda offre l'occasione per considerare il tema generale e dimostrare che il coinvolgimento di un diritto costituzionalmente protetto implica un certo modo di ricostruire il rapporto tra situazioni soggettive e potere amministrativo che ha specifiche implicazioni, prima ancora che sul sistema di riparto delle giurisdizioni, sul tipo di sindacato giurisdizionale esercitabile sull'attività amministrativa. Ciò perché l'applicazione diretta della norma costituzionale di riconoscimento del diritto (nella specie l'art. 32 Cost.) consente di individuare specifici obblighi di comportamento in capo alle PA pienamente tutelabili davanti al giudice.

***Abstract:** The paper analyzes the issue of the division of jurisdiction between ordinary and administrative judges in matters of fundamental rights. The Court of cassation (Joint Divisions, ord. 15.2.2022, no. 4873), modifying the decision of the trial judges, affirmed the ordinary jurisdiction in a judgment aimed at ascertaining the violation of the right to health of asylum seekers hosted in an extraordinary reception center.*

The analysis of the case allows to demonstrate that the involvement of a constitutional right implies a specific way of reconstructing the relationship between subjective situations and administrative power. Therefore, the so-called «theory of fundamental rights» is useful, even more than as a criterion for the division of jurisdiction, to define the type of control that any judge (ordinary or administrative) can carry out in the administrative activity that affects fundamental rights. In fact, the direct application of the constitutional provision (in this case, article 32 of the Constitution) makes it possible to identify specific obligations for public administration that can be enforced in the Courts.

DIRITTI FONDAMENTALI E RIPARTO DI GIURISDIZIONE

NOTA A CASS., SU, 15.02.2022, N. 4873 SUL DIRITTO ALLA SALUTE DEI RICHIEDENTI ASILO OSPITATI NEI CAS

di Nicoletta Vettori*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti e la questione controversa: sul giudice competente a decidere della violazione del diritto alla salute dei migranti accolti nei CAS. – 3. L'evoluzione della giurisprudenza sul riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali. – 4. Le pronunce di merito: le ragioni a sostegno della giurisdizione amministrativa. – 4.1. Considerazioni critiche. – 5. La decisione delle SU. – 5.1. Dalle norme sui diritti ai caratteri del potere: «diritto alla salute, sub specie di diritto al distanziamento sociale» dei migranti e attività vincolata della PA – 5.2. Il fondamento costituzionale del diritto dedotto in giudizio e la necessaria assenza di discrezionalità amministrativa. – 6. Considerazioni conclusive: diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale.

1. Premessa

Con l'ordinanza n. 4873 del 15 febbraio 2022 le SU della Corte di cassazione sono intervenute a risolvere un conflitto di giurisdizione sollevato in un giudizio diretto ad accertare la violazione del diritto alla salute dei richiedenti asilo ospitati in un Centro di accoglienza straordinaria (di seguito CAS), a causa della mancata attuazione delle misure di prevenzione del contagio da Covid-19 da parte delle autorità amministrative responsabili del Centro.

Il Tribunale di Bologna, adito in sede cautelare e di merito, ha declinato la giurisdizione in favore del giudice amministrativo, mentre le Sezioni unite hanno radicalmente ribaltato la decisione affermando la giurisdizione ordinaria.

L'analisi della vicenda permette di fare emergere questioni di particolare importanza sia rispetto alla posizione dei migranti inseriti nel sistema di accoglienza, sia sul tema generale della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

* Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università di Siena.

2. I fatti e la questione controversa: sul giudice competente a decidere della violazione del diritto alla salute dei migranti accolti nei CAS

Nell'ordinamento italiano il sistema di accoglienza opera su più livelli: il primo che comprende gli *hotspot* e i Centri di prima accoglienza, il secondo che si sviluppa nel Sistema di accoglienza e integrazione (SAI)¹ e nei Centri di Accoglienza Straordinaria (di seguito CAS).

Quest'ultimi, come la denominazione lascia intendere, dovrebbero essere utilizzati in via eccezionale², soprattutto dopo la riforma introdotta dal d.lgs. n. 142 del 2015 diretta a superare l'approccio emergenziale facendo dell'accoglienza diffusa – perno del sistema SPRAR (oggi SAI) – il modello esclusivo. Al contrario tutt'oggi solo una minoranza di richiedenti e titolari di protezione umanitaria è inserita nella rete territoriale, mentre l'accoglienza straordinaria, articolata in Centri di grandi dimensioni, costituisce ancora il segmento più consistente.

Tale assetto ha reso ancora più complessa la gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 dato che nelle grandi strutture, che ospitano un elevato numero di persone, è già complesso organizzare l'assistenza ordinaria ed è stato più difficile garantire il rispetto delle misure di distanziamento sociale e di isolamento sanitario finalizzate al contenimento del contagio³.

1. Il Sistema di Accoglienza e Integrazione (SAI), introdotto dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 convertito in l. 18 dicembre 2020, n. 173, è andato a sostituire il precedente modello, denominato SIPROIMI (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati) disciplinato dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. 1 dicembre 2018, n. 132, che aveva a sua volta sostituito il precedente SPRAR (Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati). La nuova disciplina ha apportato rilevanti modifiche ai d.l. n. 113/2018 e n. 53/2019 eliminandone alcune gravi criticità. In particolare ha previsto che possano accedere al percorso di accoglienza oltre che i titolari di protezione internazionale e i minori stranieri non accompagnati, anche i richiedenti protezione internazionale (che erano stati esclusi con la riforma del 2018), e prevede una diversificazione dei servizi sulla base della tipologia dei beneficiari, ridefinendo le condizioni materiali della prima accoglienza e disciplinando i percorsi di integrazione. Sui profili di criticità della riforma introdotta dal d.l. 113/2018 sia consentito rinviare a 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 questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 134 ss. Sull'assetto vigente si veda M. Giovannetti, *La riforma del sistema di accoglienza e integrazione per richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2021, p. 27 ss.; M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021.

2. L'art. 11 d.lgs. n. 142/2015 prevede che qualora, a fronte di «arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti», non fosse possibile ospitarli tramite il sistema ordinario, su disposizione del Prefetto possono essere appositamente allestite strutture temporanee atte a soddisfare le esigenze essenziali di accoglienza limitatamente al tempo strettamente necessario al trasferimento del richiedente nelle strutture ordinarie.

3. Cfr. sul punto S. Rossi, *Diritto alla salute e discrezionalità amministrativa sulla soglia dei centri di accoglienza*, in questa *Rivista*, n. 1.2021, p. 123 ss.; P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it*, 2020, spec. p. 9-12 www.federalismi.it.

In questo quadro, nel marzo 2020, dopo che il Governo aveva adottato vari provvedimenti per fronteggiare l'emergenza⁴, il Coordinamento migranti aveva subito denunciato l'impossibilità di garantire il rispetto delle misure di prevenzione in alcune strutture – tra le quali il CAS Mattei di Bologna – proprio a causa del grave sovraffollamento⁵.

Data la situazione, l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (di seguito ASGI), insieme ad altri soggetti impegnati nella tutela dei migranti, aveva sollecitato le Autorità competenti⁶, a fare quanto necessario per garantire la salute degli ospiti, dei lavoratori del Centro e quindi della collettività nel suo complesso. È evidente, infatti, che se nella struttura si fossero creati dei focolai, anche la comunità territoriale sarebbe stata messa in pericolo.

Successivamente, accertato il perdurare di varie criticità (*i.e.* carenza di mascherine, non adeguata sanificazione degli ambienti, mancato distanziamento sociale), e venuta a conoscenza che nel frattempo un ospite era stato posto in isolamento, l'Associazione aveva sollecitato nuovamente le Autorità per esser informata sulle misure adottate, senza però ricevere alcuna risposta.

Pertanto ASGI⁷ aveva proposto ricorso d'urgenza al Tribunale di Bologna, sul presupposto per cui la condizione di stranieri residenti in una struttura di accoglienza non potesse giustificare l'applicazione di un livello di protezione diverso e deteriore rispetto a quello riconosciuto alla generalità dei consociati e ai soggetti ospitati in altre strutture per l'assistenza sociale residenziale.

In particolare, si chiedeva al giudice di accertare e dichiarare la lesione del diritto alla salute per effetto della mancata applicazione delle misure per la prevenzione e il contrasto dell'epidemia da Covid-19 e, conseguentemente, ordinare alle Amministrazioni convenute di fare quanto necessario per garantirne il rispetto, *ivi* compreso il trasferimento di parte

4. Cfr. d.l. nn. 6, 9, 11, 14, 18 e 19 del 2020 e i relativi d.p.c.m. attuativi.

5. V. il comunicato inviato <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/coronavirus-asilo-bologna/>.

6. In particolare la Prefettura, chiamata in causa in qualità di responsabile del sistema di accoglienza straordinaria *ex artt.* 8, 9, 11 d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142; il Comune di Bologna e il Presidente della Regione Emilia Romagna in qualità di autorità sanitarie locali per i rispettivi territori di competenza *ex art.* 32, co. 3, l. 18 dicembre 1978, n. 833 nonché il gestore del CAS Mattei. Sul punto si veda l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 7 maggio 2020 e il commento di S. Rossi, *Diritto alla salute e discrezionalità amministrativa sulla soglia dei centri di accoglienza*, cit., p. 128.

7. Legittimata ad agire *ex art.* 5, co. 3, d.lgs. n. 215/2003 per far valere discriminazioni di carattere collettivo (in questo caso indiretta *ex art.* 2 lett. b), in qualità di Associazione operante a tutela dei diritti e degli interessi legittimi degli stranieri e degli apolidi, iscritta nel Registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni di cui all'art. 6 del medesimo decreto.

dei migranti in altre strutture, una volta accertato in giudizio il sovraffollamento e la conseguente inadeguatezza del CAS Mattei⁸.

Il Tribunale di Bologna dichiarava però il difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo, con una decisione confermata dal Collegio in sede di reclamo cautelare⁹ e, successivamente, nel giudizio di merito¹⁰. In quella sede ASGI ribadiva le proprie domande e proponeva regolamento preventivo di giurisdizione (*ex artt. 41 e 367 c.p.c.*).

Alle SU si chiedeva dunque di individuare il giudice competente, profilo complesso in generale e ancor più in materia di immigrazione ove la disciplina “frammenta” tra le due giurisdizioni la tutela delle posizioni giuridiche degli stranieri¹¹.

Sul punto, ASGI sosteneva che la situazione giuridica dedotta avesse la consistenza di un diritto soggettivo fondamentale come tale devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario.

Di contro, il Tribunale di Bologna affermava che la controversia rientrava in una materia di giurisdizione amministrativa esclusiva, devoluta al giudice amministrativo nonostante la natura costituzionalmente protetta delle posizioni coinvolte.

Dato questo quadro, prima di approfondire i diversi argomenti usati dai giudici di merito e dalle SU, è opportuno inquadrare la questione del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali.

8. Con riferimento a questo secondo profilo, l'Associazione allegava il sovraffollamento del CAS Mattei e le caratteristiche strutturali dello stesso (caratterizzato da camerate di 10-15 persone e spazi comuni angusti). Chiedeva quindi che fosse ordinato il trasferimento di parte degli ospiti in strutture d'accoglienza in cui fosse possibile assicurare il dovuto distanziamento interpersonale, fatte salve – nelle more del trasferimento – l'adozione di sistemi di *screening* sanitario nonché di qualunque altra misura che il giudice ritenesse necessaria per la salvaguardia degli ospiti e dei lavoratori del Centro.

9. Trib. Bologna, sez. III civ., decreto R.G. 4235/2020 del 7 maggio 2020; sez. III civ., decreto collegiale R.G. 5877/2020 del 14 luglio 2020 pubblicati in questa *Rivista*, n. 1.2021 nella Rassegna *Asilo e protezione internazionale-Questioni procedurali e diritti civili*.

10. Trib. Bologna, sentenza resa *ex art. 281 sexies c.p.c.* del 29 ottobre 2021.

11. Sulla irragionevolezza del sistema di riparto delle giurisdizioni in materia di immigrazione e sul conseguente *vulnus* al principio di effettività della tutela v. N. Zorzella, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in questa *Rivista*, n. 4.2006, p. 27 ss.; P.L. Di Bari, *Doppia tutela giurisdizionale in materia di soggiorno ed espulsione dello straniero ovvero la strada tortuosa per raggiungere un giudice a Berlino*, *ivi*, n. 1.2002, p. 101 ss.; sia consentito rinviare anche a N. Vettori, *Doppia giurisdizione e (in) effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in questa *Rivista*, n. 1.2008, p. 54 ss. Più di recente v. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dal territorio dello Stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 534 ss.; G. Tropea, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul “nomadismo giurisdizionale”*, in questa *Rivista*, n. 1.2022, p. 141 ss.

3. L'evoluzione della giurisprudenza sul riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali

Secondo un orientamento inaugurato dalla Cassazione alla fine degli anni 70¹², i diritti della persona costituzionalmente protetti, e in particolare quello alla salute, sono dotati dall'ordinamento di una protezione giuridica rafforzata nei confronti dell'incisione che possa derivare da parte del potere amministrativo; di conseguenza devono essere tutelati nella forma del diritto soggettivo e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria.

Nella sua formulazione originaria, la tesi si muoveva nel quadro concettuale allora dominante che faceva applicazione della c.d. teoria della degradazione delle situazioni giuridiche soggettive (oggi superata in dottrina, ma ancora diffusamente richiamata in giurisprudenza) e del c.d. criterio della carenza di potere.

L'idea di fondo era che la particolare configurazione costituzionale di tali diritti ne impedisse la "degradazione" a interessi legittimi a seguito dell'esercizio del potere (da qui la denominazione di «teoria dei diritti indegradabili»); ovvero che l'incisione del diritto fondamentale da parte dell'Amministrazione non potesse essere considerato uso di potere in senso tecnico¹³.

La conseguenza che si faceva derivare, sul piano della giurisdizione, era che il provvedimento o il comportamento amministrativo fosse da equiparare ad attività materiale posta in essere in carenza di potere, dunque sempre conoscibile dal giudice ordinario senza

12. L'orientamento, come noto, ha avuto origine, alla fine degli anni '70 del secolo scorso, con alcune sentenze della Cassazione relative alla lesione del diritto alla salute nella sua proiezione di diritto all'ambiente salubre. Cfr. Cass. civ., SU, 9.3.1979, n. 1463, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 764 con nota di A. Postiglione, *Localizzazione di centrali nucleari e tutela della salute e dell'ambiente*, *ivi*, p. 768 ss; Cass., SU, 6.10.1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 356 con nota di F. Piga, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: siamo ad una svolta?*, *ivi*, p. 366 ss.

13. In dottrina si veda, tra gli altri, V. A. Corasaniti, *I diritti fondamentali e la ripartizione della giurisdizione*, in *Foro amm.*, 1981, II, p. 2148 ss.; A. Schreiber, *Il riparto di giurisdizione fra degradazione del diritto e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1986, p. 1607. Cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 141 ss.; A. Travi, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 1, 2009, p. 48 ss.; C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, *ivi*, p. 34 ss.; A. Caratta, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 27 ss. In senso critico v., tra gli altri, V. Caianiello, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 565 ss. (spec. p. 591 ss.); F.G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss.; Id., *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della P.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1 ss.; F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 9; e da ultimo N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi.it*, 12, 2020, p. 177 ss., www.federalismi.it.

i limiti di cui all'art. 4 della l. 2248/1865; tanto che la tutela da questo accordabile poteva comprendere pronunce costitutive e di condanna ad un *facere* o ad un *patis*¹⁴.

La ricostruzione prospettata dalle richiamate pronunce è stata progressivamente estesa ad altri diritti costituzionali¹⁵ dando origine ad una giurisprudenza che è stata compatta fino alla fine del secolo scorso¹⁶.

Più di recente, vi sono stati alcuni fattori che ne hanno influenzato l'evoluzione.

In tal senso ha operato, innanzitutto, l'estensione delle materie di giurisdizione esclusiva¹⁷ che ha aumentato notevolmente i casi in cui il giudice amministrativo conosce (anche) i diritti soggettivi.

Sotto altro profilo hanno influito le sentenze della metà degli anni 2000, con cui la Corte costituzionale si è pronunciata sul nuovo sistema di riparto c.d. per «blocchi di materie».

In particolare, con la sentenza n. 204/2004, la Corte ha chiarito che dall'art. 103 Cost. deve desumersi che il legislatore ordinario non è titolare di una discrezionalità assoluta nella previsione di ipotesi di giurisdizione esclusiva, potendo soltanto individuare «particolari materie» nelle quali la tutela davanti al giudice amministrativo oltre a riguardare interessi legittimi, coinvolge «anche» diritti soggettivi. Conseguentemente ha affermato che la giurisdizione esclusiva e quella di legittimità partecipano della medesima natura, presupponendo entrambe che nel giudizio sia in discussione l'attività posta in essere dall'Amministrazione in veste di autorità¹⁸.

14. Secondo la teoria in esame rispetto all'attività amministrativa che incide su diritti fondamentali non trovano applicazione i limiti derivanti dagli artt. 4 e 5, l. n. 2248/1865, all. E, invocabili soltanto a garanzia dell'attività esplicata dall'amministrazione nell'esercizio di potestà pubbliche ad essa attribuite dall'ordinamento. In termini generali sui c.d. «limiti interni» della giurisdizione ordinaria v., tra gli altri, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 119-128; F. Figorilli, *La giurisdizione del giudice ordinario in Codice della giustizia amministrativa* a cura di G. Morbidelli, 2005, p. 929 ss.

15. Si veda, *ex multis*, Cass. civ., SU, 20.2.1992, n. 2092; Cass. civ., SU, 18.11.1997, n. 11432 (libertà di coscienza e religione); Cass. civ., SU 27.7.2000, n. 9893 (diritto all'ambiente salubre in una fattispecie di realizzazione di un elettrodotto); Cass. sez. lav., 10.3.2000, n. 2782, in *Rass. dir. farm.*, 2000, p. 753 (somministrazione di farmaci salva-vita non compresi nel prontuario farmaceutico); Cass., S.U., 30.5. 2005, n. 11334 (rimborso di spese per cure mediche sostenute all'estero senza previa autorizzazione amministrativa); Cass. SU, 13.6.2006, n. 13659 e 13660; 15.6.2006, n. 13961 (su diritto al risarcimento del danno); Cass., SU, 1.8.2006, n. 17461 (sulla domanda di pazienti emodializzati ad usufruire di un parcheggio antistante il Centro in cui effettuavano la terapia); Cass., SU, 9.3.2007, n. 5402; Cass., SU, 6.2.2009, n. 2867 e 5.12.2011, n. 25925 (sulla domanda di rimborso per cure urgenti effettuate presso una struttura privata in assenza di preventiva autorizzazione da parte del SSN).

16. Per una puntuale analisi dell'evoluzione giurisprudenziale v. G. D'Amico, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2012, p. 931 ss.; L. Coraggio, *La teoria dei diritti incomprimibili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 483 ss.

17. In tal senso rilevavano gli artt. 33, 34 e 35 d.lgs. 80 del 1998 e la l. 205/2000 con la quale – a seguito della sentenza Cass. civ., SU 500/1999 – è stato attribuito al giudice amministrativo la possibilità di concedere la tutela risarcitoria.

18. Corte cost. 5.7.2004, n. 2004 su cui, tra i moltissimi, v. M. Clarich, A. Police, B.G. Mattarella, A. Pajno, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “riletta” dalla Corte costituzionale*, in *Gior. dir. amm.*, 9, 2004, p. 969 ss.; R. Villata, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2004, p. 832; A. Travi, *La*

A seguito di questa pronuncia, dunque, l'esistenza di potere amministrativo in senso stretto è stata considerata elemento essenziale per attribuire in via legislativa (e, in casi dubbi, riconoscere in via interpretativa) la giurisdizione amministrativa anche esclusiva.

D'altra parte, con la sentenza n. 140/2007, il Giudice delle leggi ha ritenuto che il coinvolgimento di diritti fondamentali non costituisca un elemento ostativo alla previsione di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, sul duplice presupposto per cui «non vi è una norma che riserva espressamente al giudice ordinario la tutela dei diritti fondamentali» e che «il giudizio amministrativo, a seguito delle più recenti riforme, consente di dare piena tutela a tutte le situazioni giuridiche soggettive, anche di carattere non patrimoniale»¹⁹.

Questa evoluzione è stata successivamente consolidata dalla riforma del processo amministrativo²⁰.

Nondimeno, la Cassazione ha continuato ad applicare la c.d. teoria dei diritti incompressibili in molti ambiti²¹, tra cui quello del diritto degli stranieri²².

Tuttavia, va precisato che negli indirizzi più recenti non si fa applicazione del c.d. criterio della carenza di potere, quanto piuttosto del criterio della natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa²³.

giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, in Foro it., 2004, I, p. 2598 ss.; D. Sorace, Il ruolo dell'atto nella giustizia amministrativa italiana. Raccontato in un incontro italo-francese, in Dir. pubb., 1, 2011, p. 89 ss.

19. Corte cost. 18.4.2007, n. 140 su cui, da posizioni diverse, v. G. Verde, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.?*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 436 ss.; F. G. Scoca, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, p. 371. Negli stessi termini v. Cass., SU, 28 dicembre 2007 n. 27187; Cass., SU, 5 marzo 2010, n. 5290, in *Gior. dir. amm.*, 2010, p. 1034 ss. con nota di F. Giglioni, *La ridotta incidenza dei diritti fondamentali per il riparto di giurisdizione*.

20. Cfr. l'art. 7, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Codice del processo amministrativo* che radica la giurisdizione amministrativa, anche esclusiva, sulle «controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere»; gli artt. 55 e 113, co. 1, lett. p), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 che fanno espresso riferimento al possibile coinvolgimento di diritti fondamentali; gli artt. 29 ss. che hanno ampliato i poteri cognitori e decisorii del giudice amministrativo. Al riguardo v. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 169-223.

21. Per una rassegna delle più recenti pronunce v. A. Giusti, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1, 2021, p. 195 ss. (spec. pp. 199-201).

22. Cfr., fra le altre, Cass. Civ., SU, 9.9.2009, n. 19393, in *Urb. app.*, 2009, p. 1445 (in materia di diritto alla protezione umanitaria); Cass. civ., SU, 15.2.2011, n. 3670 in *Foro it.*, 2011, I, c. 1101, e 30.3.2011, n. 7186, in *Riv. it. dir. pubbl. communit.*, 2011, 6, p. 1612 (in materia di diritto a non essere discriminato per motivi di razza), e Trib. Roma, 12.2.2020 reperibile nella banca dati Dejure all'indirizzo www.dejure.it (sul diritto *ex art 3 CEDU* dello straniero a non essere trasferito in uno Stato membro che non assicuri idonee condizioni di accoglienza). Per maggiori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a N. Vettori, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. pubb.*, 2, 2012, p. 681 ss.

23. Tale criterio, criticato in dottrina (v., per tutti, F.G. Scoca, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 432) ma molto seguito dalla giurisprudenza, si basa su un autorevole orientamento dottrinale secondo il quale di potere amministrativo in senso stretto si può parlare soltanto in caso di attività discrezionale. Ciò perché quando l'attività della pubblica amministrazione è vincolata l'assetto di interessi è già stato predeterminato dalla legge, sicché l'atto della amministrazione appare come momento meramente ricognitivo di una volontà già cristallizzata nella norma che regola il caso concreto. Viceversa, nel caso di attività discrezionale si ha una effettiva posizione di potere in capo alla PA poiché questa con la propria decisione definisce, in ragione della cura dell'interesse pubblico, un assetto di

All'esito di questa evoluzione la giurisprudenza è dunque tendenzialmente divisa.

Secondo un primo orientamento, il carattere costituzionalmente protetto dei diritti è del tutto irrilevante ai fini del riparto quando ricorre un'ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva.

Secondo un altro indirizzo – più aderente a quanto affermato nella sentenza n. 204/2004 e previsto dall'art. 7 c.p.a. – dato che anche la giurisdizione esclusiva del g.a. è ammissibile nelle sole controversie in cui sia in discussione l'esercizio (o il mancato esercizio) di potere amministrativo, soltanto ove ciò avvenga può estendersi anche ai diritti fondamentali²⁴.

In questa seconda prospettiva rimane dunque decisivo verificare in concreto il quadro normativo e le modalità con cui il legislatore ha delineato la tutela della situazione soggettiva in questione, potendo prospettarsi due situazioni.

Se alla PA è stata effettivamente conferita la facoltà di conformare il livello di protezione da assicurare in esito al bilanciamento con altri diritti o interessi costituzionali, si può ritenere che sussista una posizione di potere che giustifica la devoluzione della controversia alla giurisdizione esclusiva. Se, invece, il quadro normativo predefinisce *ex ante* l'assetto di interessi e configura «in modo cogente un diritto fondamentale e le modalità della sua protezione, (...) non prevedendo alcuna mediazione da parte del potere pubblico», la giurisdizione è comunque da attribuire al giudice ordinario²⁵.

Come vedremo, la decisione dei giudici di merito e quella delle SU rispecchiano esattamente i due diversi orientamenti, ma l'ordinanza n. 4873/2022 contribuisce a mettere a fuoco altri due aspetti di estremo rilievo.

interessi non interamente ricavabile dalla norma e dunque produce effetti giuridici innovativi. Da questa ricostruzione discende che a fronte dell'attività vincolata il privato vanta un diritto soggettivo e quindi la competenza a giudicare della lesione della posizione del privato spetta al giudice ordinario (fatte salve le particolari materie di giurisdizione esclusiva). Dall'altra parte, a fronte dell'attività discrezionale il privato vanta interessi legittimi e la giurisdizione sulle relative controversie spetta al giudice amministrativo. Tale orientamento risale a E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1983; A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir., proc. civ.*, 1988, p. 3 ss., ed è stato sviluppato da L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996; Id., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 109.

24. V. E. Scotti, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *Quest. giust.*, 1, 2021, p. 207: «I diritti fondamentali sono e devono essere ricondotti al giudice amministrativo esclusivamente nella misura in cui afferiscano alla sfera di un potere e siano lesi da atti e comportamenti che di tale potere costituiscono esercizio»; A. Di Majo, *Giurisdizione esclusiva e diritti soggettivi non inclusi (nota a Trib. Roma, ord. 17 dicembre 2002)*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 651 ss.

25. Questa impostazione è seguita da Cass. civ., SU, 17.6.2013, n. 15115 su cui sia consentito rinviare a N. Vettori, *Il respingimento dello straniero: le S.U. individuano i diritti e il loro giudice*, in *Giust. amm.*, 8, 2013, www.giustamm.it e, come vedremo al § 5, dalla ordinanza in commento da cui sono tratte le citazioni riportate nel testo. Un'impostazione simile, seppur espressa con minor chiarezza, è seguita anche da Cass. civ., SU, 25.11.2014, 25011 in tema di sostegno scolastico su cui v. A. Giusti, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, cit., p. 200 e, in senso critico, M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 275 ss.

4. Le pronunce di merito: le ragioni a sostegno della giurisdizione amministrativa

Come anticipato, il Tribunale di Bologna ha declinato la giurisdizione sul presupposto che la tutela invocata in giudizio rientrasse in una materia di giurisdizione amministrativa esclusiva.

Secondo la ricostruzione dei giudicanti, l'Associazione ricorrente, allegando il sovraffollamento del CAS Mattei e la conseguente violazione del diritto alla salute dei migranti, intendeva ottenere il loro trasferimento in altre strutture.

La misura richiesta, dunque, presupponeva l'esercizio da parte della Prefettura dei poteri conferiti dalla normativa sull'accoglienza²⁶ e dalla legislazione emergenziale²⁷, la cui natura autoritativa e discrezionale emergeva sia dal tenore letterale delle norme²⁸ che dalla disciplina procedimentale applicabile, connotante «in senso incontrovertibilmente valutativo l'attività amministrativa necessaria»²⁹.

In aggiunta il Tribunale osservava che l'ordine di trasferimento che si chiedeva di pronunciare non era conseguente ad una domanda di annullamento o di disapplicazione di un provvedimento asseritamente illegittimo, ma a una inerzia delle Amministrazioni convenute che avrebbero mancato di adottare quanto necessario a garantire le misure di prevenzione sanitaria.

Da ciò si deduceva che la situazione prospettata configurava un'ipotesi di silenzio-inadempimento nell'esercizio di un potere discrezionale attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a.

Su queste basi, in dichiarata applicazione dei principi giurisprudenziali prima ricordati (§ 3) il Tribunale è passato a verificare se la tutela richiesta rientrasse o meno nello spazio di giurisdizione comunque riservato al giudice ordinario, arrivando sempre a una conclusione negativa ma con argomenti parzialmente diversi.

Il giudice del primo giudizio si è limitato ad affermare che dal modo in cui sono disciplinati i poteri amministrativi di cui si pretendeva l'esercizio «era da escludersi che l'attività provvedimentale richiesta potesse rivestire quel carattere di obbligatorietà di talché la situazione soggettiva che si trovi in relazione con il provvedimento da emanare risultasse tutelata direttamente dalla legge»; pertanto, ha ritenuto mancassero i presupposti per il radicamento della giurisdizione ordinaria.

26. V. art. 15 d.lgs. n. 142/2015.

27. In particolare si faceva riferimento all'art. 6, co. 7, d.l. n. 18/2020 che attribuiva alla Prefettura il potere di requisire strutture alberghiere per ospitarvi le persone in sorveglianza sanitaria.

28. Nelle locuzioni normative secondo le quali il Prefetto «può disporre» il trasferimento dei migranti (*ex art. 15 d.lgs. 142/2015*) e la requisizione di immobili per assicurare l'isolamento sanitario dei contagiati (*ex art. 6, co. 7, d.l. 18/2020*), il termine «può» dimostrerebbe la valenza discrezionale del provvedimento.

29. Cfr. Trib. Bologna, sez. III civ., ord. 7.5.2020, p. 14.

Le argomentazioni usate dal Collegio, in sede di riesame cautelare e quelle del giudice del merito sono state, invece, ben più radicali: hanno negato qualsiasi rilievo al criterio di riparto invocato dalla ricorrente, arrivando ad affermare che il coinvolgimento di «un diritto fondamentale dell'individuo, quale certamente è il diritto alla salute, è questione irrilevante per l'individuazione del giudice competente».

Ciò perché «l'azione amministrativa di armonizzazione comparativa delle diverse posizioni antagoniste, individuali e collettive, anche di rilievo costituzionale», è sempre espressione di potere pubblico, autoritativo e discrezionale, il quale – se esercitato in conformità alla legge – è in grado di «produrre validamente una vicenda degradatoria della posizione giuridica soggettiva» che assume la consistenza dell'interesse legittimo e in quelle forme deve essere tutelata nella sede giurisdizionale “naturale”, quella amministrativa.

4.1. Considerazioni critiche

Com'è evidente già dai primi passaggi dell'argomentazione, le decisioni del Tribunale di Bologna scontano un difetto di impostazione nell'applicazione dei principi per la determinazione della giurisdizione³⁰.

I giudici, infatti, hanno considerato il *petitum* formale del giudizio, ossia quanto richiesto al giudice per soddisfare la domanda (*i.e.* l'ordine di trasferimento)³¹ e non la *causa petendi*, vale a dire gli elementi costitutivi della posizione giuridica fatta valere in giudizio (*i.e.* il diritto alla salute).

Conseguentemente hanno errato nella individuazione delle norme rilevanti per la qualificazione del rapporto controverso: invece di considerare il carattere delle misure previste dalla normativa sulle misure di prevenzione del contagio da Covid-19, poste a tutela del diritto alla salute dei migranti, si sono limitati a richiamare la disciplina che conferisce e regola i poteri di gestione dei CAS e dell'emergenza sanitaria.

Inoltre – ed è il profilo determinante dato il tipo di questione controversa – non hanno attribuito alcun rilievo al carattere costituzionalmente protetto della posizione coinvolta e, dunque, alle disposizioni costituzionali che dovevano essere applicate alla fattispecie.

30. È consolidato in giurisprudenza il principio per cui la giurisdizione «va determinata sulla base della domanda e che, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva il c.d. *petitum* sostanziale, il quale deve essere identificato non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice (il c.d. *petitum* formale) quanto, piuttosto, della *causa petendi* ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio e individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati». Così, *ex multis*, Cass. civ., SU, 15.2.2022, n. 4873; 15.1.2021, n. 615; 19.12.2018, n. 32774. In dottrina v. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 115-119; L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 93-100.

31. Ciò emerge chiaramente dalla motivazione: cfr. Trib. Bologna, ord. 7 maggio 2022, p. 11 e p. 14.

Del resto ciò si spiega perché alla base del ragionamento dei giudici vi è l'idea – avallata in dottrina³² – che la «teoria dei diritti fondamentali» è frutto di «*un approccio oltranzista*» (...) e *figlia di un intransigente individualismo*» smentito dalla realtà dei fatti la quale dimostrerebbe che anche «le situazioni giuridiche soggettive qualificabili come diritti umani o diritti fondamentali restano pur sempre (...) conformabili dal potere amministrativo se e in quanto oggetto di comparazione con altri concorrenti interessi», in particolare «con i diritti degli altri e vieppiù con le superiori esigenze di carattere pubblicistico, anche talora biecamente e ciecamente economiche»³³.

Ebbene, come avremo modo di considerare, questo orientamento non è condivisibile.

Oltre al paradosso di tacciare di «intransigente individualismo» una ricostruzione giuridica che è diretta a tutelare la dignità e i bisogni primari delle persone – che peraltro, in casi come quello in esame, si trovano in condizione di estrema vulnerabilità – tali conclusioni contraddicono il quadro giurisprudenziale richiamato (al § 3). In più denotano la non comprensione dei presupposti teorici della c.d. «teoria dei diritti fondamentali», i quali implicano un modo di ricostruire i rapporti tra le situazioni giuridiche soggettive e il potere pubblico che «aggancia» direttamente la dimensione costituzionale del principio di legalità.

5. La decisione delle SU

Non a caso, infatti, le SU hanno radicalmente smentito questa ricostruzione, con una motivazione che si differenzia da quello contenuta nelle decisioni di merito per due profili decisivi.

In primo luogo, nella ricostruzione sistematica della fattispecie concreta applicano la logica del rapporto giuridico: deducono la consistenza della posizione soggettiva non dalla verifica in astratto dell'esistenza di una norma di conferimento di potere, ma dal modo in cui – in quel caso – la legge definisce i contenuti della pretesa soggettiva in rapporto al ruolo dell'Amministrazione³⁴.

In secondo luogo, si soffermano ad analizzare il (plurimo) fondamento costituzionale delle situazioni giuridiche coinvolte, mettendo in evidenza come il coinvolgimento nella controversia di un diritto fondamentale sia rilevante (anche) ai fini dell'individuazione del giudice competente.

32. Cfr. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit.; S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dal territorio dello Stato italiano*, cit.; G. Tropea, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul "nomadismo giurisdizionale"*, cit.

33. Le citazioni riportate nel testo sono tratte da Trib. Bologna, ord. 14 luglio 2020, pp. 10-12.

34. Per la delimitazione dell'ambito del potere a partire dalle norme sui diritti v. C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubb.*, 1998, p. 143.

5.1. *Dalle norme sui diritti ai caratteri del potere: «diritto alla salute, sub specie di diritto al distanziamento sociale» dei migranti e attività vincolata della PA*

Le SU hanno innanzitutto messo in evidenza gli errori di impostazione commessi dal Tribunale di Bologna, precisando che la *causa petendi* della controversia, sulla base della quale determinare la giurisdizione, era il rischio di lesione del diritto alla salute dei migranti residenti nel CAS Mattei³⁵.

Hanno quindi passato al vaglio la disciplina introdotta dalla normativa emergenziale di contrasto alla pandemia³⁶ compresa quella relativa al sistema di accoglienza³⁷, concludendo che il distanziamento sociale per il contrasto alla diffusione del virus è stato disciplinato con modalità fisse e predeterminate che non consentono attuazioni differenziate.

Se ne ricava che «il diritto alla salute, sub specie di diritto al distanziamento sociale, è già stato conformato dal composito quadro normativo di riferimento» senza che possa rinvenirsi alcun margine di discrezionalità circa le forme e i modi della sua attuazione³⁸.

Al riguardo, per confutare la diversa ricostruzione sottesa alle decisioni di merito, si aggiunge che non può valere in senso contrario né il fatto che l'esecuzione delle misure di prevenzione sanitaria si inserisca nell'ambito della gestione del servizio di accoglienza straordinaria – che in generale presenta profili di ampia discrezionalità –, né che la lesione del diritto derivi da un'attività omissiva delle Amministrazioni.

Ciò perché, ai fini dello specifico profilo oggetto di giudizio – vale a dire la protezione del diritto fondamentale alla salute degli ospiti – il gestore del Centro e la Prefettura non dispongono di margini di discrezionalità, avendo al contrario l'obbligo di adottare e far garantire il rispetto di misure puntualmente indicate dal legislatore³⁹.

35. Il trasferimento richiesto dall'Associazione ricorrente era infatti una possibile misura da adottare per rimediare alla lesione del diritto alla salute una volta che fosse stata accertata, questione che – come lascia intendere la Corte – avrebbe potuto formare oggetto del giudizio di merito (cfr. Cass., SU, 15.2.2022, n. 4873, p. 17).

36. Secondo la Corte rilevano, in particolare, il d.l. 6/2020 conv. in l. n. 13/2020, l'art. 1 lett. d) del d.p.c.m. 8 marzo 2020 recante, tra le varie prescrizioni, quella del «mantenimento nei contatti sociali di una distanza interpersonale di almeno un metro»; nonché l'art. 2 co. 2. lett. g) d.l. n. 19/2020 conv. in l. 22.5.2020, n. 35 che impone la «previsione che le attività consentite si svolgano previa assunzione da parte del titolare o del gestore di misure idonee a evitare assembramenti di persone, con *obbligo di predisporre* le condizioni per garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale *predeterminata* e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio». I corsivi sono presenti nel testo della pronuncia.

37. Cfr. le circolari del Ministero dell'interno prot. n. 3393 del 18.3.2020, *Interventi di prevenzione della diffusione da Covid-19 nell'ambito del sistema di accoglienza e dei Centri di permanenza per il rimpatrio*, e prot. n. 3728 del 1.4.2020, *Interventi di prevenzione della diffusione da Covid-19 nell'ambito del sistema di accoglienza*, che sollecitavano l'applicazione delle misure di carattere igienico-sanitario, affinché fosse assicurato il rispetto delle «dovute distanze interpersonali ed evitate forme di assembramento, anche nel momento dell'erogazione dei pasti, garantendo il decongestionamento dei Centri maggiormente affollati, attraverso un'eventuale redistribuzione dei migranti in altri Centri della provincia».

38. Cass., SU, 15.2.2022, n. 4873, p. 12.

39. *Ibidem*, p. 14.

In tal senso si afferma che «rispetto al diritto a che ci sia un certo distanziamento, la pubblica amministrazione e con essa il gestore dei Centri di accoglienza sono (...) mere *longae manus* [di quanto previsto dall'ordinamento a tutela] di quel diritto, tenute a garantirlo alla stregua dell'adempimento di un rapporto obbligatorio nel quale il gestore è mero intermediario tra la legge ed i destinatari della protezione – nel caso di specie i richiedenti asilo ospiti del CAS Mattei – e garante del rispetto di siffatta situazione giuridica soggettiva».

Tali aspetti dimostrano la sussistenza degli elementi atti a radicare la giurisdizione ordinaria: la controversia riguarda la lesione di una pretesa riconducibile ad un diritto fondamentale che l'ordinamento protegge in maniera diretta e rispetto alla quale il comportamento dell'Amministrazione risulta doveroso e puntualmente predeterminato.

Come si vede, l'approccio seguito nell'interpretazione e qualificazione del quadro normativo di riferimento è opposto a quello svolto dai giudici di merito.

I primi avevano assunto come punto di partenza l'esistenza di un potere amministrativo considerato in astratto discrezionale e autoritativo, ricavando da questo la consistenza della situazione soggettiva.

Le SU, invece, muovono dalle norme di riconoscimento dei diritti per verificare il livello di protezione accordato e definire, a partire da quello, l'ambito e il carattere dell'attività amministrativa necessaria a tutelarli.

5.2. Il fondamento costituzionale del diritto dedotto in giudizio e la necessaria assenza di discrezionalità amministrativa

Ma vi è di più. La motivazione dell'ordinanza contiene alcune importanti considerazioni che chiariscono come il quadro normativo applicabile alla fattispecie affondi le radici in un assetto di interessi delineato a livello costituzionale, il quale impedisce *ab origine* di riconoscere alla PA un potere di bilanciamento discrezionale.

La Corte afferma, infatti, che il diritto al distanziamento sociale e il relativo obbligo dell'Amministrazione di assicurarlo, trovano fondamento costituzionale nell'art. 32 Cost., letto alla luce dei principi di solidarietà e di eguaglianza che informano il sistema di accoglienza⁴⁰, dai cui derivano specifici doveri di protezione dei bisogni primari dei migranti in capo alle Istituzioni responsabili⁴¹.

40. Cfr. *ivi*, p. 15 «il servizio di accoglienza straordinaria, risulta improntato, per espressa volontà delle fonti normative, alla protezione dei bisogni basilari delle persone richiedenti asilo e al perseguimento di una rete di sicurezza sociale che (...) sono espressione dei canoni di ragionevolezza e di solidarietà, i quali informano il sistema costituzionale intero».

41. Cfr. *Ibidem* «il dovere di salvaguardare la salute dei soggetti richiedenti asilo accolti nei CAS risulta intimamente legato al principio di solidarietà nella sua proiezione verticale, pubblica e istituzionale, per ciò stesso improntato ad impedire

In questo senso, si osserva che la disciplina emergenziale che ha definito le misure di prevenzione sanitaria da garantire nei CAS si inquadra nel perseguimento di fondamentali valori costituzionali i quali «impediscono di valorizzare, a giustificazione di un livello più o meno stringente di bilanciamento di diritti fondamentali coinvolti, l'eccezionalità e le difficoltà insite nella gestione di un servizio come quello all'accoglienza». Il che vale a dire che (già) dal sistema costituzionale si ricava che «nessun potere pubblico può incidere sul diritto alla salute degli ospiti dei [CAS], sub specie di diritto al distanziamento sociale, fino al punto da degradarlo ad interesse legittimo».

Ebbene, a prescindere dall'improprio richiamo alla teoria della degradazione, il principio affermato è significativo.

Al fondo vi è l'idea che la pretesa dedotta in giudizio fa parte di un nucleo di garanzie essenziali al cui rispetto è vincolato qualsiasi potere pubblico (legislativo e amministrativo) in applicazione di principi costituzionali (artt. 2, 3, 32 Cost.).

È pertanto il valore costituzionale di quella pretesa soggettiva che impedisce di riconoscere alla PA il potere di modularne la tutela con attuazioni differenziate, ovvero di bilanciarla con altri diritti e interessi generali, come quelli coinvolti nella regolazione dell'immigrazione e nella gestione dei Centri di accoglienza. Ed è l'applicazione di quei principi costituzionali – in quanto gerarchicamente sovraordinati – che consente di affermare che anche poteri astrattamente autoritativi e discrezionali, per il profilo concernente la tutela di quella specifica pretesa, non possono che risultare interamente vincolati.

In questo modo, dalla norma costituzionale che riconosce il diritto (art. 32 Cost.) si fanno derivare specifici obblighi di comportamento in capo alle PA, pienamente tutelabili davanti al giudice ordinario. Ne deriva, nel caso di specie, l'affermazione di una obbligatorietà di intervento a sostegno del diritto alla salute dei migranti, che deve orientare le decisioni della PA nel senso di garantire il distanziamento fra gli ospiti del CAS ovvero di provvedere al loro trasferimento nel caso in cui sia impossibile agire altrimenti⁴².

forme discriminatorie di tutela, quando appunto entrano in gioco posizioni soggettive, riferibili a persone che versano spesso, in condizioni di estrema vulnerabilità proprio in ragione della situazione di richiedente asilo e dell'impossibilità di regolare autonomamente la propria esistenza».

42. Infatti, in applicazione dei principi affermati delle SU, si può sostenere che qualora nel giudizio di merito si fosse dimostrato che l'unico modo di tutelare la salute dei migranti, *sub specie* di diritto al distanziamento sociale, fosse il trasferimento di una parte di loro in altre strutture, anche l'attività necessaria ad operare il trasferimento (in astratto discrezionale) sarebbe risultata doverosa e suscettibile di formare oggetto di specifica condanna da parte del giudice, sicuramente nell'*an*, ma probabilmente anche nel *quid*. Dato che la legislazione emergenziale imponeva delle misure fisse di distanziamento sociale, sarebbe stato possibile provare in giudizio anche il numero esatto dei migranti da trasferire in altre strutture. A tal fine si sarebbe potuto calcolare quante persone può ospitare la struttura affinché le misure emergenziali anti-Covid fossero correttamente rispettate nei vari ambienti (camerate, zone comuni etc.), ricavando per sottrazione il numero delle persone da trasferire altrove. Non vi sarebbe stata alcuna preclusione per il giudice rispetto a

Com'è evidente, ciò dimostra che – contrariamente a quanto sostenuto dai giudici di merito – il coinvolgimento di un diritto fondamentale è tutt'altro che irrilevante (anche) ai fini della giurisdizione, perché l'applicazione delle norme costituzionali che ne costituiscono il fondamento condiziona in modo decisivo «la puntuale interpretazione del quadro normativo di riferimento» necessaria a stabilire se e quanto potere di mediazione tra interessi sia (*i.e.* possa essere) lasciato alla PA.

6. Considerazioni conclusive: diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale

L'analisi della vicenda mostra che non vi è piena consapevolezza, neppure da parte della giurisprudenza ordinaria, delle implicazioni sistematiche che derivano dal coinvolgimento di diritti fondamentali della persona in un giudizio contro la PA. Ne derivano incertezze applicative che danneggiano gli individui coinvolti che non ricevono tutela nei tempi e nei modi che sarebbero doverosi.

In questo quadro la ricostruzione operata dalla Cassazione nell'ordinanza esaminata è significativa perché consente di mettere a fuoco alcuni aspetti rilevanti.

Come si è avuto modo di considerare, la deduzione nella controversia di un diritto fondamentale impone di far uso delle tecniche dell'interpretazione conforme e dell'applicazione diretta della Costituzione nel ricostruire i rapporti tra situazioni soggettive e potere amministrativo⁴³.

Più in particolare rilevano due profili.

Il primo è che nell'operazione di qualificazione giuridica del rapporto, vanno applicate anche le norme costituzionali che costituiscono il fondamento delle pretese soggettive direttamente coinvolte che – in quanto gerarchicamente superiori – condizionano l'interpretazione delle fonti ordinarie di conferimento del potere. Ciò consente di definire profili vincolati (e dunque obblighi di comportamento), anche rispetto a poteri in astratto caratterizzati da margini di discrezionalità⁴⁴.

tal genere di accertamento (cioè non si sarebbe potuto opporre il divieto di “invasione” di profili riservati alla PA) trattandosi di applicare equivalenze numeriche certe e dunque svolgere un accertamento tecnico privo di qualsiasi margine valutativo. Profili di valutazione riservata sarebbero rimasti relativamente alla scelta delle strutture in cui disporre il trasferimento, alle misure con cui acquisirne la disponibilità, ai criteri sulla base dei quali stabilire quali migranti trasferire e quali lasciare nel CAS. Ciò non toglie, tuttavia, che accertati i presupposti di fatto (rischio di lesione della salute e numero di migranti eccedenti la soglia consentita per assicurare il rispetto delle norme Covid), il giudice di merito avrebbe potuto disporre una condanna ad un *facere* specifico (*i.e.* un ordine di trasferimento di *tot* migranti), censurabile in sede di ottemperanza in caso di mancata esecuzione.

43. V.C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, cit., p. 49; E. Scotti, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, cit., p. 207.

44. Significativa in tal senso è la giurisprudenza in materia di divieto di discriminazione rispetto all'accesso a prestazioni sociali per l'erogazione delle quali la PA dispone di potere discrezionale. Si veda Cass., SU, 15.2.2011, n.

Naturalmente, poiché le posizioni giuridiche non sono protette tutte nelle medesime forme, l'esito dell'operazione interpretativa sarà diversa a seconda della disposizione costituzionale che di volta in volta viene in rilievo⁴⁵.

Il secondo profilo riguarda il concetto di «nucleo essenziale», alla cui individuazione ha contribuito anche la Corte costituzionale⁴⁶.

Si è dunque chiarito che «nella misura in cui sia coinvolto il nucleo essenziale, direttamente tutelato dalla Costituzione, l'azione dell'amministrazione (come ancor prima quello del legislatore ordinario) difetta *ab origine* di discrezionalità e l'attività esercitata si prospetta come vincolata. Ciò poiché all'amministrazione (come al legislatore) non può essere riconosciuto il potere di comprimerlo ed anzi questa è tenuta a fare quanto necessario, di volta in volta, per garantirne la tutela». Cosicché la pretesa soggettiva riconducibile al nucleo essenziale si configura *sempre* come una posizione di diritto soggettivo pieno, in quanto direttamente e pienamente tutelata (già) a livello costituzionale⁴⁷.

Questo non significa che l'Amministrazione non possa incidere, limitare o che debba sempre soddisfare le situazioni soggettive costituzionalmente protette, ma che l'azione (di limitazione, di conformazione, di prestazione) trova il limite del contenuto inviolabile e – per quella parte – non può considerarsi espressione di potere discrezionale, ma attività interamente sottoposta al vincolo posto dalla norma costituzionale da cui derivano specifici obblighi di intervento. In altre parole l'Amministrazione «si trova in una posizione che non consente di scegliere, se non per il profilo dell'approntamento dei mezzi per realizzare [o proteggere] il diritto inviolabile, dunque esercitando una mera forma di discrezionalità organizzativa»⁴⁸.

3670; 30.3.2011, n. 7186, cit., su cui v. anche A. Guariso, *Sulla giurisdizione nei giudizi antidiscriminatori: un punto fermo e un punto interrogativo nella pronuncia della Cassazione a sezioni unite n. 3670/2011*, in questa Rivista, n. 1.2011, p. 112 ss.

45. La teoria infatti è stata applicata con riferimento a posizioni giuridiche non patrimoniali che il testo costituzionale protegge in modo particolarmente intenso. Cfr. la giurisprudenza citata *supra* alla nota n. 15.

46. V., in particolare, la giurisprudenza sul diritto all'integrazione scolastica dello studente disabile che – anche in tempi di crisi economica e di vincoli di bilancio – ha confermato che il nucleo essenziale del diritto non ammette compressioni per effetto del bilanciamento con altre istanze di matrice economica o organizzativa: Corte cost., 26.2.2010, n. 80; Corte cost., 4.7.2008, n. 251; 22.6.2000, n. 226, n. 19.10.2016, n. 275. Nello stesso senso Corte cost., 5.4.2013, n. 62; 15.1.2010, n. 10, relative alle disposizioni disciplinanti la c.d. carta acquisiti; Corte cost., 23.5.2008, n. 166, e 21.3.2007, n. 94, sugli interventi per la riduzione del disagio abitativo.

47. Cfr. Cass., SU, 1.8.2006, n. 17461, cit., ove si afferma che «in relazione al bene-salute, come degli altri diritti di rilevanza costituzionale che hanno una stretta inerenza ai valori primari della persona, è individuabile «un nucleo essenziale, che configura un diritto soggettivo assoluto e primario», volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura». Sul punto in dottrina v. anche G. D'Amico, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, cit., pp. 943-947.

48. Così S. Torricelli, *Tra persona e persone, discutendo con Massimo Monteduro su doveri e diritti*, in *Persona e Amministrazione*, 1, 2021, p. 404.

D'altra parte, ammettere la configurabilità di un nucleo essenziale non vuol dire riconoscere che le pretese coinvolte in giudizio siano sempre a questo riconducibili, essendo la loro esistenza subordinata al manifestarsi di presupposti definiti in via interpretativa e da verificare in ogni ipotesi concreta⁴⁹.

Per tali ragioni non pare corretto sostenere che l'indirizzo in esame veicoli un assetto in cui alcune posizioni individuali prevalgono in modo «intransigente» sui diritti degli altri e sugli interessi della collettività affidati alla cura dell'Amministrazione⁵⁰.

Va considerato, infatti, che in virtù del principio di legalità, l'Amministrazione non ha «una generale posizione di supremazia, ma singole posizioni di supremazia» che discendono dal diritto positivo: pertanto, se e con quali limiti abbia il potere di bilanciare e sacrificare diritti e interessi, al fine di far prevalere l'interesse generale, è questione che va risolta alla luce di tutte le norme applicabili alla singola vicenda concreta, *ivi* comprese – in aderenza al principio personalista che informa la Costituzione – le norme sui diritti⁵¹.

Neppure pare sostenibile che la ricostruzione proposta presupponga l'incomunicabilità tra diritti e potere, piuttosto esclude che possa esservi «una riserva di amministrazione» rispetto ad una determinata pretesa soggettiva: per la parte in cui l'azione ha l'effetto di comprometterne il contenuto costituzionalmente necessitato (che non è disponibile per il potere pubblico, né legislativo né amministrativo), i relativi atti o comportamenti non possono essere considerati riservati nel merito e, dunque, sono pienamente conoscibili e conformabili dal giudice⁵².

In definitiva, non si tratta di affermare l'esistenza di «diritti “senza potere”»⁵³, ma di assicurare che i diritti relativi ai beni primari della persona siano – se del caso – limitati e

49. Significativa in tal senso proprio Cass., SU, 1.8.2006, n. 17461, cit. che dopo aver affermato la giurisdizione ordinaria e aver chiarito il concetto di nucleo essenziale, esclude che la posizione soggettiva dedotta nel caso sottoposto al suo esame vi fosse riconducibile. In particolare si trattava della pretesa di pazienti emodializzati di parcheggiare nella zona antistante il Centro di terapia, invece che nel parcheggio appositamente attrezzato, avanzata sul presupposto che la maggiore distanza da percorrere costituisse uno sforzo incompatibile con le loro condizioni di salute.

50. Così N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, cit., pp. 181-185. In termini simili v. anche G. Tropea, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul “nomadismo giurisdizionale”*, cit., pp. 156-162; S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, cit., p. 590.

51. Così anche C. Cudia, *Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione e questioni di giurisdizione: alla ricerca della legalità sopita*, in questa *Rivista*, n. 1.2022, p. 23.

52. Riprova ne è il fatto che, sin dall'origine, sia stata utilizzata tanto a protezione della dimensione negativa del diritto alla salute (quale diritto all'integrità psico-fisica, su cui v. Cass., SU, 20.2.1992, n. 2092 in *Giust. it.*, 1993, I, 1, c. 1334, sulla installazione di un impianto di depurazione in violazione delle distanze minime prescritte); quanto della dimensione pretensiva, di diritto a prestazioni essenziali (su cui Cass., SU, 20.2.1985, n. 1504 in *Foro it.* I, c. 672, sul diritto a farmaci essenziali non compresi nel prontuario farmaceutico che il g.o., accertato il diritto, poteva condannare ad erogare, previa disapplicazione del prontuario che illegittimamente non lo prevedeva).

53. Così v. N. Pignatelli, *op. cit.*, p. 181.

bilanciati da un potere pienamente soggetto ai vincoli (*i.e.* obblighi di fare/doveri di astensione) ricavabili anche direttamente dal testo costituzionale.

Per tali ragioni, la convinzione è che tale approccio ricostruttivo meriti di essere valorizzato perché rappresenta una tecnica rimediale che amplia e rende particolarmente incisivo il sindacato esercitabile, da qualsiasi giudice (ordinario e amministrativo), sull'attività amministrativa che incide su diritti fondamentali.

Nondimeno, in casi dubbi, rileva anche come criterio di riparto della giurisdizione, perché – come il caso di specie ha permesso di dimostrare v. § 5.1. – l'applicazione delle norme costituzionali condiziona in modo decisivo l'interpretazione del quadro normativo necessaria a stabilire se effettivamente sussista una sfera di potere, tale da giustificare la giurisdizione amministrativa anche esclusiva.

Del resto che ciò sia causa di «nomadismo giurisdizionale»⁵⁴ che aumenta la frammentazione in danno all'effettività della tutela, non è questione che possa essere addebitata all'indirizzo giurisprudenziale in esame o alla dottrina, bensì al legislatore che per il riparto della giurisdizione utilizza «una pluralità di criteri diversi» non riconducibili a *ratio* unitaria⁵⁵ e sempre meno coerenti con l'assetto delineato dagli artt. 103 e 113 della Costituzione⁵⁶.

54. Cfr. G. Tropea, *op. cit.*, p. 170.

55. In questi termini v. M. Noccelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 4; S. D'Antonio, *op. cit.*, p. 592; G. Tropea, *op. cit.*, p. 147.

56. La materia dell'immigrazione ne è un esempio. In questo ambito vi sono numerose ipotesi di attribuzione espressa della competenza al giudice ordinario, confermate e ampliate dalla giurisprudenza di legittimità – in alcuni casi avallata dalla Corte costituzionale (cfr. ord. 18.12.2001, n. 414; sent. 22.6.2006, n. 240; ord. 8.11.2017, n. 275) – sul presupposto del coinvolgimento di diritti fondamentali della persona straniera, dunque in coerenza con l'art. 103 Cost. Tuttavia, vi sono anche varie ipotesi di giurisdizione amministrativa, previste dal legislatore o affermate dalla giurisprudenza, che suscitano perplessità poiché non sempre sono giustificate dalla presenza di potere amministrativo propriamente discrezionale. Sul punto v. C. Cudia, *Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione e questioni di giurisdizione: alla ricerca della legalità sopita*, cit., pp. 23-27; e A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 825-826 il quale osserva che «in massima parte la disciplina legale in materia migratoria prevede fattispecie aperte che attribuiscono all'amministrazione il dovere di verificare la sussistenza di presupposti di fatto e di diritto delle decisioni attraverso un'attività di integrazione e completamento della regola formulata dal legislatore con locuzioni vaghe ed elastiche, che non implica un'autonoma ponderazione di interessi retta da criteri di opportunità politico-amministrativa».

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

MIGRAZIONE ECONOMICA E LAVORO ALTAMENTE
QUALIFICATO: LA DIRETTIVA 2021/1883/UE

di Monica McBritton

***Abstract:** La direttiva 2021/1883/UE abroga e sostituisce la direttiva 2009/50/CE apportando alcune rilevanti novità in materia di accesso al mercato del lavoro dei Paesi membri di lavoratori e lavoratrici altamente qualificati. Lo scopo dichiarato è quello di rendere più agevole l'ingresso, la permanenza e la mobilità all'interno dell'UE di queste persone e dei loro familiari. In effetti, la nuova direttiva è frutto anche di un'indagine condotta dalla Commissione europea nel 2014 sullo stato di attuazione della precedente. Tale indagine esprime preoccupazione per la sua scarsa efficacia nonostante la consapevolezza dell'esigenza di attrarre risorse umane altamente qualificate. Tale preoccupazione è stata fatta propria dal Parlamento europeo. Il contributo evidenzia gli elementi innovativi, tenendo conto che la direttiva dovrà essere trasposta dai singoli Stati membri entro novembre 2023.*

***Abstract:** The directive 2021/1883/UE repeals and substitutes the directive 2009/50/CE, introducing some relevant developments to the subject of accessibility to the labour market of member States for highly qualified workers. The stated goal is to ease the access, the continuity and the mobility of these people and their families in the EU. Actually, the new directive originated also from a 2014 inquiry of the European Commission upon the state of implementation of the 2009 directive. This study expresses concerns on its lacking effectiveness, notwithstanding a general recognition of the necessity of attracting highly qualified workers. The same issue is noted by the European Parliament. This paper highlights such innovations, taking into account that the directive shall be transposed by each Member State by the end of November 2023.*

MIGRAZIONE ECONOMICA E LAVORO ALTAMENTE QUALIFICATO: LA DIRETTIVA 2021/1883/UE

di Monica McBritton*

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni generali. – 2. La direttiva 2021/1883/UE: quali innovazioni rispetto alla direttiva 2009/50/CE. – 2.1. *Segue*: la posizione dei familiari. – 3. I vantaggi di essere titolare della Carta Blu UE. – 4. Carta Blu UE e titolarità della protezione internazionale. – 5. Carta Blu UE e soggiornante di lungo periodo. – 6. Mobilità all'interno dell'UE. – 7. Una chiosa finale.

1. Alcune considerazioni generali

La esplicita revoca di una direttiva¹ seguita dalla sua contestuale sostituzione con un'altra pone innanzitutto una serie di interrogativi sulle ragioni che hanno portato le autorità euro unitarie a compiere tale operazione. Questa curiosità è ancora maggiore se si considera l'ambito tematico dell'intervento ovvero la regolazione dell'accesso per lavoro al territorio europeo. In effetti, a rigore, si potrebbe obiettare che non si tratta propriamente di regolazione degli ingressi per motivi economici negli spazi nazionali, vista la competenza concorrente con quella dei singoli Stati in materia, ma l'obiezione si risolve in una prospettiva meramente formale.

Il nodo è di carattere politico: è nota la ritrosia degli Stati membri nell'accettare che sia l'UE stessa a disciplinare la complessa materia dell'ingresso dei cittadini e delle cittadine di Paesi terzi nel loro territorio. Di qui, questo delicato compromesso per cui l'UE interviene disciplinando i documenti che rendono legittimo l'ingresso e la permanenza nei territori europei. Trattasi di un compromesso che si può fare risalire al fallimento della proposta di direttiva COM(2001)386, causato dalla resistenza degli Stati a rinunciare alla propria sovranità in materia di accesso al proprio territorio². Da allora, la scelta è stata quella di procedere settorialmente, privilegiando alcuni profili particolarmente rilevanti per gli Stati, come è appunto, quello dell'attrazione degli stranieri e delle straniere altamente qualificati.

* Professoressa associata di Diritto del lavoro all'Università del Salento.

1. Direttiva (UE) 2021/1883 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2021 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, e che abroga la direttiva 2009/50/CE del Consiglio.

2. Come si sa, la ritrosia è risalente; su punto si v. L. Garofalo, *Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale e comunitario*, in AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Bari, Cacucci, p. 19 ss.

Tale scelta però, a avviso di chi scrive, comporta un rischio ineludibile: quello di stimolare anche altri e altre a migrare anche se non sono portatori delle stesse competenze e qualificazioni. Come ci ha abbondantemente illustrato la sociologia delle migrazioni³, i processi di spinta e attrazione sono fenomeni in stretta connessione e quindi suona un po' velleitaria la "pretesa" di raggiungere l'obiettivo di sopperire le carenze europee di personale altamente qualificato sussistente comunque in Paesi sviluppati, favorendo un ingresso selezionato di stranieri, senza che questa operazione non sia – essa stessa – foriera di spinte migratorie di soggetti non così qualificati provenienti dai medesimi Paesi⁴.

Quello che lascia insoddisfatto lo studioso di questi fenomeni è la constatazione della frammentazione degli interventi normativi in ambito europeo, nonché in quello di molti Stati, come l'Italia. Ovvero, presi a uno a uno sembrano avere una certa ragionevolezza, ma il loro difetto complessivamente considerati è che non fanno parte di un disegno che effettivamente possa aspirare a governare il fenomeno. Rimane ancora valida l'osservazione di Dal Lago sulla natura "epistemologica", "cognitiva" del nostro approccio ad esso⁵. In altre parole, ci lasciamo catturare da un circolo vizioso per cui siamo consapevoli dell'inevitabilità della presenza degli stranieri e delle straniere, ma pensiamo di poter circoscriverla alle nostre esigenze più immediate e ignorare tutto il resto. Tutto il resto, però, c'è e interferisce nei più ampi processi.

2. La direttiva 2021/1883/UE: quali innovazioni rispetto alla direttiva 2009/50/CE

Il processo di elaborazione della nuova direttiva è stato complesso ed è passato dalla valutazione da parte della Commissione europea, effettuata nel 2014, dell'attuazione della direttiva ora abrogata⁶.

La nuova direttiva intende promuovere la presenza e la mobilità nel territorio europeo di capitale umano qualificato attraverso una procedura agevolata di accesso al mercato del lavoro dello straniero o della straniera e della sua famiglia e anche meno vincoli e burocrazia

3. La produzione sulla complessità del fenomeno in merito è molto ricca, infatti si possono citare, a mero titolo esemplificativo, S. Sassen, *Espulsioni – Brutalità e complessità nell'economia globale*, il Mulino, Bologna, 2016; E. Reyneri, *La catena migratoria*, Bologna, il Mulino, 1979; M. Ambrosini, *Utiles invasori. L'inserimento degli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, Milano, FrancoAngeli, 1999; M.I. Macioti, E. Pugliese, *L'esperienza migratoria*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

4. Esprime analoghe perplessità, M. Borraccetti, *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità con il passato?* in questa *Rivista*, n. 1.2021, p. 11.

5. A. Dal Lago, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 12.

6. COM (2014) 287 def. del 22.5.2014 *concernente l'attuazione della direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati*; per maggiori approfondimenti v. P. Gargiulo, *Le iniziative dell'Unione europea per attrarre talenti e competenze e la riforma della Direttiva Carta Blu*, in *Migrazioni internazionali: questioni giuridiche aperte*, a cura di I. Caracciolo, G. Cellamare, A. Di Stasi, P. Gargiulo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 473 ss.

per la mobilità di questi lavoratori e per i ricongiungimenti familiari in Stati diversi di quelli del primo ingresso. In tal senso, si colloca nella scia della precedente⁷, aggiornandone alcune disposizioni in modo da incentivare l'arrivo di lavoratori e lavoratrici qualificati – considerata anche la carenza di manodopera in settori chiave – offrendo condizioni più favorevoli per il soggiorno dei titolari di Carta Blu UE, anche in termini di inclusività.

Rimangono estranei all'ambito di applicazione della direttiva – analogamente a quanto era avvenuto per la direttiva abrogata – sia la Danimarca che l'Irlanda.

La base giuridica della direttiva in commento rimane la stessa della precedente: art. 79 TFUE – in precedenza art. 63 del TCE – e tale scelta comporta che essa si applichi al lavoro subordinato⁸. In effetti, come è stato rilevato, è ancora molto presente in vari Paesi una resistenza a favorire l'ingresso «di altre categorie di migranti individuate sulla base della qualifica posseduta»⁹, anche se, come si vedrà in seguito, un'apertura verso il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi è qui presente.

La nozione di «lavoro altamente qualificato» viene raffinata: l'art. 2, par. 8, contiene una maggiore specificazione di quello che si intende per «titolo d'istruzione superiore», diplomi o altri titoli equivalenti rilasciati da un'autorità competente che attestino «il completamento di un'istruzione superiore post-secondaria o di un ciclo d'istruzione terziaria equivalente». I percorsi e i cicli d'istruzione in questione devono avere durata almeno triennale ed essere corrispondenti almeno al livello 6 dell'ISCED 2011 (Classificazione internazionale standard dell'istruzione) o al livello 6 dell'EGF (Quadro europeo delle qualificazioni). Analoga maggior specificazione è presente anche al par. 9 per quello che concerne le «competenze professionali superiori» con l'espressa aggiunta di ipotesi concernenti tecnologie dell'informazione e della comunicazione di cui all'allegato I dove si fa riferimento all'*International Standard Classification of Occupations -08 (ISCO-08)*. Per le altre professioni le competenze devono essere attestate da almeno cinque anni di esperienza professionale di livello paragonabile ai titoli di istruzione superiore e pertinenti alla professione o al settore specificato nel contratto o nell'offerta vincolante di lavoro.

Se si tratta di altre professionalità, tale caratteristica deve essere segnalata sulla Carta Blu UE (art. 9, par. 6).

L'art 3 della nuova direttiva sostanzialmente riproduce l'elenco già presente nella precedente dei casi esclusi dall'ambito di applicazione. La novità più rilevante è l'abrogazione della lett. e) del par. 2 che escludeva i familiari di cittadini dell'Unione che

7. Per la ricostruzione del contesto europeo che aveva portato alla direttiva 2009/50/CE si v. W. Chiaromonte, *L'accesso al mercato del lavoro nazionale degli stranieri altamente qualificati fra diritto dell'Unione europea e disciplina italiana: la direttiva 2009/50/CE ed il d.lgs. 108/2012*, in questa *Rivista*, n. 4.2012, p. 13 ss.; partic. p. 16 ss; P. Gargiulo, *op. cit.*

8. V.P. Gargiulo, *op. cit.*, p. 469.

9. M. Borraccetti, *op. cit.*, p. 12.

hanno esercitato o esercitano il loro diritto alla libera circolazione nella Comunità *ex* direttiva 2004/38/CE e la distinzione fra la posizione del richiedente di protezione internazionale e titolare di protezione internazionale.

Sul punto, va ricordato che lo stesso Parlamento europeo «ha chiesto una revisione ambiziosa e mirata della direttiva 2009/50/CE, compreso il suo ambito di applicazione» (*considerando n. 4*). In tal senso, è previsto che le procedure per ottenere la Carta Blu UE dovrebbero essere più rapide e i «criteri di ammissione flessibili e inclusivi e i diritti più ampi» (*considerando n. 5*)¹⁰ e la direttiva si dovrebbe applicare «indipendentemente dal fatto che lo scopo iniziale del soggiorno (...) sia un lavoro altamente qualificato o altro scopo che successivamente si tramuti nello scopo di un lavoro altamente qualificato» (*considerando n. 6*).

Espressione della nuova logica tesa ad ampliare le ipotesi di concessione della Carta Blu UE è la distinzione fra i casi di esclusione elencati nell'art. 3 (lett. a) e b)), concernenti i casi di *richiesta* di protezione internazionale e la diversa ipotesi del *titolare* di protezione internazionale. In quest'ultima fattispecie, ora si può accedere alla Carta Blu UE ove si riscontrino i requisiti e l'art. 9 prevede che tale condizione sia segnalata nella Carta Blu UE, sia nel caso in cui il medesimo Paese riconosca la protezione e rilasci la Carta Blu UE, sia che questo riconoscimento sia avvenuto in un altro Stato membro. Dunque, si distingue fra due diversi momenti: richiesta di protezione e avvenuto riconoscimento sono tenuti separati rispetto alla Carta Blu UE ai fini di evitare un pretestuoso ricorso alla richiesta di protezione laddove – in Italia succede – siano ridotti i margini di ingresso per motivi economici.

Effettivamente, trattasi di una novità degna di nota perché più confacente con la dinamicità del mercato del lavoro in merito alle qualificazioni professionali, poiché il processo di integrazione nelle società di accoglienza spesso passa per lo studio¹¹ e quindi per una crescita culturale e professionale.

Sempre nella prospettiva di allargare la platea di soggetti che possono richiedere la Carta Blu UE, la direttiva ha esteso tale facoltà ai cittadini di Paesi terzi che sono stati ammessi nel territorio di uno Stato membro nell'ambito di trasferimenti intra-societari ai sensi della direttiva 2014/66/UE.

La scelta espressa nella direttiva in commento di consentire la richiesta della Carta Blu UE anche successivamente l'accesso al territorio europeo per altri motivi, ha anche un risvolto concreto: una tale impostazione può rappresentare una parziale soluzione allo

10. Nel *considerando n. 10* viene citato un documento Eurostat sulla carenza europea di lavoratori altamente specializzati in particolare nelle tecnologie dell'informazione e comunicazione.

11. Un caso interessante in tal senso è quello francese, dove la conversione di permessi per studi in permessi per lavoro ha un ruolo fondamentale; per approfondimenti si v. S. Benvenuti, W. Chiaromonte, *Francia*, in *Immigrazione e lavoro: quali regole?* a cura di P. Bonetti, M. D'Onghia, P. Morozzo della Rocca, M. Savino, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 84 ss.

spinoso problema del riconoscimento di titoli e qualifiche ottenuti al di fuori dell'UE o comunque dai circuiti più tradizionali e consolidati. In un certo numero di casi, può essere più conveniente e fattibile per l'interessato ottenere un titolo valido, superando, nel Paese che lo ospita, prove e esami che riconoscano formalmente la sua preparazione professionale e di conseguenza gli consentano di utilizzarla adeguatamente.

La fondatezza di quest'osservazione dipende da quanto il Paese di accoglienza sia attrezzato per valutare effettivamente le competenze che servono al suo sistema produttivo. E ciò, ovviamente, non dipende dalla direttiva; tuttavia, la sua impostazione contribuisce a colmare lo iato fra le competenze in capo alle persone straniere e il loro riconoscimento.

Sempre in questa prospettiva è degno di nota quanto sottolineato nel *considerando n. 19* che propone una successiva modifica della 2016/801/UE per permettere al cittadino di Paese terzo che abbia chiesto di soggiornare sul territorio di un Paese membro in qualità di ricercatore di poter usufruire di Carta Blu UE. In effetti, anche la nuova direttiva ha mantenuto l'esclusione dei ricercatori dal suo ambito di applicazione, ma tale esclusione appare in contraddizione con l'indirizzo ora prevalente.

La direttiva lascia ai singoli Stati membri la scelta di individuare o meno una quota di ingresso (art. 6) e anche la possibilità di verificare se c'è effettivamente carenza di lavoratori qualificati. Inoltre, può essere motivo di diniego della Carta Blu UE, «un livello elevato di disoccupazione» che porti lo Stato membro a preferire lavoratori o lavoratrici nazionali o euro unitari e stranieri già regolarmente presenti sul territorio (art. 7, par. 2 a)). Per quanto concerne il recepimento della direttiva in Italia, tuttavia, non vi sono ragioni per ritenere che su questo punto ci sia un cambiamento dell'indirizzo normativo per cui quest'ipotesi rimarrà nell'ambito degli ingressi fuori quota; in particolare, si può attendere una novella dell'art. 27-*quater*, d.lgs. 286/1998¹².

Rimane il vincolo secondo il quale il richiedente Carta Blu UE deve presentare un contratto di lavoro valido o un'offerta vincolante di lavoro per svolgere un lavoro altamente qualificato. Tale contratto deve avere una durata minima di sei mesi nello Stato membro interessato. Lo Stato membro può disporre che la domanda di Carta Blu sia presentata dallo straniero e dal datore di lavoro oppure da uno dei due.

Particolarmente rilevante è il criterio quantitativo concernente il parametro retributivo: la retribuzione annuale lorda non deve essere «inferiore alla soglia di retribuzione stabilita e pubblicata a tal fine dallo Stato membro interessato». Tale soglia è fissata dallo Stato,

12. Inoltre, dato l'assetto normativo del T.U. sull'immigrazione, nelle ipotesi non fuori quota, l'autorizzazione all'ingresso per motivi economici implica che lo straniero non sia presente sul territorio italiano, il che – come rilevato in testo – è un requisito superato dalla direttiva 2021/1883/UE. Su questa stessa scia, ovvero, il superamento della finzione del rientro in patria e del successivo ritorno in Italia a seguito dell'ottenimento del visto, in alcuni casi specifici v. C. De Martino, *Il d.l. 73/2022 sul rilascio del nulla osta al lavoro: un'opportunità non priva di rischi*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, luglio 2022.

consultando preventivamente le parti sociali e «corrisponde almeno a 1,0 volte, ma non a più di 1,6 volte, la retribuzione media annuale lorda nello Stato membro interessato». Nell'ipotesi concernente professioni che necessitano particolarmente di lavoratori cittadini di Paesi terzi e che appartengono ai gruppi principali 1 e 2 della classificazione ISCO, può essere applicata una soglia di retribuzione più bassa corrispondente almeno all'80 % della soglia di retribuzione fissata da tale Stato membro conformemente al par. 3, a condizione che tale soglia di retribuzione più bassa non sia inferiore a 1,0 volte la retribuzione media annuale lorda in tale Stato membro¹³. È evidente la preoccupazione di evitare di favorire forme di *dumping* sociale. Tuttavia, la formula lascia aperte alcune questioni delicate perché le soglie salariali possono variare molto rispetto ai settori produttivi, ai diversi territori interni ai vari Stati, agli apporti degli elementi che a vario titolo compongono la retribuzione¹⁴. Del resto, tale complessità è risultato della sussistenza di «mercati “paralleli” del lavoro»¹⁵ la cui frammentazione deve essere ricomposta – a fini normativi – attraverso l'individuazione di adeguati criteri. Infatti, la proposta della Commissione prevedeva che si rendesse obbligatorio il riferimento ai dati Eurostat per il calcolo della soglia di retribuzione, ma la direttiva non l'ha accolta¹⁶.

La validità standard della Carta Blu UE è di almeno ventiquattro mesi. Nell'eventualità che il contratto di lavoro abbia una durata inferiore, la validità della Carta comprende la durata del contratto, «più tre mesi». Tuttavia, la validità della Carta può essere ridotta in conformità con il periodo di validità del documento di viaggio dello straniero (art. 9).

L'art. 12, poi, contiene una prescrizione che, ad un primo sguardo, può sembrare un po' bizzarra. Viene espressamente detto che eventuali tasse non possono essere sproporzionate o eccessive. Tuttavia, la sorpresa è attenuata se non si dimentica che, in Italia, è stato necessario un intervento del Tar Lazio, confermato dal Consiglio di Stato, per ridimensionare il «contributo per il rilascio ed il rinnovo del permesso di soggiorno»¹⁷.

Un'importante novità introdotta dalla direttiva è contenuta nell'art. 13 sui datori di lavoro riconosciuti ovvero una sorta di “certificazione” che gli Stati membri possono predisporre per individuare soggetti datoriali che potranno godere di una corsia

13. Analoga disposizione è prevista anche per i cittadini di Paesi terzi che hanno conseguito un titolo di istruzione superiore al massimo tre anni prima della presentazione della domanda di Carta blu UE.

14. Si pensi, in Italia, ad es. il divario di genere in materia retributiva: sebbene la normativa vieti differenze retributive fra uomini e donne, vi è un certo numero di fattori che portano a un diverso risultato. Si v. sul punto, *Differenziali retributivi di genere e contrattazione collettiva* a cura di D. Gottardi, M. Peruzzi, Torino, Giappichelli, 2017.

15. R. Nunin, *Le migrazioni per motivi economici nel quadro regolativo dell'Unione Europea*, in *Migranti e lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, M. Ranieri, Bologna, il Mulino, 2020, p. 53.

16. Rileva questa mancanza anche P. Gargiulo, *op. cit.*, p. 488.

17. Tale contributo era previsto dall'art. 5, co. 2-ter del d.lgs. n. 276/1998, così come specificato dal d.m. 6.10.2011 emanato dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministero dell'interno. Le sentenze sono rispettivamente Tar Lazio - Roma, sez. II, n. 6095/2016 e Cons. St., sez. III, n. 7047/2016.

preferenziale nell'avviare le procedure per il rilascio della Carta Blu UE. A rigore, non è una disposizione inedita: tale meccanismo agevolato è presente anche nella direttiva 2014/66/UE sui trasferimenti intra-societari. Trattasi dell'art. 11 par. 6, che utilizza lo stesso termine: «imprese riconosciute»¹⁸. Sia nel caso più risalente che in quello odierno, tale riconoscimento, appunto, sembra rispondere alle esigenze di quei settori produttivi ove la circolazione di capitale umano altamente qualificato è fisiologica e quindi è opportuno che si possano attivare meccanismi certi e prevedibili. Del resto, un simile riconoscimento potrebbe rendere più attendibile il rispetto degli stretti termini previsti per il rilascio o il diniego della Carta Blu UE.

La nuova direttiva ha anche innovato in maniera rilevante la disciplina sull'accesso al mercato del lavoro del titolare della Carta Blu UE. In effetti, l'art. 15 ha dimezzato il termine in cui lo Stato membro può porre alcune restrizioni rispetto alla mobilità, portandolo a dodici mesi. In questo periodo il lavoratore può essere tenuto a rispettare – se cambia datore di lavoro – i criteri per cui è divenuto titolare della Carta Blu UE, ovvero deve continuare a svolgere un'attività altamente qualificata. Se lo Stato membro si avvale della possibilità di valutare l'impatto sul mercato del lavoro *ex art. 7, par. 2, lett. a)*, allora lo può fare anche rispetto al mutamento del datore di lavoro. È da sottolineare che queste indagini possono comportare la sospensione per un massimo di trenta giorni del «diritto del titolare di perseguire tale mutamento di impiego». Ed entro questo termine lo Stato può formalizzare la sua opposizione al mutamento, motivandola esplicitamente con le suddette ragioni.

Superato il termine di dodici mesi, la verifica dell'impatto sul mercato del lavoro *ex art. 7, par. 2, lett. a)*, del mutamento di datore di lavoro, è ammissibile soltanto se lo Stato membro la svolge regolarmente.

La ricorrente precisazione che uno Stato possa valutare l'impatto della presenza di soggetti altamente qualificati sul mercato del lavoro, purché sia una pratica che esperisce regolarmente, ha una doppia funzione. La prima è quella di evitare uno utilizzo strumentale, pretestuoso o arbitrario di questa facoltà. La seconda, correlata alla prima, è che lo Stato membro deve esplicitare come intende operare per realizzare tale valutazione. Non può essere una mera formula vuota.

Una prima, sia pur timida, apertura verso il lavoro autonomo è contenuta nello stesso art. 15, laddove si dice che gli Stati membri «possono autorizzare i titolari di Carta blu UE a esercitare un'attività autonoma in parallelo all'attività subordinata altamente qualificata».

18. V. l'art. 27-*quinquies*, co. 13 che prevede la sottoscrizione di un «protocollo di intesa» fra Ministero dell'interno, sentito il Ministero del lavoro, e l'entità ospitante che riceve lo straniero. Per approfondimenti, v. M. McBritton, *L'accesso e il soggiorno nell'ambito di trasferimenti intra-societari e per investimento: d.lgs. 253/2016 di attuazione della direttiva 2014/66/UE e art. 1, co. 148, l. n. 232/2016* in questa *Rivista*, n. 2.2017, p. 1 ss.

Tuttavia, tale attività autonoma deve essere «sussidiaria». In merito, le indicazioni della direttiva sono scarse¹⁹. Sarà interessante verificare come i singoli Stati intenderanno procedere.

2.1. *Segue: la posizione dei familiari*

L'art. 17 disciplina la posizione dei familiari del titolare di Carta Blu UE. Ad essi si applica la direttiva 2003/86/CE con le deroghe previste. In tal senso, rispetto alla direttiva abrogata, non è cambiata la disposizione secondo la quale il ricongiungimento familiare non dipende dal fatto che il titolare di Carta blu UE possa attendibilmente ottenere il diritto di soggiornare in modo stabile. Anche le altre precedenti deroghe sono state mantenute, rendendo, però, la deroga contenuta al par. 4 ancora più favorevole rispetto alla versione antecedente poiché «se le condizioni per il ricongiungimento familiare sono soddisfatte e le domande complete sono state presentate contemporaneamente, la decisione in merito alla domanda dei familiari è adottata e notificata contemporaneamente alla decisione in merito alla domanda di Carta blu UE» e quindi non vi è divario temporale fra la concessione della Carta e il ricongiungimento familiare. Se la richiesta di ricongiungimento avviene successivamente alla concessione della Carta Blu UE, comunque l'autorità competente deve decidere «quanto prima e comunque non oltre novanta giorni» dalla presentazione della domanda completa.

È stato ulteriormente ampliato l'ambito di accesso al mercato del lavoro dei familiari in questione poiché essi ora possono accedere «a qualsiasi occupazione e all'attività lavorativa autonoma conformemente ai requisiti applicabili ai sensi del diritto nazionale, nello Stato membro interessato» (art. 17, par. 6). Ovvero, per loro valgono le stesse limitazioni che possono valere per i titolari di Carta Blu UE *ex art.* 15, par. 8 della direttiva in commento e cioè per quelle attività che comportano «partecipazione all'esercizio dell'autorità pubblica e la responsabilità della salvaguardia dell'interesse generale dello Stato o qualora tali attività lavorative siano riservate ai cittadini di tale Stato membro, ai cittadini dell'Unione o ai cittadini del SEE». In altre parole, operano le limitazioni di carattere generale sulla base della posizione soggettiva dello straniero in relazione ai vincoli di cittadinanza, ma non una differenziazione fra portatore di Carta Blu UE e familiare di titolare di Carta Blu UE. Queste modifiche corrispondono a quanto già enunciato nel *considerando n. 2* laddove afferma che la riforma della Carta blu UE «deve apportare un reale valore aggiunto dell'UE nell'attrarre persone qualificate attraverso uno strumento efficace e flessibile a livello di UE».

19. Sulla rilevanza dell'imprenditoria immigrata si v. *Imprenditori senza frontiere*, a cura di C. Di Maio e R. Torino, Roma, Trepress, 2020.

3. I vantaggi di essere titolare della Carta Blu UE

I vantaggi di ottenere la Carta Blu UE sono esplicitati al par. 5 dell'art. 9 e consistono nel poter entrare, rientrare e soggiornare nel territorio dello Stato membro che rilascia la Carta blu UE durante il suo periodo di validità.

Vige il principio di parità di trattamento fra lo straniero e il lavoratore nativo e in questo senso la nuova direttiva, all'art. 16, ha mantenuto l'impianto di quell'abrogata. Ci sono, però, alcune ipotesi in cui lo Stato membro può legittimamente differenziare la posizione dello straniero: in particolare per quanto «concerne le procedure per l'ottenimento di un alloggio». Inoltre, è sicuramente meritevole di attenzione la disposizione sulla parità di trattamento relativa alla posizione dei titolari di Carta Blu UE che si trasferiscono in un Paese terzo o i loro superstiti che soggiornano in un Paese terzo in relazione alle prestazioni di vecchiaia, invalidità o morte, diritti pensionistici basati sull'occupazione precedente di tali lavoratori e acquisiti in conformità all'art. 3 del regolamento (CE) n. 883/2004: in questi casi, godono delle stesse condizioni dei cittadini degli Stati membri interessati che si trasferiscono in un Paese terzo.

Acquisisce una certa rilevanza, nel sottolineare la centralità della Carta Blu UE come strumento che disciplina la posizione degli stranieri altamente qualificati in ambito europeo rispetto a eventuali altri permessi di soggiorno nazionali, la clausola che dispone che se si «rilasciano permessi di soggiorno nazionali ai fini di un lavoro altamente qualificato, gli Stati membri concedono ai titolari di Carta Blu UE parità di trattamento rispetto ai titolari di permessi di soggiorno nazionali qualora tale parità di trattamento sia più favorevole di quella prevista dal presente articolo». Poiché la disposizione in commento prescrive la parità di trattamento con i cittadini, è arduo immaginare come effettivamente quest'ipotesi si possa verificare se non molto marginalmente. Comunque, pare importante aver ribadito la rilevanza della Carta Blu UE.

Una novità rilevante è quella relativa alla situazione del titolare della Carta Blu UE che si ritrovi disoccupato. La versione originaria dedicava un articolo *ad hoc* (art. 13) non più riprodotto e ora la nuova direttiva, all'art. 15 relativo all'accesso al mercato del lavoro, si limita a dire: «durante un periodo di disoccupazione, il titolare di Carta Blu UE è autorizzato a cercare e assumere un impiego in conformità del presente articolo. Il titolare di Carta Blu UE comunica alle autorità competenti dello Stato membro in cui soggiorna l'inizio e, se del caso, la fine del periodo di disoccupazione, in conformità delle procedure nazionali applicabili». Tale formulazione, ad avviso di chi scrive, sembra rispondere ad una logica di maggiore tutela e con meno restrizioni, anche temporali. Infatti, ora la revoca o il rinnovo della Carta Blu UE può avvenire in due diverse ipotesi: per accumulo di un periodo di disoccupazione superiore a tre mesi se si è titolare di una Carta Blu UE da meno di due anni;

oppure per accumulo di un periodo di disoccupazione superiore a sei mesi se si è titolare di una Carta blu UE da almeno due anni.

L'art. 11 conferma le garanzie procedurali già previste dalla precedente direttiva in merito all'obbligo dello Stato membro di comunicare la decisione sulla richiesta della Carta Blu UE per iscritto e non oltre il termine di novanta giorni. Tale termine viene ridotto a trenta giorni se il datore di lavoro è riconosciuto. L'eventuale rigetto della domanda deve essere motivato e all'interessato deve essere comunicato «l'autorità competente presso la quale può essere presentato ricorso e i termini per la sua presentazione». La nuova direttiva ha disciplinato la possibilità di richiedere il rinnovo della Carta prima della scadenza della stessa. È comunque garantito allo straniero o alla straniera il diritto di soggiornare finché lo Stato non abbia deciso in merito al rinnovo della Carta Blu UE. Se lo Stato membro concede permessi di soggiorno nazionali ai fini di un lavoro altamente qualificato e le garanzie procedurali sono più favorevoli, esse si applicano anche ai titolari di Carta Blu UE.

Tali garanzie sono rilevanti perché impediscono alcune “prassi” delle autorità nazionali caratterizzate da un alto livello di informalità e disinformazione nei confronti degli stranieri. L'indirizzo espresso nella direttiva riporta alla mente di chi scrive, una giuslavorista, il Pilastro europeo dei diritti sociali e la conseguente direttiva 2019/1152/EU del 20 giugno 2019 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, recepita nel nostro Paese con il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104. Certamente, non è la soluzione di tutti i problemi, ma l'attenzione alla trasparenza sia ai livelli istituzionali che nei rapporti interpretati contribuisce al riequilibrio delle asimmetriche posizioni di potere.

4. Carta Blu UE e titolarità della protezione internazionale

Come già rilevato, fra la precedente direttiva e l'attuale vi è una rilevante distinzione visto che ora si può essere titolare sia di Carta Blu UE sia di protezione internazionale. In tal caso, il principio di parità di trattamento di cui all'art. 16, si applica «solo se soggiornano in uno Stato membro diverso dallo Stato membro che ha accordato loro la protezione internazionale». In altre parole, poiché può accadere che sulla posizione di uno straniero si incrocino due diverse logiche normative, cioè la condizione che fa riferimento all'immigrazione forzata e quella che fa riferimento all'immigrazione economica, sommata alla mobilità che fa leva su quest'ultima condizione, il legislatore europeo risolve un eventuale conflitto fra queste due discipline facendo prevalere la Carta Blu UE se questa è la “causale” della sua presenza sul territorio di un dato Stato membro.

5. Carta Blu UE e soggiornante di lungo periodo

In merito all'accesso allo *status* di soggiornante di lungo periodo *ex* direttiva 2003/109/CE dei titolari di Carta Blu UE, la nuova direttiva è maggiormente favorevole poiché consente che siano conteggiati cumulativamente i periodi di soggiorno maturati in diversi Stati membri in quanto titolare di Carta Blu UE. Non solo, questi ultimi possono sommare anche i periodi «di un permesso di soggiorno nazionale ai fini di un lavoro altamente qualificato, di un'autorizzazione come ricercatore o, se del caso, di un'autorizzazione come studente in conformità dell'articolo 4, par. 2, secondo comma, della direttiva 2003/109/CE o in quanto beneficiario di protezione internazionale nel territorio degli Stati membri» (art. 18, par. 2, lett. *a*). La domanda può essere inoltrata a condizione che il richiedente possa vantare due anni di soggiorno legale e ininterrotto come titolare di Carta Blu immediatamente prima della presentazione della richiesta nello Stato in cui questa è presentata. Da sottolineare che la durata del soggiorno legale, in deroga alla direttiva 2003/109/CE, non si considera interrotta da assenze dal territorio dello Stato membro interessato inferiori a dodici mesi consecutivi e che non superano complessivamente diciotto mesi. Tale periodo di assenza è esteso a ventiquattro mesi consecutivi se il titolare di permesso di soggiorno di lungo periodo ha in tale permesso l'annotazione «Ex titolare di Carta Blu UE». Tale previsione può essere letta come un'apertura alla c.d. migrazione circolare²⁰, ovvero l'ipotesi in cui lo straniero trascorra alcuni periodi nel proprio Paese di origine e in uno o più Paesi dell'Unione. Ad avviso di chi scrive, trattasi però di un'ipotesi ancora molto residuale e piuttosto grezza, vista la portata dell'ambizione espressa nel *considerando n. 41*, per cui agevolare la circolarità degli stranieri potrebbe consentire di «ridurre gli effetti negativi dell'immigrazione di lavoratori altamente qualificati sui paesi in via di sviluppo e ad aumentare quelli positivi, al fine di trasformare la fuga dei cervelli in un afflusso di cervelli». In effetti, molti Paesi terzi sono tendenzialmente contrari alla migrazione dei propri cittadini e cittadine altamente qualificati poiché questo comporta un depauperamento del loro capitale umano. La questione è estremamente complessa. Il bilanciamento fra le diverse esigenze, sia dei soggetti direttamente coinvolti che dei sistemi economici e produttivi nazionali di chi riceve e di chi invia, necessita di una forte cooperazione ancora tutta da costruire. L'inciso appena citato ha comunque, almeno, il pregio di evidenziare una preoccupazione.

20. Oppure transazionale; per approfondimenti si v. M. Ambrosini, *Un'altra globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008. Va segnalato che un'indicazione nel senso di aumentare i termini che consentono l'assenza dallo Stato di residenza per rientrare nel Paese di appartenenza era già presente in B. Nascimbene, *L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica della UE alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aja*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 442.

6. Mobilità all'interno dell'UE

Una rilevante attenzione alla mobilità del titolare di Carta Blu e dei suoi familiari era già presente nella direttiva 2009/50/CE. Essa viene potenziata dagli artt. 20 e 21 della presente direttiva, rispettivamente concernenti la mobilità di breve e di lunga durata.

L'art. 20 introduce una novità che è articolata a sua volta in due diverse ipotesi. La prima riguarda il titolare di Carta Blu UE, rilasciata da uno Stato membro che applica compiutamente l'*acquis* di Schengen, il quale soggiorna in un altro Stato membro per svolgere attività professionale per «un periodo massimo di novanta giorni su un periodo di centottanta giorni». In tal caso, il secondo Stato non richiede altro documento se non la Carta Blu UE. Se invece la Carta Blu è stata rilasciata da uno Stato che non applica compiutamente l'*acquis* di Schengen, oltre la Carta Blu è richiesto un valido documento di viaggio. La mobilità di breve durata è stata introdotta – come esplicita il *considerando n. 55* – per risolvere il problema dell'incertezza giuridica nei casi in cui gli spostamenti siano direttamente collegati agli interessi del suo datore di lavoro e «dovrebbero riguardare le funzioni svolte dal titolare di Carta Blu UE nell'attività lavorativa per la quale è stata rilasciata la Carta Blu UE».

Il successivo art. 21 disciplina, modificando parzialmente la precedente direttiva, la mobilità di lunga durata. È stato ridotto da diciotto a dodici mesi il termine per cui il titolare di Carta Blu può richiedere di svolgere attività altamente qualificata in un altro Stato membro. Innanzitutto, se la Carta Blu UE è stata rilasciata da uno Stato membro che non applica integralmente l'*acquis* di Schengen e il titolare di Carta Blu UE attraversa una frontiera interna per la quale i controlli non sono ancora stati eliminati in uno Stato membro che applica integralmente l'*acquis* di Schengen, quest'ultimo può richiedere non solo la Carta Blu UE valida rilasciata dal primo Stato membro ma anche un contratto di lavoro o un'offerta di lavoro vincolante per svolgere un lavoro altamente qualificato avente durata di almeno sei mesi nel suo territorio.

Comunque, come si evince dal *considerando n. 56*, lo scopo è semplificare l'accesso ad una nuova Carta Blu UE in un secondo Stato e la risposta alla domanda dovrebbe essere celere: a tal fine viene ribadito che entro un mese dall'ingresso nel secondo Stato venga presentata la domanda corredata dai documenti elencati al par. 4, il quale richiama i requisiti già previsti per la richiesta della prima Carta Blu UE. Tale domanda può essere presentata anche quando lo straniero soggiorna ancora nel primo Stato. Il titolare di Carta Blu UE è autorizzato a iniziare a lavorare nel secondo Stato membro non oltre trenta giorni dopo la data di presentazione della domanda completa.

Se la causale alla base della prima Carta Blu UE riguarda competenze professionali superiori per le professioni non elencate nell'allegato I, allora allo straniero può essere richiesto di presentare i documenti attestanti le qualifiche professionali superiori pertinenti

in relazione al lavoro da svolgere, secondo quanto previsto dal diritto del secondo Stato membro.

I motivi che possono portare il secondo Stato membro a respingere la domanda sono analoghi a quelli che lo possono portare a farlo anche quando è il primo Stato. Degna di attenzione è la precisazione che eventuali verifiche sulle condizioni del mercato del lavoro di cui all'art. 7, par. 2 a), (v. *supra*) possono essere operate solo se sono svolte anche quando lo Stato ha il ruolo di primo Stato.

Nell'ipotesi di diniego, il secondo Stato membro «quanto prima, e comunque non oltre trenta giorni» – prorogabili eccezionalmente per altri 30 – informa per iscritto sia l'interessato che il primo Stato membro. In particolare, qualora il rifiuto concerna il paragrafo 6 lettere b) e d)²¹, l'informativa deve esplicitarne i motivi.

Infine, il titolare di Carta Blu UE può spostarsi ulteriormente in un altro Stato membro dopo sei mesi di soggiorno legale.

I familiari del titolare di Carta Blu che si trasferisce in un secondo Stato possono accompagnarlo o raggiungerlo. Anche in questo caso si applica la direttiva 2003/86/CE e l'art. 17 della direttiva in commento (v. *supra*) con le deroghe previste dall'art. 22 che, appunto, si occupa del soggiorno dei familiari nel secondo Stato membro. Le deroghe sono analoghe a quelle previste in rapporto alla posizione dei familiari di titolare di Carta Blu UE nel primo Stato. Come per il richiedente Carta Blu UE, è previsto che se i permessi di soggiorno sono rilasciati da uno Stato membro che non applica integralmente l'*acquis* di Schengen e i familiari del titolare di Carta blu UE lo raggiungono quando questi attraversa una frontiera interna presso cui i controlli non sono ancora stati eliminati ai fini del trasferimento in un secondo Stato membro che applica integralmente l'*acquis* di Schengen, il secondo Stato membro può esigere che i familiari presentino i permessi di soggiorno ottenuti nel primo Stato membro in qualità di familiari del titolare di Carta Blu UE.

Valgono anche per i familiari i termini stretti previsti per la risposta motivata del secondo Stato alla domanda dei richiedenti Carta Blu UE.

7. Una chiosa finale

Dunque, se è vero che la direttiva in commento si colloca sulla scia della precedente, non si può ignorare, che va anche oltre.

Quanto oltre, in termini degli effettivi risultati che riuscirà a produrre, dipenderà da quanto accurata sarà la sua trasposizione nei singoli ordinamenti dei Paesi membri. Infatti, alla luce della espressa volontà di accrescere l'attrattività dell'UE di capitale umano

21. Rispettivamente, «i documenti presentati sono stati ottenuti in maniera fraudolenta, falsificati o alterati» o «il titolare di Carta blu UE costituisce una minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sanità pubblica».

altamente qualificato, superando gli ostacoli precedenti, la direttiva lascia ampi spazi di manovra rispetto a una serie di elementi come ad es. l'individuazione dei criteri per la determinazione delle retribuzioni medie di riferimento, oppure cosa si intende per attività sussidiaria nell'ambito del lavoro autonomo, oppure, la stessa valutazione di professionalità altamente qualificate non regolamentate.

L'auspicio è che la trasposizione – da effettuarsi entro il 18.11.2023 – non tradisca le aspettative e gli obiettivi della nuova direttiva, recependo le opportunità che essa offre in termini di flessibilità, mobilità e ricongiungimento familiare.

RASSEGNE

MARCO BALBONI, CARMELO DANISI

Rassegna di giurisprudenza europea: Corte europea dei diritti umani¹

Art. 2: Diritto alla vita

Nel caso *Safi e altri c. Grecia* (Corte Edu, sentenza del 7.07.2022) la Corte Edu è chiamata a esaminare il ricorso presentato da tredici cittadini afgani, due siriani e un palestinese per lamentare varie violazioni della Cedu in seguito al naufragio che aveva causato la morte dei loro familiari nel mare Egeo, nei pressi dell'isola di Farmakonisi. Secondo la versione dei ricorrenti, la sera del 19 gennaio 2014 si erano imbarcati con i propri familiari su un peschereccio per raggiungere la Grecia dalle coste turche. La notte seguente, quando si trovavano già in prossimità della costa ellenica, in acque territoriali greche, il motore cessava di funzionare. Interveniva una navetta della guardia costiera, operante nel quadro dell'operazione Poséidon 2014 dell'Agenzia UE Frontex, che intimava ai passeggeri di tornare in Turchia. Due agenti della guardia costiera salivano a bordo della nave ordinando loro, con armi alla mano, di radunarsi sul ponte. Veniva deciso di rimorchiare il peschereccio ma, sempre secondo i ricorrenti, a velocità elevata e verso la Turchia. A causa di manovre ritenute pericolose, la barca iniziava a prendere acqua. La guardia costiera decideva quindi di rompere le fune che legava le due imbarcazioni causando, di conseguenza, il capovolgimento del peschereccio. Se chi si trovava sul ponte finiva in mare, coloro che erano ancora all'interno della cabina rimanevano bloccati e annegavano. Il centro nazionale di coordinamento di ricerca e soccorso veniva avvertito solo dopo il naufragio e, una volta lanciato l'allarme, le imbarcazioni che si trovavano in prossimità dello stesso si avvicinavano per mettere al sicuro i superstiti. Sempre secondo i ricorrenti, una volta trasferiti nell'isola di Farmakonisi, oltre a non avere contatti con l'esterno, alcuni tra loro venivano presi a calci mentre la maggior parte dei superstiti venivano sottoposti a una perquisizione corporale senza vestiti. Seguivano una serie di indagini sull'accaduto che portavano all'archiviazione delle accuse mosse nei confronti della guardia costiera. Ritenendo opportuno valutare il caso innanzitutto sotto il profilo procedurale del diritto alla vita (art. 2 Cedu) (cfr. tra le altre Corte Edu, 14.09.2021, *M.D. e altri c. Russia*, in questa *Rivista*, XXIV, 1, 2022; 19.09.2017, *Randelović e altri c. Montenegro*, in questa *Rivista*, XX, 1, 2018), la Corte Edu ricorda che tale disposizione impone alle Parti di rispondere in modo efficace a ogni possibile violazione che comporti la perdita di vite umane. A tal fine, occorre avviare, anche d'ufficio se necessario, indagini che siano quantomeno rapide e indipendenti, che raccolgano tutte le prove utili e che coinvolgano i possibili testimoni e i necessari esperti in modo da chiarire le circostanze del caso. Pur trattandosi di obblighi di condotta e non di risultato, le Parti devono fare quanto ragionevolmente possibile per identificare i responsabili e sanzionarli. Nel caso dei ricorrenti, se è vero che una procedura penale fosse stata avviata contro gli agenti della guardia costiera implicati nel naufragio, la Corte Edu ritiene che le azioni a tal fine

intraprese dallo Stato convenuto sono problematiche sotto diversi profili. In primo luogo, molti tra i ricorrenti avevano lamentato grossi problemi di interpretazione ed evidenziavano, tra l'altro, di non aver mai detto che il naufragio fosse stato causato da un movimento brusco dei passeggeri come riportato nelle indagini e nella successiva decisione di archiviazione del caso. In secondo luogo, la richiesta dei ricorrenti di aver accesso alle registrazioni delle rilevanti comunicazioni della guardia costiera non era stata accolta, impedendo loro di partecipare in modo adeguato alle procedure avviate per chiarire l'accaduto. In terzo luogo, l'autorità competente aveva rifiutato di considerare o approfondire aspetti sollevati dai ricorrenti che avrebbero potuto chiarire le circostanze del naufragio, ad esempio il fatto che il centro di coordinamento di ricerca e soccorso non fosse stato prontamente informato. Tutto ciò fa ritenere alla Corte Edu che, nel caso dei ricorrenti, vi è stata violazione dell'art. 2 Cedu letto sotto il profilo procedurale. Quanto al profilo sostanziale dello stesso diritto alla vita, la Corte afferma che il nocciolo della questione è comprendere se lo Stato convenuto abbia adottato tutte le misure ragionevolmente possibili per proteggere la vita delle persone poste sotto la sua giurisdizione. Nonostante nel caso di specie, anche a causa delle lacune riscontrate nelle indagini, la Corte Edu evidenzia di non disporre di elementi in grado di stabilire i fatti al di là di ogni ragionevole dubbio, i giudici si concentrano su talune circostanze intorno al naufragio su cui vi era convergenza tra le parti. Su tali basi, la Corte nota come la guardia costiera, pur essendo consapevole delle precarie condizioni della barca dei ricorrenti e dell'elevato numero di persone a bordo, avesse deciso di condurre il salvataggio con la propria navetta, pur non essendo questa adatta allo scopo. Alcuni supporti o richieste di navi esperte in tali operazioni erano stati richiesti. Non si spiegano poi le ragioni per cui la stessa guardia costiera abbia effettuato un secondo tentativo di rimorchiaggio nonostante le difficoltà inizialmente riscontrate e nemmeno i motivi dei significativi ritardi sia nelle comunicazioni al centro di coordinamento sia nell'arrivo dei mezzi di salvataggio dopo il lancio dell'allarme. Appare dunque evidente per la Corte Edu che il modo in cui sono state organizzate e condotte le operazioni sollevano serie perplessità sul fatto che la tutela della vita delle persone interessate fosse realmente al centro delle preoccupazioni delle autorità interne. Ciò è sufficiente per ritenere che vi è stata anche una violazione del diritto alla vita letto sotto il profilo sostanziale. Infine, in relazione ai soli dodici ricorrenti il cui ricorso nella parte relativa all'art. 3 Cedu, per i presunti maltrattamenti subito dopo il trasferimento sulla terraferma, è stato dichiarato ammissibile, la Corte Edu ritiene che le perquisizioni corporali condotte subito dopo il naufragio non erano motivate da alcuna ragione di sicurezza o di ordine pubblico. Anzi, tenuto conto della estrema vulnerabilità in cui si trovavano i ricorrenti interessati, tali perquisizioni hanno potuto provocare in loro un sentimento di angoscia e di inferiorità tale da umiliarli, dando così vita a un trattamento degradante in violazione dell'art. 3 Cedu.

Art. 3: Divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti

a) divieto di *refoulement*

Il caso *Akkad c. Turchia* (Corte Edu, sentenza del 21.06.2022) riguarda un cittadino siriano che, dopo essere fuggito dalla guerra civile con la sua famiglia, otteneva una forma di protezione provvisoria in Turchia. Poco dopo, il padre otteneva lo status di rifugiato in Germania e avviava una procedura di ricongiungimento familiare di cui beneficiava la famiglia del ricorrente. Durante un tentativo di attraversamento irregolare della frontiera tra Turchia e Grecia per raggiungere la Germania, il sig. Akkad veniva fermato e, insieme ad altri dodici cittadini siriani, veniva condotto immediatamente in un centro di trattenimento al confine con la Siria. Al termine di un viaggio in bus durato venti ore, in cui il ricorrente veniva ammanettato, gli veniva consegnato un documento di cui non conosceva il contenuto e, senza garantirgli alcun servizio di interpretariato o assistenza di un avvocato, veniva costretto a firmare. Successivamente, questo documento si rivelava essere un formulario per il rimpatrio volontario. Rimpatriato immediatamente in Siria, qui veniva interrogato e maltrattato dai ribelli prima di riuscire a raggiungere, nuovamente attraverso la Turchia, la Germania. Dopo aver ritenuto implausibile la versione degli eventi avanzata dallo Stato convenuto, la Corte Edu ritiene appropriato esaminare le varie violazioni lamentate dal ricorrente relativamente al suo rinvio in Siria sotto il profilo del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3), letto isolatamente o in combinato con il diritto a un ricorso effettivo (art. 13 Cedu). A tal proposito, per la Corte le autorità turche dovevano essere consapevoli che l'allontanamento forzato del ricorrente verso la Siria potesse comportare il rischio di esporlo a trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu. Infatti, non solo le Nazioni Unite avevano pubblicato una serie di rapporti sulla situazione di violenza in Siria raccomandando di non procedere a rinvii forzati verso quel Paese (su cui Corte Edu, 14.09.2021, *M.D. e altri c. Russia*, cit.) ma le stesse autorità avevano già riconosciuto una forma di protezione al ricorrente proprio in ragione dei rischi cui poteva essere esposto in Siria. Ciononostante, prima del repentino allontanamento, lo Stato convenuto non ha proceduto a un esame individualizzato della sua situazione, come dimostra peraltro l'assenza di elementi specifici nel documento fatto firmare allo stesso, né ha accertato come mai i rischi su cui era stata fondata la protezione inizialmente accordata non fossero più attuali. Non si può nemmeno affermare che, attraverso la firma del formulario di rimpatrio volontario, il sig. Akkad avesse rinunciato in modo manifesto e non equivoco alla protezione accordata dall'art. 3 Cedu. Pertanto, il suo precipitoso allontanamento ha dato origine a una violazione del divieto di *refoulement*. A ciò si aggiungono: una violazione dell'art. 13 Cedu, letto in combinato con l'art. 3, perché alcune garanzie procedurali previste dalla legge interna in caso di rimpatri volontari, come la controfirma del formulario da parte di un rappresentante dell'UNHCR o di una ong o l'accesso a un ricorso con effetto sospensivo, non sono state applicate al sig. Akkad; una violazione dell'art. 5, par. 1, Cedu (diritto alla libertà e sicurezza personale) per essere stato trattenuto dal momento del suo arresto fino all'allontanamento in Siria senza

intraprendere la procedura prevista dalla legge per i titolari di un permesso di soggiorno regolare in Turchia, comportante tra l'altro un atto motivato delle autorità competenti e la sua validazione da parte di un giudice; una violazione dell'art. 5, par. 2, Cedu, per non essere stato informato dei motivi del suo trattenimento; una violazione dell'art. 5, par. 4, Cedu, per non avere beneficiato di un ricorso attraverso il quale contestare la regolarità della sua detenzione, considerata anche l'impossibilità di aver contatti con soggetti esterni fino al rinvio in Siria quali un interprete, un avvocato o un rappresentante dell'UNHCR o di una ong; una violazione dell'art. 5, par. 5 Cedu, per non aver ottenuto alcuna riparazione per il trattenimento irregolarmente subito e le altre violazioni dell'art. 5 già accertate, tenuto peraltro conto che per il sig. Akkad era di fatto impossibile ricorrere dinanzi i giudici interni in assenza di una qualsiasi decisione sul suo trattenimento; e, infine, una violazione dell'art. 3 Cedu poiché, nonostante si trattasse di un trattenimento irregolare, l'ammanettamento durante il trasferimento in bus aveva dato origine a un trattamento degradante.

Nel caso *R. c. Francia* (Corte Edu, sentenza del 30.08.2022) la Corte Edu è chiamata a valutare la presunta violazione degli artt. 2, 3 e 8 Cedu lamentata da un cittadino russo di origine cecena che, dopo aver ottenuto protezione internazionale insieme ai genitori nel 2004 e successivamente stabilito una vita familiare in Francia, veniva condannato nel 2017 per affiliazione a gruppi intenti a preparare un attentato terroristico. Seguiva l'interdizione permanente dal territorio francese. Ritenendo che il ricorrente costituisse una minaccia grave alla sicurezza statale, veniva anche posto fine al suo status di rifugiato. Ottenuto parere favorevole al suo allontanamento dall'autorità competente in materia, ne veniva ordinata l'espulsione con l'identificazione della Russia come Paese di destinazione. Il giorno dopo l'esame dell'appello presentato contro tali decisioni, il ricorrente veniva allontanato in Russia. Relativamente alla lamentata violazione dell'art. 3 Cedu in ragione dei rischi cui è stato esposto il ricorrente in Russia, la Corte Edu verifica innanzitutto come la situazione generale in Cecenia non sia tale per cui ogni rinvio verso la Russia comporti una violazione dell'art. 3 Cedu (già affermato, sulla base dei rapporti internazionali disponibili, in Corte Edu, 15.04.2021, *K.I. c. Francia*, in questa *Rivista*, XIII, 2, 2021). Quanto alla situazione personale del sig. R, è vero che, avendo ricevuto protezione internazionale quando era ancora minore, il ricorrente non ha sollevato elementi particolari da cui si possano presumere rischi di violazione dell'art. 3 Cedu per le attività poste in essere in Cecenia dai genitori quasi venti anni prima. Gli era stato anche rilasciato un passaporto russo poco dopo il suo ingresso in Francia, il che appariva in contraddizione con il manifestato timore di persecuzione da parte delle autorità russe. Inoltre, presumendo che queste ultime fossero a conoscenza delle ragioni alla base dell'allontanamento, non hanno mai richiesto l'extradizione del ricorrente. Ciononostante, nel fissare la Russia come Paese di destinazione, le autorità competenti non hanno tenuto conto che il ricorrente avesse comunque mantenuto la qualità di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 (cfr. Corte Edu, *K.I. c. Francia*, cit.), mentre il tribunale amministrativo

intervenuto prima dell'esecuzione dell'allontanamento non aveva nemmeno esaminato le ragioni sollevate dal ricorrente sul rischio di *refoulement* (diversamente da Corte Edu, Grande Camera, 29.04.2022, *Khasanov e Rakhmanov c. Russia*, in questa *Rivista*, XXIV, 2, 2022). Per questi motivi, la Corte Edu ritiene che l'allontanamento del ricorrente abbia dato origine a violazione dell'art. 3 Cedu, non essendo opportuno esaminare anche le altre violazioni lamentate dallo stesso. Anche il caso *W. c. Francia* (Corte Edu, sentenza del 30.08.2022) riguarda un cittadino russo di origini cecene cui era stato riconosciuto lo status di rifugiato nel 2007 e che veniva poi revocato, nel 2015, in ragione del suo soggiorno in Russia, dove aveva peraltro ottenuto un passaporto dalle stesse autorità che accusava di persecuzione. Nel 2020, accertati i suoi legami con cellule terroristiche radicali, ne veniva ordinato l'allontanamento con l'identificazione della Russia come Paese di destinazione. Se il ricorrente chiedeva invano alle autorità interne di riconsiderare il suo caso poiché, in seguito ai contatti presi dallo Stato convenuto con le autorità russe per dare esecuzione all'allontanamento, la sua famiglia in Cecenia era già stata minacciata, l'esecuzione dell'allontanamento veniva infine sospesa in virtù delle misure provvisorie indicate dalla Corte Edu ai sensi dell'art. 39 del suo Regolamento interno. Dopo aver ricordato che le Parti devono poter allontanare coloro che costituiscono una minaccia alla sicurezza nazionale nel quadro della lotta al terrorismo internazionale (ad es., Corte Edu, 29.04.2019, *A.M. c. Francia*, in questa *Rivista*, XXI, 2, 2019; Corte Edu, 9.01.2018, *X c. Svezia*, in questa *Rivista*, XX, 2, 2018) e che il suo compito è solo quello di valutare la compatibilità di tale allontanamento con la protezione offerta dalla Cedu, la Corte Edu si concentra sulla situazione personale del ricorrente avendo già escluso l'esistenza di un contesto di violenza generalizzata in Cecenia (v. sopra, Corte Edu, 30.08.2022, *R. c. Francia*). I giudici notano che, pur essendosi recato in almeno due occasioni in Russia con la conseguenza di essere stato privato dello status di rifugiato, i timori sollevati dal ricorrente riguardano la successiva rivelazione alla Russia del suo coinvolgimento nel terrorismo internazionale nell'ambito della procedura di allontanamento. Lo stesso ha prodotto due avvisi di comparizione emessi nei suoi confronti dalle autorità cecene a seguito di tale scambio di informazioni. Nonostante lo Stato convenuto abbia avanzato dubbi sulla loro autenticità e ritenga di aver condotto un esame della situazione personale del sig. W., per la Corte Edu le autorità interne non hanno analizzato l'impatto generato dallo scambio di informazioni con le controparti russe tale per cui i rischi lamentati dal ricorrente non sono stati adeguatamente esaminati. In queste circostanze, per la Corte si deve ritenere che, qualora ne venisse data esecuzione, il suo allontanamento comporterebbe una violazione dell'art. 3 Cedu.

Con il caso *A.B. c. Polonia* (Corte Edu, sentenza del 30.06.2022) sei cittadini russi lamentavano varie violazioni della Cedu per essere stati respinti, nel 2017, dalle autorità polacche oltre 30 volte al confine tra Polonia e Bielorussia nonostante avessero espresso l'intenzione di chiedere protezione internazionale. Secondo i ricorrenti, in ogni occasione avevano menzionato di provenire dalla Cecenia, dove temevano persecuzione per motivi politici, e l'impossibilità di ottenere

protezione internazionale in Bielorussia. Negli ultimi otto tentativi, avevano anche portato con sé una richiesta di protezione internazionale già compilata. Ogni tentativo si concludeva con l'adozione, da parte delle autorità polacche, di provvedimenti amministrativi che ne negavano l'ingresso in Polonia in ragione della loro identificazione come migranti economici e non come persone bisognose di protezione internazionale. Ciò si ripeteva anche quando la Corte Edu indicava misure provvisorie in loro favore, chiedendo al Governo polacco di non allontanare i ricorrenti. Basandosi sui precedenti casi riguardanti rinvii sistematici al confine polacco (Corte Edu, 23.07.2020, *M.K. e altri c. Polonia*, in questa *Rivista*, XXII, 3, 2020), la Corte Edu ritiene di aver già accertato l'esistenza, all'epoca dei fatti nel caso di specie, di una pratica generalizzata da parte delle autorità polacche volta a giustificare gli allontanamenti con una rappresentazione della realtà diversa da quanto riportato da coloro che si presentavano al confine per chiedere protezione internazionale. Considerato che i ricorrenti avevano sufficientemente informato gli agenti presenti al confine della loro situazione, producendo documenti e indicando i motivi per cui la Bielorussia non poteva essere ritenuta un Paese terzo sicuro, per la Corte Edu lo Stato convenuto avrebbe dovuto accoglierli fino a quando la loro situazione personale fosse stata adeguatamente esaminata dalle autorità competenti. Pertanto, sia per non avere avviato una siffatta procedura sia per aver esposto i ricorrenti a un *refoulement* indiretto rinviandoli in Bielorussia, vi è stata violazione dell'art. 3 Cedu. Per le stesse ragioni, ossia per non aver tenuto conto delle loro circostanze personali nonostante l'adozione di provvedimenti individuali con cui si negava loro l'ingresso (qualificabili come espulsioni ai sensi dell'art. 4, Prot. 4, su cui Corte Edu, 5.4.2022, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, in questa *Rivista*, XXIV, 2, 2022; Grande Camera, 13.02.2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, in questa *Rivista*, XXII, 2, 2020; Grande Camera, 23.02.2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XXIV, 1, 2012, p. 104), vi è stata anche una violazione del divieto di espulsioni collettive. A ciò si aggiunge una violazione dell'art. 13 (diritto a un ricorso effettivo), letto in combinato con gli articoli 3 Cedu e 4, Prot. 4, poiché i ricorrenti non avevano avuto a disposizione alcun ricorso a carattere sospensivo da attivare contro i provvedimenti delle autorità polacche, e dell'art. 34 Cedu in ragione della non attuazione delle misure provvisorie indicate dalla Corte Edu in favore dei ricorrenti.

Sulla base delle stesse considerazioni, nel ricorso del tutto simile *A.I. e altri c. Polonia* (Corte Edu, sentenza del 30.06.2022) riguardante sette cittadini russi cui, tra il 2016 e il 2017, era stato negato per sedici volte l'ingresso al confine polacco nonostante avessero espresso agli agenti i motivi per cui temevano persecuzione e il rischio di *refoulement* indiretto in Bielorussia, la Corte Edu ha ritenuto che, anche nel loro caso, vi è stata una violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, del divieto di espulsioni collettive e del diritto a un ricorso effettivo, letto in combinato con gli stessi art. 3 Cedu e art. 4, Prot. 4.

Il caso *M.N. e altri c. Turchia* (Corte Edu, sentenza del 21.06.2022) riguarda sette cittadini del Tagikistan che temono di subire trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu qualora venissero allontanati

nel loro Paese. Arrestati durante un'operazione antiterrorismo, i ricorrenti venivano trasferiti in un centro di trattenimento per stranieri in vista del loro allontanamento, motivato da ragioni di sicurezza nazionale. Tornati liberi, i ricorrenti intendevano, senza successo, un'azione giudiziaria contro l'ordine di allontanamento sostenendo che, in ragione della copertura mediatica che il loro arresto aveva generato, erano stati erroneamente identificati come membri dell'ISIS. Ciò li avrebbe esposti a seri rischi per la loro vita e integrità fisica in caso di rientro in Tagikistan. Ritenendo appropriato esaminare il caso sotto il profilo dell'art. 3 Cedu, preso isolatamente o in combinato con l'art. 13, la Corte Edu riafferma innanzitutto il carattere assoluto del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti nel constatare come certe affermazioni dei giudici interni, per i quali i ricorrenti non avrebbero potuto godere del divieto di *refoulement* poiché costituivano una minaccia per la sicurezza pubblica della Turchia, non sono compatibili con la giurisprudenza della Corte stessa. Al contempo, essa nota come sia il tribunale amministrativo sia la Corte costituzionale non si fossero pronunciate sul timore che il loro arresto avesse indotto le autorità del Tagikistan a sospettarli di affiliazione al terrorismo. Pertanto, è la stessa Corte Edu a procedere a valutare i rischi cui sarebbero eventualmente esposti i ricorrenti in caso di rientro nel loro Paese di origine con riferimento alla loro situazione personale precedente e successiva agli eventi occorsi con il loro arresto in Turchia. A tal proposito, la Corte evidenzia che i ricorrenti non avevano intrapreso attività politiche ritenute illegali in Tagikistan, né erano ricercati dalle autorità di quel Paese, rispetto al quale peraltro i rapporti internazionali non segnalano persecuzioni nei confronti di persone impegnate, come i ricorrenti, in studi coranici (su altri rinvii in Tagikistan, Corte Edu, 22.03.2022, *T.K. e altri c. Lituania*, in questa *Rivista*, XXIV, 2, 2022; 11.06.2019, *S.S. e B.Z. c. Russia*, in questa *Rivista*, XXI, 3, 2019; 7.11.2017, *K.I. c. Russia*, in questa *Rivista*, XX, 1, 2018). Quanto all'impatto dell'arresto in Turchia, la Corte Edu nota come, nonostante la copertura mediatica del loro caso, la loro identità non era stata svelata, che le accuse penali nei loro confronti in Turchia erano poi cadute e che era dovere delle autorità consolari del Tagikistan di interessarsi alla loro situazione come nel caso di ogni loro concittadino privato della libertà personale. Non è tra l'altro implausibile per la Corte che i ricorrenti, qualora fossero stati sospettati di legami con il terrorismo dalle autorità tagiche, siano in grado di spiegare la loro estraneità rispetto a tali accuse. Non avendo dunque dimostrato che rischiano di essere esposti a violazioni dell'art. 3 Cedu, per la Corte Edu il loro allontanamento non darebbe origine a una violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, preso isolatamente o in combinato con l'art. 13 Cedu.

b) condizioni materiali

In *H.M. e altri c. Ungheria* (Corte Edu, sentenza del 2.06.2022) una famiglia di sei richiedenti asilo iracheni, trattenuta nel 2017 per oltre quattro mesi nella zona di transito di Tompa, situata al confine tra Ungheria e Serbia, lamentava una violazione dell'art. 3 Cedu a causa delle condizioni materiali a loro riservate durante il trattenimento, nonché una violazione del diritto alla libertà e

sicurezza (art. 5 Cedu). La Corte Edu procede valutando prima la situazione dei figli e della loro madre e poi quella del padre. Quanto ai primi, essa nota come la permanenza per un periodo di oltre quattro mesi in un luogo come una zona di transito che appare simile a una prigione, con la costante presenza di polizia e servizi precari, non sia adatto a minori (tra le altre, Corte Edu, 31.03.2022, *N.B., N.G. e K.G. c. Francia*, in questa *Rivista*, XXIV, 2, 2022; 7.12.2017, *S.F. e altri c. Bulgaria*, in questa *Rivista*, XX, 1, 2018; 12.07.2016, *A.B. e altri c. Francia*, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017). Allo stesso modo, tenuto conto della gravidanza a rischio della madre e della conseguente condizione di vulnerabilità, il trattenimento in un luogo siffatto deve averle causato uno stato di ansia e sofferenza psicologica tale da raggiungere la soglia minima di gravità per ricadere nell'ambito dell'art. 3 Cedu. Nel loro caso, vi è dunque stata una violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti. Quanto al padre, è vero che quest'ultimo – uomo adulto – non era più vulnerabile di qualsiasi altro richiedente asilo trattenuto in zone di confine (Corte Edu, Grande Camera, 21.11.2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in questa *Rivista*, XXII, 1, 2020), le cui condizioni risultavano quindi nel complesso accettabili. Tuttavia, durante il suo trattenimento il ricorrente aveva comunque subito trattamenti degradanti. Infatti, il sig. H.M. era stato ammanettato quando aveva accompagnato la moglie in ospedale, peraltro in presenza dei figli e senza che lui ponesse rischi per la sicurezza altrui, con effetti umilianti e lesivi della sua dignità. Ciò ha comportato, per la Corte Edu, una violazione dell'art. 3 Cedu anche nei suoi confronti. A tali violazioni si aggiunge una violazione dell'art. 5, par. 1 e 4, Cedu, poiché il loro trattenimento costituiva una misura di fatto, non basata su alcuna decisione giudiziaria, e non avevano avuto accesso ad alcun mezzo di ricorso per lamentare l'illegalità della privazione della loro libertà.

Con il caso *Thiam c. Italia* (Corte Edu, decisione del 30.08.2022) un cittadino del Senegal, regolarmente soggiornante in Italia dal luglio 2012 al 2014, rientrava in Italia nel 2016 attraverso l'aeroporto di Milano Malpensa. Ai controlli, presentava il precedente permesso di soggiorno, oramai scaduto, e la relativa richiesta di rinnovo. Dopo aver scoperto che tale richiesta era già stata rigettata dalle autorità competenti, la polizia di frontiera notificava al ricorrente il rinvio immediato collocandolo, in attesa del primo volo disponibile per il Senegal, nella zona di transito dell'aeroporto. Cinque giorni dopo veniva allontanato. Il ricorrente intentava ricorso per ottenere l'annullamento dell'ordine di allontanamento e una riparazione per il trattenimento subito, anche sotto il profilo delle condizioni materiali ritenute precarie. Se il giudice di primo grado lo rigettava, per la Corte di appello di Milano la polizia aveva errato nell'impedire al sig. Thiam di fare ingresso in Italia. Infatti, i documenti presentati dallo stesso dovevano ritenersi validi, poiché la verifica sulla richiesta di rinnovo andava effettuata in Italia in modo anche da, nel caso questa avesse dato esito negativo, consentirgli di presentare un eventuale ricorso. Accertata anche l'irregolarità del trattenimento, veniva pertanto riconosciuto al ricorrente un indennizzo. Dopo aver ritenuto inammissibile la parte ricorso relativo alla violazione dell'art. 5

Cedu (diritto alla libertà e sicurezza) per aver già ottenuto una riparazione a livello nazionale, la Corte Edu si concentra sulla lamentata violazione dell'art. 3 Cedu generata, secondo il sig. Thiam, dalle precarie condizioni materiali a lui riservate nella zona di transito durante il trattenimento. La Corte Edu ricorda come un trattamento debba raggiungere una soglia minima di gravità per poter essere qualificato come inumano o degradante ai sensi dell'art. 3 Cedu, circostanza che può essere influenzata da una varietà di fattori come l'età o lo stato di salute della persona interessata o la durata del trattenimento (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017). Nel caso del sig. Thiam, che non presentava una particolare condizione di vulnerabilità, sono stati garantiti quantomeno tre pasti al giorno e un letto a suo uso esclusivo. Inoltre, nonostante non abbia avuto accesso a locali all'aria aperta, a docce o a contatti esterni, egli non si è trovato in una situazione di sovrappopolamento o di scarsa igiene. Alla luce di tutto ciò e, soprattutto, della breve durata del suo trattenimento, la soglia di gravità necessaria per ritenere che vi sia stata una violazione dell'art. 3 Cedu non è stata superata. Il suo ricorso è dunque stato dichiarato inammissibile.

Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza

Il caso *Ali Reza c. Bulgaria* (Corte Edu, sentenza del 17.05.2022) riguarda un cittadino iracheno che, giunto in Bulgaria nel 2000, otteneva protezione umanitaria in ragione della guerra in Iraq. Nel 2015, essendo ritenuto dalle autorità competenti una minaccia per la sicurezza nazionale dato il suo coinvolgimento nel traffico irregolare di migranti, veniva ordinato il ritiro del suo permesso di soggiorno, il suo allontanamento e il contestuale divieto di reingresso per cinque anni. Il sig. Reza veniva così trattenuto fino a quando, superato il periodo massimo di sei mesi senza l'ottenimento di un valido titolo di viaggio presso le autorità consolari irachene, il tribunale amministrativo ne ordinava il rilascio. Dinanzi la Corte Edu, lamentava la violazione degli articoli 3, 8 e 13 Cedu con riferimento ai rischi connessi al suo allontanamento in Iraq e dell'art. 5 rispetto al trattenimento a suo avviso irregolarmente subito. Dopo aver ritenuto di non doversi pronunciare sulle presunte violazioni degli articoli 3, 8 e 13 in quanto l'allontanamento del sig. Reza non ha più avuto luogo e necessiterebbe l'adozione di un nuovo ordine da parte delle autorità competenti, dinanzi le quali il ricorrente potrebbe far valere i rischi cui sarebbe esposto in Iraq, la Corte Edu esamina la presunta violazione del diritto alla libertà e sicurezza. Tenuto conto che un trattenimento di una persona soggetta ad allontanamento è regolare ai sensi dell'art. 5, par. 1, Cedu fin quando le autorità competenti adottano tutte le misure necessarie per darvi esecuzione (ad es., Corte Edu, 25.06.2019, *Al Husin c. Bosnia e Herzegovina (n. 2)*, in questa *Rivista*, XXI, 3, 2019), la Corte Edu nota come le autorità bulgare non si fossero attivate prontamente per ottenere un titolo di viaggio e, nonostante non vi fossero prospettive di allontanare il ricorrente in Iraq, avevano continuato a trattenerlo per sette mesi fino all'intervento del tribunale

amministrativo. Tenuto quindi conto che la privazione della sua libertà personale non era più giustificata, nel caso del sig. Reza vi è stata una violazione dell'art. 5, par. 1, Cedu.

Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare

Il caso *Alleleh e altri c. Norvegia* (Corte Edu, sentenza del 23.06.2022) riguarda una persona che, giunta in Norvegia, si era finta somala per ottenere protezione internazionale. Quando il suo status era ancora precario, essendo già stata respinta la sua domanda di asilo, sposava un cittadino norvegese. Di conseguenza, le veniva rilasciato un permesso di soggiorno temporaneo che veniva rinnovato fino al momento in cui le autorità competenti accoglievano la sua richiesta di cittadinanza. Molti anni dopo, nel corso di alcune indagini, emergeva la vera identità e provenienza della ricorrente, la quale era nata in Gibuti. Le veniva quindi revocata la cittadinanza e ne veniva ordinato l'allontanamento con un contestuale divieto di re-ingresso per due anni. Per quasi tutti i giudici interni, tali misure non erano sproporzionate perché nel bilanciamento di interessi che avevano operato, nell'ambito del quale erano stati considerati sia l'ingerenza nel diritto al rispetto per la vita familiare della sig.ra Alleleh sia il preminente interesse dei minori coinvolti, doveva essere accordato un peso significativo al suo comportamento grave e ripetuto volto a infrangere la legge sull'immigrazione. Nell'esaminare la violazione dell'art. 8 Cedu lamentata dalla sig.ra Alleleh, dal marito e dai suoi quattro figli, la Corte Edu evidenzia come non vi siano dubbi sull'esistenza di una loro vita familiare in Norvegia e che questa abbia subito un'interferenza, prevista dalla legge, in ragione dei provvedimenti adottati contro la prima ricorrente. Occorreva solo stabilire se tale interferenza possa dirsi anche necessaria. A tal proposito, per la Corte Edu appare significativo che la decisione di allontanare la ricorrente dalla Norvegia sia stata esaminata in tre diversi livelli di giudizio, durante i quali sono stati ascoltati testimoni e nominati anche psicologi al fine di valutare quale fosse in concreto il preminente interesse dei figli della sig.ra Alleleh. In particolare, la Corte Suprema norvegese aveva richiamato tutta la giurisprudenza della Corte Edu rilevante in materia in modo da tenere conto dei fattori emersi nel contesto convenzionale per effettuare il bilanciamento richiesto dalle circostanze del caso. Su tali basi, la Corte Suprema aveva ritenuto appropriato valutare la situazione della prima ricorrente come quella di migranti che avevano stabilito una vita familiare nel Paese ospite nonostante si trovassero in uno stato di soggiorno precario, tale per cui l'allontanamento debba essere escluso solo in presenza di circostanze eccezionali (Corte Edu, Grande Camera, 3.10.2014, *Jeunesse c. Paesi Bassi*, in questa *Rivista*, XVI, 3-4, 2014; Corte Edu, 28.06.2011, *Nunez c. Norvegia*). Per quanto la Corte Edu sostanzialmente concordi con l'impostazione adottata dalla Corte Suprema pur sottolineando la specificità del caso, essa condivide soprattutto il peso attribuito a livello interno alla gravità del comportamento posto in essere dalla sig.ra Alleleh (cfr. Corte Edu, 1.02.2022, *Johansen c. Danimarca*, in questa *Rivista*, XXIV, 2, 2022), motivato anche da esigenze di deterrenza generale contro infrazioni della legge sull'immigrazione. È vero che, per la

Corte Edu, l'impatto dell'allontanamento sulla vita privata dei minori, essendo tutti cittadini norvegesi che dovrebbero trasferirsi in un Paese a loro sconosciuto per mantenere intatta la loro vita familiare, appare considerevole. Tuttavia, come già evidenziato dalla Corte Suprema, la durata relativamente breve del divieto di re-ingresso (diversamente da Corte Edu, Grande Camera, 7.12.2021, *Savran c. Danimarca*, in questa *Rivista*, XXIV, 1, 2022), nonché la possibilità che questo possa essere riconsiderato nel caso di avvenimenti che mettano a rischio il benessere dei figli e di chiedere visti per visite brevi alla propria famiglia durante i due anni in cui vige il divieto, fanno ritenere alla Corte Edu che non via siano circostanze eccezionali che giustifichino la revisione dell'ordine di allontanamento. Pertanto, alla luce dell'attenta valutazione condotta dai giudici interni e del bilanciamento da loro effettuato tra tutti gli interessi in gioco, per la Corte Edu lo Stato convenuto non è andato oltre il margine di apprezzamento di cui gode in materia. Non vi è quindi stata violazione dell'art. 8 Cedu.

In *Darboe e Camara c. Italia* (Corte Edu, sentenza del 21.07.2022) la Corte Edu è chiamata a esaminare i ricorsi presentati da un cittadino del Gambia e un cittadino della Guinea per lamentare la violazione degli articoli 3, 8 e 13 in ragione del trattamento subito, quali minori non accompagnati, al loro arrivo in Italia. Tenuto conto che il ricorso del sig. Camara è stato radiato da ruolo per la perdita di contatti tra lo stesso e il suo avvocato, la sentenza riporta unicamente i fatti accaduti al sig. Darboe. Giunto in Italia nel 2016, quest'ultimo veniva posto prima in una struttura per minori non accompagnati e trasferito poi, per i quattro mesi successivi, nel centro di accoglienza di Cona, riservato a persone adulte. Nonostante avesse manifestato da subito la sua volontà di richiedere asilo e la sua minore età, non otteneva la registrazione della sua richiesta di protezione internazionale e veniva dichiarato adulto senza alcun margine di errore in seguito a un esame medico, richiesto dalla Prefettura, condotto con il metodo Greulich e Pyle (esame del polso e della mano sinistra). Al sig. Darboe non era tuttavia stato richiesto alcun consenso per sottoporsi a tale esame, né era stato informato della procedura. Quanto alle condizioni di accoglienza nel centro di Cona, il ricorrente lamentava una grave situazione di sovrappopolamento, a cui si aggiungevano l'assenza di riscaldamento e acqua calda nei bagni, una situazione di scarsa igiene, la mancanza di servizi ricreativi, di assistenza medica e psicologica e di un adeguato numero di personale, oltre a episodi di violenza e di prostituzione. In seguito all'indicazione di misure provvisorie da parte della Corte Edu allo Stato convenuto, il sig. Darboe veniva infine trasferito in un centro per minori non accompagnati nella provincia di Bologna. Intanto, un esame medico condotto con un metodo diverso, il TW3 – Tanner-Whitehouse, confermava la minore età inizialmente dichiarata dal ricorrente. Dopo aver rigettato le obiezioni dell'Italia, specie in relazione all'impossibilità del sig. Darboe quale minore di presentare un ricorso dinanzi la Corte Edu, quest'ultima ritiene di dover esaminare il caso sotto il profilo del diritto al rispetto per la vita privata (art. 8 Cedu). Infatti, il concetto di vita privata riguarda anche l'integrità fisica e psichica di una persona e include vari aspetti con cui un individuo si

identifica, tra cui proprio l'età. Dichiarato quindi il ricorso ammissibile e considerato che l'auto-identificazione dello stesso ricorrente come minore non poteva apparire infondata o irragionevole, la Corte Edu si concentra sul rispetto da parte dello Stato convenuto degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 Cedu. A tal fine, i giudici evidenziano come l'Italia abbia adottato una nuova legge a tutela di minori non accompagnati che introduce un metodo multidisciplinare per l'accertamento della loro età (cfr. legge n. 47/2017), ma che questa non fosse ancora in vigore al tempo dei fatti lamentati dal ricorrente. Ciononostante, le rilevanti norme sia di diritto internazionale sia delle direttive UE in materia di immigrazione e protezione internazionale stabilivano la necessità di tenere conto del preminente interesse del minore e, in particolare, l'adozione di una serie di garanzie sostanziali e procedurali volte ad assicurare una tutela specifica ai minori non accompagnati, ad esempio richiedendo condizioni di accoglienza adatte alla loro età e il riconoscimento di un inerente margine di errore nelle procedure di accertamento dell'età (per tutti i riferimenti, cfr. C. Danisi, *Il principio del preminente interesse del minore in ambito migratorio: verso una convergenza?*, in *Migration and International Law: Beyond Emergency?*, a cura di G. Nesi, Napoli, 2018). Nel caso del sig. Darboe, questa tutela specifica è mancata. Da un lato, non era stato immediatamente nominato alcun rappresentante o tutore legale con conseguenze negative sulla sua richiesta di asilo. Dall'altro, non solo era stato collocato in una struttura per adulti per oltre quattro mesi ma veniva anche sottoposto, senza informarlo sulla procedura e le sue conseguenze, a un esame di accertamento dell'età il cui risultato non indicava alcun margine di errore. Peraltro, la sua maggiore età non veniva confermata a livello giudiziario, rendendo impossibile per il sig. Darboe contestarne i risultati. Pertanto, tenuto conto che il ricorrente non ha goduto delle garanzie procedurali previste a tutela dei minori non accompagnati e che lo Stato convenuto non ha applicato nei suoi confronti il principio di presunzione della minore età, quale elemento centrale del diritto al rispetto per la vita privata dei minori non accompagnati auto-identificatisi come tali, né si è attivato fino alle indicazioni ricevute dalla stessa Corte, vi è stata violazione dell'art. 8 Cedu. A ciò si aggiunge una violazione dell'art. 3 Cedu per il trattamento inumano e degradante sofferto dal sig. Darboe come conseguenza del lungo collocamento nel centro di Cona, inadatto alla sua età e in condizioni particolarmente precarie (oltre ai casi già richiamati, Corte Edu, Grande Camera, 4.11.2014, *Tarakhel c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XVII, 2, 2015). Infatti, per la Corte, tali condizioni non sono giustificabili nemmeno in una situazione di grande afflusso di migranti e di minori non accompagnati come avveniva all'epoca dei fatti, in ragione del carattere assoluto del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti. In assenza di un qualsiasi rimedio a disposizione del ricorrente per lamentare tali condizioni di accoglienza, vi è stata infine anche una violazione dell'art. 13, letto in combinato con gli articoli 3 e 8 Cedu.

Art. 2, Protocollo 4: Libertà di circolazione

Nel caso *L.B. c Lituania* (Corte Edu, sentenza del 14.06.2022) un cittadino russo, fuggito dalla Cecenia, otteneva protezione sussidiaria in Lituania nel 2003 con un permesso di soggiorno valido per un anno. Tale permesso veniva rinnovato fino al 2008, quando il ricorrente otteneva un permesso di soggiorno quinquennale rinnovato nel 2013 e nel 2018. Nello stesso tempo, il ricorrente chiedeva e otteneva dalle autorità lituane un passaporto, anch'esso rinnovato a ogni scadenza. Nel 2018, come conseguenza della nuova politica della Russia di rilascio dei passaporti nelle ambasciate a favore dei propri cittadini all'estero, lo Stato convenuto negava al ricorrente il rinnovo del passaporto. Per le autorità interne non sussistevano motivi per i quali il sig. L.B. non avesse potuto rivolgersi all'ambasciata del suo Paese dal momento che non risultava a rischio di persecuzione in Russia, avendo ottenuto protezione sussidiaria solo in ragione del conflitto in atto in Cecenia. Tale decisione veniva confermata a ogni tentativo successivo, nonché confermata dai giudici interni, nonostante il ricorrente facesse notare di non essere cittadino russo perché non aveva mai richiesto la cittadinanza della Federazione russa dopo lo smembramento dell'Unione sovietica. Esaminando il ricorso unicamente sotto il profilo del diritto a lasciare un Paese (art. 2, par. 2, del Prot. 4), la Corte Edu evidenzia come sia chiamata per la prima volta a valutare il caso di un diniego di un documento valido per l'espatrio opposto da una delle Parti a un cittadino straniero. A tal proposito, essa ritiene che, seppur tale diritto sia garantito a «chiunque», non può essere letto come volto a imporre alle Parti un obbligo di rilascio di uno specifico titolo di viaggio agli stranieri soggiornanti nel loro territorio. Se è vero che tale diritto trova applicazione al caso del ricorrente, il quale non potrebbe lasciare la Lituania senza ottenere alcun documento valido a tal fine, il sig. L.B ha subito un'interferenza nel godimento dello stesso. Occorre dunque verificare se tale interferenza sia conforme alla legge e risulti necessaria in una società democratica per perseguire un fine legittimo, ai sensi del par. 3 dell'art. 2, Prot. 4. Quanto al primo requisito, per la Corte Edu le autorità avevano agito in conformità alla legge interna applicabile, nella parte in cui non permette il rilascio di un passaporto agli stranieri che possono ottenerlo nei loro Paesi di origine. Quanto al secondo, se per la Corte Edu non è chiaro come la negazione del passaporto al ricorrente sia funzionale alla tutela dell'ordine pubblico, come pur avanzato dallo Stato convenuto, in ogni caso l'interferenza da lui subita non può essere ritenuta necessaria in una società democratica. Infatti, nel negare il documento richiesto, le autorità competenti non hanno adeguatamente valutato la situazione personale del sig. L.B. e non hanno verificato se, alla luce delle ragioni da quest'ultimo avanzate, la nuova politica russa di rilascio dei passaporti nelle ambasciate fosse realmente accessibile nel suo caso specifico. Per queste ragioni, secondo la Corte Edu il diniego opposto al ricorrente è stato basato su ragioni puramente formalistiche senza un vero bilanciamento tra gli interessi in gioco. Nel suo caso, dunque, vi è stata dunque una violazione dell'art. 2, Prot. 4.

Art. 1, Protocollo 12: Divieto generale di discriminazione

Il caso *X e altri c. Albania* (Corte Edu, sentenza del 31.05.2022) riunisce i ricorsi presentati da 18 cittadini albanesi di origine Rom e egiziana che lamentavano una violazione del divieto generale di discriminazione, di cui all'art. 1 del dodicesimo Protocollo addizionale alla Cedu (ratificato dall'Albania nel 2004 e poco dopo entrato in vigore), a causa dell'inazione dello Stato convenuto nel porre fine alla accertata segregazione di bambini di origine Rom e egiziani, pari a una media di oltre il 90% del totale degli iscritti nel 2012 al 2019, nella scuola elementare *Naim Frashëri* a Korça. Se per le autorità competenti l'alta concentrazione di minori appartenenti a tali minoranze non era intenzionale, già nel 2015 il Commissario contro la discriminazione adottava una decisione vincolante in cui si stabiliva che era in atto una discriminazione indiretta nel godimento del diritto all'istruzione dei minori e che le autorità competenti avevano l'obbligo di adottare misure positive per porvi immediatamente fine. Dopo aver radiato dal ruolo i ricorsi presentati da ricorrenti che avevano manifestato la volontà di ritirare le loro doglianze, la Corte Edu respinge l'obiezione dello Stato convenuto circa il mancato esaurimento dei ricorsi interni ritenendo che nell'adire unicamente il Commissario contro la discriminazione, quale autorità indipendente in grado di adottare decisioni vincolanti e non anche le corti interne, quel requisito fosse stato comunque soddisfatto. Il fatto poi che a rivolgersi al Commissario fosse stata un'associazione a tutela dei diritti delle persone di etnia Rom – l'European Roma Research Centre – anziché gli stessi ricorrenti appariva irrilevante. Venendo al merito del caso, la Corte Edu ricorda come abbia già qualificato, in termini di discriminazione, il collocamento sproporzionato di minori di etnia Rom in determinate scuole (Corte Edu, Grande Camera, 13.11.2007, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*; Grande Camera, 16.03.2010, *Oršuš e altri c. Croazia*). Dopo aver ribadito che, a tal fine, non è necessario identificare un intento discriminatorio dato che una siffatta discriminazione può anche emergere da una situazione di fatto, la Corte Edu verifica le azioni intraprese dallo Stato convenuto per porre fine alla accertata segregazione. A tal proposito, i giudici notano come le autorità competenti si siano attivate con molto ritardo e con misure inefficaci, ad esempio estendendo il programma di mensa gratuita indipendentemente dall'appartenenza a gruppi minoritari solo nella scuola *Naim Frashëri* e non negli altri istituti scolastici così da agevolare l'iscrizione di minori di etnia Rom ed egiziani in queste altre strutture. Non essendovi giustificazioni oggettive per tali ritardi, per la Corte Edu vi è stata una violazione del divieto generale di discriminazione cui deve essere posto fine, ai sensi dell'art. 46 Cedu, con la pronta adozione delle misure già indicate nella decisione, adottata a livello interno nel 2015, dal Commissario contro la discriminazione.

¹ La rassegna relativa agli artt. 2-3 è di M. Balboni; la rassegna relativa agli artt. 3 (condizioni materiali)-1, Prot. 12 è di C. Danisi.

MARCO BORRACCETTI, FEDERICO FERRI

Corte di giustizia dell'Unione europea

Regolamento 604/2013 e direttiva 2013/32: domanda di protezione internazionale presentata da minore figlio di genitori ai quali era già stato riconosciuto l'asilo in altro Stato membro

La causa *RO* (CGUE, C-720/20, sentenza dell'1.8.2022) verte sulla competenza e sull'ammissibilità in relazione a una domanda di protezione internazionale, presentata da un minore nato in uno Stato membro da genitori che lì avevano richiesto il riconoscimento di uno *status* di protezione internazionale, pur godendo dell'asilo in uno Stato membro diverso. Il giudizio principale era sorto in Germania, dove viveva una famiglia di cittadini russi che avevano presentato domande di protezione internazionale. Le domande erano state rigettate, perché tutte queste persone risultavano già ammesse allo *status* di rifugiato in Polonia e, secondo le autorità tedesche, avrebbero dovuto fare ritorno in quello Stato. Tuttavia, durante la loro permanenza in Germania, era nata RO, per conto della quale i genitori avevano poi presentato domanda di protezione internazionale. In altre parole, questa era l'unica domanda avanzata da chi non fosse già rifugiato in un altro Stato membro. Nell'ambito giudizio interno, il Tribunale amministrativo locale si rivolgeva alla Corte di giustizia, sperando due quesiti interpretativi: il primo quesito riguarda l'interpretazione dell'art. 20, par. 3, del regolamento 604/2013 (Dublino III). La disposizione stabilisce che, ai fini del regolamento, «la situazione di un minore che accompagna il richiedente e risponde alla definizione di familiare, è indissociabile da quella del suo familiare e rientra nella competenza dello Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale del suddetto familiare, anche se il minore non è personalmente un richiedente, purché ciò sia nell'interesse superiore del minore»; aggiunge poi che «(l)o stesso trattamento è riservato ai figli nati dopo che i richiedenti sono giunti nel territorio degli Stati membri senza che sia necessario cominciare una nuova procedura di presa in carico degli stessi». Si può, dunque, applicare per analogia l'art. 20, par. 3, del Reg. Dublino III al caso di specie? La Corte nega che ciò sia possibile, perché RO è figlia di rifugiati, non di richiedenti. Il legislatore dell'Unione ha infatti inteso distinguere i due casi, prevedendo regole diverse a seconda della situazione; nel caso di RO la disposizione più pertinente, almeno in potenza, sarebbe stato l'art. 9 del regolamento, ma i genitori non soddisfacevano le condizioni procedurali per poterne invocare l'applicazione in concreto.

Con il secondo quesito, invece, il giudice del rinvio si sofferma sull'art. 33, par. 2, lett. a), della direttiva 2013/32 (direttiva procedure), inerente alle ipotesi tassative di inammissibilità delle domande di protezione internazionale. In specie, l'attenzione viene concentrata sull'eventuale facoltà, per la Germania, di giudicare inammissibile la domanda di protezione internazionale di RO, perché un altro Stato membro aveva concesso protezione internazionale ai familiari che

vivono con lei. La Corte ritiene che la disposizione di cui trattasi non possa essere applicata a RO: infatti, la protezione concessa dalla Polonia vale, nello specifico, per i genitori e per altri familiari, ma non anche per lei. L'art. 33, par. 2, della direttiva procedure traduce in prassi il principio di mutua fiducia tra Stati membri, ma resta una disposizione a carattere derogatorio che, come tale, va interpretata restrittivamente. Perciò, non sarebbe giuridicamente fondata un'estensione del campo di applicazione *ratione personae* della casistica a numero chiuso in essa prevista.

Direttiva 2013/32 e direttiva 2013/32: incidenza di una situazione nazionale emergenziale, per eccessivo afflusso di migranti, sul diritto di presentare domanda di asilo e di non essere trattenuto

La sentenza *M.A.* (CGUE, C-72/22 PPU, sentenza del 30.6.2022) riguarda il rapporto tra limiti ai diritti dei richiedenti asilo e situazione emergenziale nazionale data dall'afflusso massiccio di migranti in uno Stato membro. La CGUE era stata investita di un rinvio pregiudiziale da parte della Corte amministrativa suprema della Lituania che voleva comprendere in quale misura, una simile situazione, potesse incidere sui diritti del richiedente asilo – che aveva presentato la propria domanda dopo avere soggiornato irregolarmente in territorio lituano (nello specifico, il sig. M.A.) – di ottenere l'esame della richiesta e di non essere trattenuto oltre quanto previsto dal diritto UE. I quesiti del giudice traevano origine da una normativa interna che prevedeva restrizioni in tal senso. La Corte considera dapprima gli artt. 6 e 7, par. 1, della direttiva 2013/32, relativi all'accesso alla procedura di riconoscimento di *status* e alla presentazione della relativa domanda. In primo luogo, la Corte ribadisce che la presentazione della domanda, a differenza del suo inoltro, non soggiace ad alcuna formalità ed essere effettuata anche da chi soggiorna irregolarmente in uno Stato membro; resta il collegamento stretto tra le fasi di presentazione e inoltro della domanda, entrambe strumentali all'ottenimento dell'esame della stessa e, dunque, alla tutela del diritto riconosciuto dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali; addirittura, la direttiva procedure stabilisce che gli Stati membri debbano garantire a chi ha presentato domanda di protezione internazionale la possibilità di inoltrarla quanto prima.

In virtù del dato testuale e dello scopo delle disposizioni UE applicabili, non è possibile ammettere l'estensione di eccezioni al diritto di presentare una domanda di protezione internazionale soltanto perché lo Stato ospitante versa in una situazione di emergenza. Al tempo stesso, non sono ammissibili restrizioni giustificate da generici richiami alla tutela dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza, perché l'art. 72 TFUE non consente agli Stati membri di invocare detti concetti per contravvenire al diritto UE. Né possono essere ammesse alla presentazione della domanda solo alcune categorie di richiedenti. Viene poi utilizzato come parametro di riferimento l'art. 8, par. 3, della direttiva 2013/33 (direttiva accoglienza) per sondare la tenuta del divieto di trattenimento del richiedente asilo, anche laddove questi si trovi in posizione irregolare prima di presentare la domanda. La Corte spiega che detta disposizione elenca tassativamente le ipotesi di

trattenimento: tra le ipotesi, non figura lo stato di emergenza derivante da afflusso massiccio di migranti nello Stato membro interessato. Inoltre, resta valida l'interpretazione giurisprudenziale restrittiva secondo cui – ai fini del trattenimento nel quadro della direttiva accoglienza – occorre sempre valutare tutti gli elementi specifici del caso in esame. In particolare, l'individuo potrà essere davvero ritenuto pericoloso per l'ordine pubblico solo se si riveli una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società. Allo scopo, non basta certo asserire che il richiedente si sia trovato in posizione irregolare nello Stato membro in cui ha presentato (dopo qualche tempo) domanda di protezione internazionale.

Direttiva 2013/32 e condizioni materiali di accoglienza: legittimità o meno della revoca per reati commessi all'esterno della struttura di accoglienza

Il caso *TO* (CGUE, C-422/21, sentenza dell'1.8.2022) riguarda i limiti alla revoca delle condizioni materiali di accoglienza al rifugiato. Rilevano gli artt. 20, parr. 4 e 5, della direttiva 2013/33. Il par. 4 recita: «(g)li Stati membri possono prevedere sanzioni applicabili alle gravi violazioni delle regole dei Centri di accoglienza nonché ai comportamenti gravemente violenti». Il par. 5 impone agli Stati membri, tra le altre cose, di irrogare tali sanzioni tenendo conto del principio di proporzionalità e assicurandosi di garantire un tenore di vita dignitoso per tutti i richiedenti. Il Consiglio di Stato italiano, in una causa avente ad oggetto la revoca delle condizioni materiali di accoglienza a un rifugiato che aveva procurato lesioni a un dipendente di Trenitalia, si rivolgeva alla Corte di giustizia per comprendere quali fossero il campo di applicazione del par. 4 e i limiti degli obblighi *ex* par. 5. Relativamente alla prima questione, si trattava di capire se all'interessato potessero essere revocate le condizioni materiali di accoglienza, anche se i fatti di cui si era reso responsabile erano stati commessi fuori dalla struttura di accoglienza. La Corte risponde affermativamente, perché i «comportamenti gravemente violenti» cui allude l'art. 20, par. 4, della direttiva, non sono necessariamente riferiti ad accadimenti avvenuti nella struttura ospitante. Questa ipotesi è stata aggiunta ai casi di gravi violazioni delle regole dei Centri di accoglienza e, non prevedendo specifiche analoghe sul luogo di riferimento, non è sottoposta a restrizioni particolari *ratione loci*. La Corte è dell'avviso che un'interpretazione come quella proposta consenta di rispettare l'obiettivo della disposizione in analisi, ovvero quello di autorizzare gli Stati membri a sanzionare in modo adeguato condotte pericolose per l'ordine pubblico e per la sicurezza delle persone e dei beni. Venendo poi alla seconda questione, la Corte conclude che queste condotte possono giustificare la revoca delle condizioni materiali di accoglienza. Tuttavia, onde evitare di ledere il principio di proporzionalità e il diritto dell'interessato di beneficiare di un tenore di vita dignitoso, la sanzione da irrogare non potrà trascurare i bisogni più elementari della persona, quali nutrirsi, vestirsi, lavarsi e disporre di un alloggio.

Direttiva 2003/86 e ricongiungimento con figlio rifugiato: rilievo dell'età del figlio e qualificazione del rapporto di vita familiare effettiva tra gli interessati

Nel caso *SW* (CGUE, cause riunite C-273/20 e C-355/20, sentenza dell'1.8.2022) la Corte di giustizia ha chiarito fino a che punto rileva il limite della minore età del rifugiato ai fini del ricongiungimento familiare, disciplinato dalla direttiva 2003/86. Due cittadini siriani avevano ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato in Germania quando erano minori non accompagnati. Successivamente, i loro genitori avevano chiesto, per sé stessi e per altri figli, il rilascio di un visto nazionale ai fini del ricongiungimento familiare all'Ambasciata della Repubblica federale tedesca a Beirut. Le decisioni sono state assunte mesi dopo le richieste, quando nel frattempo i figli rifugiati erano già diventati maggiorenni e respinsero le richieste proprio perché le si riteneva non più riferite ad un ricongiungimento con figli minorenni. Infatti, il diritto tedesco applicabile prevedeva che i genitori avessero diritto al ricongiungimento familiare con il figlio rifugiato, solo se questo era ancora minorenne al momento dell'adozione della decisione finale da parte dell'autorità competente. Le decisioni di rigetto sono state impugnate; ne è seguito un procedimento culminato con l'attivazione della Corte amministrativa federale tedesca. Tale giudice si è rivolto alla Corte di giustizia per sapere come interpretare, in particolare, l'art. 16, par. 1 della direttiva 2003/86, che dispone quanto segue «(g)li Stati membri possono respingere la domanda d'ingresso e di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare (...) in uno dei casi seguenti: a) qualora le condizioni fissate dalla presente direttiva non siano, o non siano più, soddisfatte (...); b) qualora il soggiornante ed il suo familiare o i suoi familiari non abbiano o non abbiano più un vincolo coniugale o familiare effettivo». Nello specifico, il giudice *a quo* voleva sapere se le condizioni della direttiva fossero, appunto, soddisfatte – dato che i soggiornanti rifugiati non erano più minorenni – e come dovessero essere intese le condizioni richieste per ritenere sussistente una vita familiare effettiva. La Corte risponde al primo quesito affermando che, ai fini degli artt. 10 e 16 della direttiva, la minore età del rifugiato rileva soltanto al momento della presentazione della richiesta di ricongiungimento familiare. La direttiva non chiarisce espressamente la questione, ma è anche vero che non consente agli Stati membri di affrontarla in via autonoma. Occorre dunque tenere ferma la nozione di «minore non accompagnato» enunciata all'art. 2, lett. f), della direttiva e procedere a un'interpretazione orientata all'obiettivo dell'atto in base al contesto di riferimento: da un lato, favorire il ricongiungimento familiare e, dall'altro, concedere una protezione ai cittadini di Paesi terzi, segnatamente ai minori. Dunque, la questione sollevata dal giudice interno va sviluppata considerando queste premesse, nonché gli artt. 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali, che tutelano, rispettivamente, il diritto alla vita privata e familiare e l'interesse superiore del minore. La Corte, pertanto, ha negato che – in specie – le richieste dei genitori potessero essere rigettate solo perché i figli rifugiati erano già diventati minorenni al momento delle decisioni sfavorevoli; ciò perché solo una aspetto è stato considerato rilevante e cioè che la minore età sussisteva quando le domande di ricongiungimento familiare

erano state proposte. Un'interpretazione diversa sarebbe risultata contraria alla *ratio* della direttiva e di fatto avrebbe fatto dipendere la situazione degli interessati dalla condotta delle autorità nazionali competenti; un simile grado di imprevedibilità e aleatorietà si ripercuoterebbe, a sua volta, sui principi di parità di trattamento e di certezza del diritto. Di conseguenza, la normativa tedesca risulta essere non in linea con le disposizioni di riferimento della direttiva 2003/86, così come interpretate alla luce della Carta. Quanto al secondo quesito, la Corte precisa che la sola ascendenza diretta di primo grado non è sufficiente per affermare automaticamente che rifugiato minorenni e richiedenti abbiano una relazione sintomatica di una vita familiare effettiva. Tuttavia, tale relazione potrebbe sussistere anche nelle ipotesi in cui figlio soggiornante e genitore interessato non convivono nello stesso nucleo familiare o nella stessa casa. Non occorre nemmeno che vi sia sostegno reciproco dal punto di vista economico: diversamente, infatti, visite occasionali (purché possibili) e contatti regolari di qualsiasi tipo possono essere sufficienti per ritenere che tali persone ricostruiscano relazioni personali e affettive, oltre che per attestare l'esistenza di una vita familiare effettiva.

Art. 20 TFUE e soggiorno di cittadino di Stato terzo, familiare di cittadino dell'Unione, che non ha esercitato il diritto di libera circolazione: rapporto di dipendenza tra coniugi e tra genitori e figli

In *XU* (CGUE, cause riunite C-451/19 e C-53/19, sentenza del 5.5.2022) è stato affrontato il tema del diritto di soggiorno in uno Stato membro, del familiare straniero di cittadino UE che non si è avvalso della libera circolazione. La Corte superiore di giustizia di Castilla – La Mancha (Spagna) doveva decidere se fossero legittimi o meno i provvedimenti con i quali era stato negato il diritto di soggiorno temporaneo a due cittadini di Stati terzi, con figli minori a carico. In forza del diritto interno applicabile, costoro non avrebbero potuto beneficiare di tale diritto perché erano coniugi di altrettanti cittadini spagnoli che, a loro volta, non avevano esercitato il diritto di circolazione in un altro Stato membro e non possedevano risorse economiche sufficienti per sé e per i propri familiari. Il giudice spagnolo si rivolgeva alla CGUE per comprendere, essenzialmente, quanto rilevassero tali condizioni ostative ai fini dell'applicazione dell'art. 20 TFUE al caso di specie. I punti emersi dalla sentenza, in considerazione dei quesiti e degli elementi di fatto e di diritto dei giudizi interni, sono tre. La premessa di fondo della pronuncia è che, in via eccezionale, il diritto di soggiorno deve essere riconosciuto al cittadino di Stato terzo familiare di cittadino UE che non si sia spostato dal suo Stato membro. Ciò accade quando tra i due vi è un rapporto di dipendenza talmente forte che il secondo sarebbe costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione, se il primo dovesse fare rientro in un Paese terzo per ragioni di carattere giuridico. Il tutto, ovviamente, qualora il mancato riconoscimento del diritto di soggiorno a favore del cittadino di Stato terzo dipenda dal diritto dello Stato membro che lo ospita. Alla luce di questa presa di posizione, il primo punto elaborato dalla Corte è il seguente: pur essendo da riconoscere

in casi limite, il diritto di soggiorno di cui sopra non può essere negato per il solo fatto che il familiare cittadino dell'Unione non possiede risorse sufficienti a scongiurare che il coniuge (straniero) diventi un onere a carico dell'assistenza sociale nazionale. Poiché è necessario, invece, considerare il rapporto di dipendenza tra i familiari, la Corte passa al secondo punto, che implica una riflessione sugli elementi costitutivi di questo legame. La domanda è: gli obblighi di convivenza che il diritto interno fa derivare dal matrimonio, bastano a confermare la sussistenza del rapporto di dipendenza? La Corte ritiene che il solo vincolo biologico o giuridico tra cittadino UE e familiare cittadino di Stato terzo non basti; al contempo, sposta l'attenzione su un altro piano, che coinvolge eventuali figli minori. Posto che nelle cause trattate dal giudice del rinvio entrambe le coppie hanno figli minori che sono cittadini spagnoli, alla Corte preme sottolineare l'importanza del rapporto tra genitore – cittadino di Stato terzo – e figlio minore – cittadino UE – del quale ha l'affidamento effettivo. Riferendosi anche agli artt. 7 e 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, la Corte ricorda che il rapporto di dipendenza su cui si sta soffermando serve a impedire che il cittadino dell'Unione, minore di età, sia costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione per seguire il genitore cittadino di Stato terzo, obbligato a fare ritorno al proprio Paese. Se così fosse, ancora una volta sarebbe messo in discussione l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione. Per la Corte, il rapporto di dipendenza tra adulti differisce dal rapporto di dipendenza tra adulto e minore, ipotesi che va considerata in funzione dell'interesse superiore del minore ed è integrata da presunzioni di più ampia portata. In particolare, a giudizio della Corte, il rapporto di dipendenza tra genitore (cittadino di Stato terzo) e figlio minore (cittadino dell'Unione) si presume sussistente in caso di coabitazione dei genitori. Il fatto che solo uno di essi possa e voglia assumersi l'onere quotidiano del figlio minore è un elemento rilevante, ma non autonomamente decisivo. Infine, la Corte tocca un terzo punto, ovvero il rapporto di dipendenza tra cittadini di Paesi terzi. La Corte applica anche a questa ipotesi la teoria appena riassunta. In pratica, la sua interpretazione è volta a tutelare il cittadino minore dell'Unione, anche dal rischio di dovere abbandonare il territorio UE per seguire il fratello acquisito che sia cittadino di Stato terzo. Il rapporto di dipendenza tra cittadini di Stati terzi potrà dunque assorbire anche il minore cittadino UE, che sia familiare di almeno uno di essi.

JACOPO DI GIOVANNI, GUIDO SAVIO

Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento

ESPULSIONI

Divieto di *refoulement*

Accade con relativa frequenza che un cittadino straniero venga arrestato in Italia e sottoposto alla custodia cautelare perché attinto da mandato d'arresto internazionale, con richiesta di estradizione del Paese di provenienza.

Nel caso qui in esame successivamente alla reiezione dell'extradizione da parte della Corte d'appello, conseguente all'accertato rischio di sottoposizione alla pena di morte, la prefettura emette un decreto di espulsione per motivi di pericolosità sociale. È quanto accaduto ad un migrante pakistano che ha impugnato il decreto prefettizio innanzi al Giudice di pace di Como, il quale respingeva però il ricorso negando rilevanza alla decisione della Corte d'appello posto che il processo penale in Pakistan non era ancora definito e, pertanto, non sussisteva alcun concreto rischio per la sua incolumità. La Cass. civ. sez. lavoro, con ord. 22807/22, pubblicata in data 20.7.2022, cassando con rinvio la decisione gravata, ha precisato che il Giudice del merito ha errato ritenendo il provvedimento espulsivo come attività vincolata e così applicando una presunzione assoluta di pericolosità senza un accertamento oggettivo e concreto dell'attualità della stessa. Inoltre, osserva la Cassazione, ha errato il Giudice di pace anche nel ritenere irrilevante la decisione della Corte d'appello che aveva negato l'extradizione, perché tale provvedimento evidenziava la portata del divieto di cui all'art. 19, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali UE che vieta, appunto, estradizione, espulsione o allontanamento verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposti alla pena di morte, principio sancito, nella normativa interna, dall'art. 19, d.lgs. 286/98.

È obiettivamente grave che la PA prima, e il Giudice di pace dopo, non abbiano in alcun modo tenuto nella debita considerazione una decisione giurisprudenziale – quella della Corte d'appello – che aveva accertato il rischio, per lo straniero, di sottoposizione alla pena di morte, quasi che tale rischio potesse declinarsi diversamente a seconda dell'ambito, penale o amministrativo, in cui veniva in rilievo.

L'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali UE è stata evocata, unitamente all'art. 19, d.lgs. 286/98 e all'art. 3 CEDU, in un'altra decisione della Suprema Corte. Infatti, Cass. civ. sez. I, ord. 21715/2022, pubblicata l'8.7.2022, ha cassato con rinvio un provvedimento del Giudice di pace di Torino, che aveva rigettato il ricorso, proposto da un cittadino iracheno di origine curda avverso la sua espulsione, sul presupposto che costui:

1. fosse gravato da numerosi precedenti penali;

2. si fosse visto rigettare la domanda di protezione internazionale tipica (gli venne solo riconosciuta la protezione umanitaria);
3. si fosse visto rigettare la domanda di rinnovo di tale permesso di soggiorno;
4. avesse dichiarato, in sede di intervista amministrativa in occasione dell'espulsione, di non intendere chiedere ulteriormente la protezione internazionale.

A fronte di tali considerazioni, il Giudice di pace aveva ritenuto palesemente infondato il motivo di gravame relativo all'invocata inespellibilità per violazione delle disposizioni sopra indicate, senza procedere ad alcun approfondimento officioso. Osserva, invece, la Corte, in continuità con precedenti arresti, come l'istituto del divieto di espulsione o respingimento impone al Giudice di pace, in sede di opposizione alla misura ablativa, di esaminare e pronunciarsi sul concreto pericolo prospettato dall'opponente, in quanto la norma di protezione introduce una misura umanitaria a carattere negativo, che conferisce al beneficiario il diritto a non vedersi nuovamente immesso in un contesto di elevato rischio personale, qualora tale condizione venga positivamente accertata dal giudice. Il giudice del merito ha quindi violato l'obbligo di cooperazione istruttoria cui lo stesso Giudice di pace è tenuto, al pari del giudice della protezione internazionale.

Espulsione in pendenza della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi umanitari

Avverso un'ordinanza del Giudice di pace di Palermo, con cui era stato respinto un ricorso contro un decreto espulsivo prefettizio in considerazione del fatto che, secondo l'Amministrazione, la Commissione per il riconoscimento della protezione internazionale aveva espresso parere negativo sulla domanda di rinnovo del titolo di soggiorno già rilasciato per motivi umanitari, proponeva ricorso per Cassazione l'interessato, lamentando l'omesso esame di un fatto decisivo e discusso tra le parti consistente nella pendenza del procedimento di rinnovo della protezione atipica, atteso che nessuna decisione era ancora stata adottata dalla competente questura. La Cass. civ. sez. I, con ord. 20930/2022, pubblicata il 30.5.2022, ribadisce il principio di diritto secondo cui non può essere disposta l'espulsione ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. b), d.lgs. 286/98 in pendenza del procedimento di valutazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno, opportunamente richiamando il noto arresto delle Sezioni unite 7892/2002, secondo cui la spontanea presentazione di una richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, oltre il termine di sessanta giorni dalla sua scadenza, non consente l'espulsione automatica dello straniero che potrà essere disposta solo se la domanda venga respinta per la mancanza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti previsti dalla legge.

Rilevanza dei legami familiari e sociali dell'espellendo in Italia (temperamento della potestà espulsiva)

È errata l'affermazione del Giudice di pace – posta a fondamento dell'ordinanza di rigetto dell'opposizione a decreto espulsivo – secondo cui la ricorrenza delle ipotesi di ingresso e soggiorno illegale comporta l'emissione del decreto di espulsione con carattere di automaticità, con esclusione di qualsiasi valutazione di merito, pur in presenza di legami familiari e sociali allegati dal ricorrente.

Invero, com'è noto, l'art. 13, co. 2-*bis*, d.lgs. 286/98, impone all'autorità prefettizia prima, ed eventualmente al giudice dopo, di bilanciare l'interesse pubblico all'espulsione dello straniero irregolare con i legami familiari e sociali sussistenti in Italia, in coerenza con la direttiva 115/2008/CE e con la previsione dell'art. 8 CEDU e della relativa giurisprudenza. In tal senso Cass. civ. sez. I, ord. 24259/2022, pubblicata in data 4.8.2022.

Causa di forza maggiore

Sia l'art. 13, co. 2, lett. b), d.lgs. 286/98 che l'art. 1, co. 3, l. 68/2007 sanzionano con l'espulsione amministrativa lo straniero che omette di richiedere il permesso di soggiorno, ovvero di effettuare la dichiarazione di presenza, nel termine di legge. Salvi i casi di forza maggiore. La Cass. civ. sez. I, con ord. 21254/2022, pubblicata il 5.7.2022, affronta la questione se l'insorgenza della pandemia da COVID-19, e le conseguenti restrizioni, possano valere come causa di giustificazione del ritardo negli adempimenti previsti dalle norme citate. La Corte osserva che il Giudice di pace di Udine ha affrontato il tema, sostenendo che le restrizioni dettate dall'emergenza pandemica erano iniziate il 9.3.2020, successivamente alla scadenza del termine per l'adempimento in questione. La Cassazione si sofferma inoltre sulla questione della rilevanza della forza maggiore, precisando che la violazione del dettato normativo, che impone di richiedere il permesso di soggiorno nel termine di otto giorni dall'ingresso in Italia, si può escludere solo nel caso in cui il giudice ritenga detta condotta determinata da un fatto oggettivo, ostativo in modo assoluto, perché non riconducibile alla volontà del soggetto entrato in territorio italiano e che ivi si sia trattenuto per un certo periodo di tempo. Circostanza, questa, esclusa dal giudice del merito.

Espulsioni per motivi di pericolosità sociale: insufficienza dei precedenti penali

Per apprezzare adeguatamente la decisione in commento – Cass. civ. sez. I, ord. 23423/2022, pubblicata il 27.7.2022 – conviene riassumere brevemente il fatto oggetto del giudizio di merito. Un cittadino egiziano è attinto da espulsione *ex art. 13, co. 2, lett. c)*, d.lgs. 286/98, a causa di una condanna penale ad anni 3 e mesi 4 di reclusione per i reati di resistenza a pubblico ufficiale e violenza sessuale comminata dal Tribunale di Milano, successivamente riformata in appello nella misura di anni due di reclusione.

Lamenta il ricorrente che né l'autorità prefettizia né il Giudice di pace abbiano considerato che, in sede di appello, era stata riconosciuta allo straniero l'attenuante del fatto di minore gravità per il delitto di violenza sessuale, con la concessione della sospensione condizionale della pena e della

non menzione, revocando le sanzioni accessorie e l'espulsione giudiziale. Inoltre, evidenzia che l'interessato era giunto in Italia molti anni addietro quando era minorenne, a seguito di ricongiungimento familiare con i genitori, sicché il Giudice di pace avrebbe omesso una valutazione complessiva della sua personalità, ancorando la decisione esclusivamente sulla base del titolo di reato, considerando per ciò solo il ricorrente appartenente a una delle categorie di persone pericolose.

La Corte, cassando con rinvio la decisione, richiama i consolidati principi espressi in materia ed evidenzia come il giudizio circa l'appartenenza dello straniero ad una delle categorie di persone pericolose, delineate nel d.lgs. 159/2011, non può limitarsi alla valutazione dei suoi precedenti penali, ma deve compiersi in base ad un accertamento oggettivo non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni, estendendo il giudizio anche all'esame complessivo della personalità dello straniero, desunta dalla sua condotta di vita e dalle manifestazioni sociali nelle quali quest'ultima si articola, verificando in concreto l'attualità della pericolosità sociale.

In termini analoghi, si legga Cass. civ. sez. lavoro, ord. 22776/2022, pubblicata il 20.7.2022. Nel caso in esame rilevavano condanne penali per fatti commessi in ambito familiare e la Corte, dopo avere richiamato i principi consolidati sopra esposti, precisa che la rilevanza dei legami familiari non va intesa ai sensi dell'art. 13, co. 2-*bis*, d.lgs. 286/98 – che fa riferimento solo alle ipotesi di espulsione per ingresso e soggiorno illegale, e non anche alle ipotesi di pericolosità sociale – bensì, nel caso di specie, con riferimento all'art. 19, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98, essendo il ricorrente convivente con il fratello cittadino italiano.

Domanda di emersione presentata successivamente all'adozione di decreto espulsivo

Quali sono gli effetti della domanda di emersione di cui all'art. 103, d.l. 34/2020 sul pregresso decreto espulsivo?

Assume il ricorrente che l'adozione del provvedimento prefettizio di espulsione, ancorché cronologicamente anteriore alla domanda di emersione, sarebbe incompatibile con la specifica disciplina di cui all'art. 103, co. 17, d.l. cit. Effettivamente tale disposizione prevede che *«nelle more della definizione dei procedimenti di cui al presente articolo, lo straniero non può essere espulso, se non nei casi previsti al comma 10»* (ipotesi di espulsione per motivi di pericolosità sociale, non ricorrenti nel caso di specie). Di qui il vizio dell'ordinanza impugnata per *per error in iudicando*. La Cass. civ. sez. I, con ord. 23878/2022, pubblicata in data 1.8.2022, afferma correttamente che, in assenza di una specifica disposizione di legge che consenta di fare retroagire gli effetti della domanda di emersione rispetto all'adozione del decreto espulsivo, il Giudice di pace non avrebbe potuto dichiarare illegittimo il decreto prefettizio sulla base di un fatto sopravvenuto rispetto alla sua emissione, atteso che la valutazione che è richiesta al giudice – ai sensi dell'art. 18, d.lgs. 150/2011 – deve essere effettuata con riferimento alla situazione di fatto esistente al

momento dell'adozione del provvedimento impugnato. Il comma 17 dell'art. 103, d.l. 34/2020 impedisce non solo l'adozione di un decreto espulsivo in pendenza di domanda di emersione, ma pure la sua esecuzione, sicché qualora la domanda di emersione sia stata presentata successivamente all'emissione dell'espulsione, questa non potrà essere eseguita fino all'esito dell'istanza, ma per ciò solo l'espulsione non può essere ritenuta illegittima.

Sospensione della potestà espulsiva in pendenza del giudizio di appello avverso il rigetto della domanda di protezione internazionale

Cass. civ. sez. I, ord. 22967/2022, pubblicata il 22.7.2022, precisa che se il giudizio sulla protezione internazionale è iniziato prima dell'entrata in vigore dell'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008 (introdotto dall'art. 6, co. 1, lett. g), del d.l. n. 13 del 2017, conv. con modif. in l. n. 46 del 2017) continua a sussistere la sospensione automatica dell'espulsione fino alla decisione definitiva del procedimento, diversamente dai giudizi proposti in epoca successiva alla novella del 2017 che, com'è noto, ha abrogato il doppio grado del giudizio di merito in materia di protezione internazionale.

Questioni procedurali

Legittimazione passiva

La stessa Cass. civ. sez. I, ord. 22967/2022, pubblicata il 22.7.2022, in ossequio al consolidato indirizzo giurisprudenziale, ha ribadito che il ricorso per Cassazione avverso il provvedimento emesso all'esito del giudizio di opposizione al decreto prefettizio di espulsione dello straniero, va proposto nei confronti dell'autorità che ha emanato il decreto impugnato e notificato presso di essa, sicché, nel caso in cui detto ricorso sia notificato all'Avvocatura dello Stato, senza che nella precedente fase di merito quest'ultima abbia assunto il patrocinio dell'ufficio del prefetto, la notificazione è da ritenersi nulla, ma rinnovabile, ai sensi dell'art. 291 cod. proc. civ. (Cass. nn. 12665/19, 28552/05).

Mancata comparizione di parte ricorrente nel giudizio di opposizione all'espulsione

Secondo Cass. civ. sez. I, ord. 23465/2022, pubblicata il 27.7.2022, nel procedimento di opposizione al provvedimento prefettizio di espulsione di cui all'art. 13, d.lgs. 286/1999, alla mancata comparizione della parte istante non può collegarsi alcuna conseguenza sanzionatoria sul piano processuale, atteso che il giudizio – concernente il diritto di libertà della persona ed assoggettato, ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 150 del 2011, ad un rito caratterizzato da particolare concentrazione e speditezza – pur essendo instaurato su istanza di parte è governato, nel suo svolgimento, dall'impulso d'ufficio; pertanto, il giudice adito, verificata la ritualità degli atti finalizzati a consentire la comparizione della parte, deve comunque pronunciarsi sul merito dell'impugnativa proposta.

Competenza a decidere le controversie relative alla legittimità dei decreti di respingimento differiti

Permangono dubbi su quale sia l'autorità giudiziaria ordinaria competente a decidere sui decreti di respingimento disposti dal questore ai sensi dell'art. 10, co. 2, d.lgs. 286/98, com'è dimostrato da un provvedimento del Giudice di pace di Roma che aveva declinato la sua competenza in favore del tribunale ordinario.

La soluzione è offerta con chiarezza da Cass. civ. sez. I, ord. 26417/2022, pubblicata in data 8.9.2022, che ha individuato nel Giudice di pace l'autorità giudiziaria competente. Osserva la Corte che, l'art. 5-*bis*, co. 1 lett. a) del d.l. 4 ottobre 2018 n. 113, convertito con modificazioni nella legge n. 132/2018, ha introdotto nell'art. 10 del d.lgs. n. 286/98, il comma 2-*bis* che dispone quanto segue: «*al provvedimento di respingimento di cui al comma 2 si applicano le procedure di convalida e le disposizioni previste dall'art. 13, commi 5-bis, 5-ter, 1 e 8*». Ebbene, è proprio l'art. 13, co. 8, d.lgs. n. 286/98 che, nel disciplinare il procedimento di impugnazione dei decreti prefettizi di espulsione amministrativa, prescrive che dette controversie sono disciplinate dall'art. 18, d.lgs. 150/2011 che, a sua volta, indica la competenza del Giudice di pace. Pertanto, a seguito della novella del 2018, il Giudice di pace è competente a conoscere le controversie contro i decreti di respingimento differito di cui all'art. 10, co. 2, d.lgs. 286/98, esattamente come per le espulsioni disposte dal prefetto.

Motivazione apparente

Viene all'attenzione della Suprema Corte l'ordinanza del Giudice di pace di Udine, reiettiva di un ricorso in cui si lamentava la violazione dell'art. 13, co. 2-*bis*, d.lgs. 286/98 relativo all'obbligo di tenere conto, nell'adottare un provvedimento di espulsione della natura ed effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno in Italia, nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali nel suo Paese di origine. A fronte di allegazioni prodotte da parte ricorrente, relative alla durata quindicennale del soggiorno in Italia, alle plurime attività lavorative e alla presenza di moglie e figli, il Giudice di pace respingeva il ricorso con la seguente motivazione: «il ricorrente non ha allegato alcuna situazione di vulnerabilità o concreti elementi di integrazione in Italia. In particolare la qualità di padre e la convivenza non integrano condizioni di vulnerabilità». La Cass. civ. sez. I, con ord. 24189/2022, pubblicata il 4.8.2022 accoglie il ricorso in quanto l'ordinanza impugnata non contiene alcuna effettiva illustrazione delle ragioni che hanno determinato il rigetto della domanda e la conferma del decreto di espulsione, alla luce delle circostanze allegate dal ricorrente e di cui la legge imponeva al giudice di tenere debito conto.

Patrocinio a spese dello Stato

Il difensore di un cittadino di Paese terzo in un giudizio di opposizione all'espulsione faceva richiesta di liquidazione dei propri compensi. Il Giudice di pace di Bari dichiarava inammissibile la richiesta perché tardiva, sul presupposto che fosse applicabile l'istituto della prescrizione presuntiva. Il Tribunale di Bari, pur ritenendo ammissibile la richiesta, la rigettava sul presupposto della carenza in atti dell'istanza di ammissione al beneficio del patrocinio pubblico al competente Consiglio dell'Ordine degli Avvocati. Cass. civ. sez. VI, ord. 2513/2022, pubblicata il 23.8.2022, cassava con rinvio la decisione gravata, poiché il legislatore fin dall'emanazione del TU 286/98 ha previsto l'ammissione automatica al beneficio del patrocinio a spese dello Stato in questa materia, scelta ritenuta conforme a Costituzione (Corte cost. n. 439/2004). Inoltre, tale regime normativo è stato confermato dall'art. 142, d.p.r. 115/2002 e dall'art. 18, co. 4, d.lgs. 150/2011. Negli stessi termini Cass. civ. sez. VI, ord. 24102/2022, pubblicata il 3.8.2022.

Anche Cass. civ. sez. VI ord. 21907, pubblicata l'11.7.2022 affronta un tema analogo: il Tribunale di Potenza dichiarava inammissibile il ricorso avverso l'ordinanza del Giudice di pace di Potenza, che aveva dichiarato l'inammissibilità della richiesta di liquidazione dei compensi del difensore a seguito di opposizione all'espulsione di uno straniero, per difetto di presentazione dell'istanza di ammissione al beneficio. Secondo il Tribunale, che pur avrebbe ritenuto ammissibile il ricorso stante l'ammissibilità automatica al beneficio, lo dichiarava inammissibile in quanto l'ordinanza del Giudice di pace si sostanzialmente nel rigetto dell'istanza di liquidazione dei compensi, la quale avrebbe dovuto essere impugnata non dalla parte ma dal difensore stesso. A giudizio della Corte di cassazione la decisione del Tribunale è affetta da motivazione intrinsecamente contraddittoria perché, dopo avere riscontrato l'erroneità della declaratoria d'inammissibilità da parte del Giudice di pace ritiene, con un salto logico, inammissibile il ricorso in opposizione sul presupposto che a dolersi dovesse essere il difensore della parte, trascurando, in tal modo, che un'istanza di liquidazione non avrebbe potuto avere seguito fin quando non fosse stata rimossa la formale declaratoria di inammissibilità della richiesta di ammissione al patrocinio (ancorché nella sostanza reputata superflua in ragione dell'affermata regola di automaticità del beneficio stesso).

TRATTENIMENTO

Motivazione

La Corte di cassazione (ordinanza sez. I civ. 6.6.2022 n. 18117; ordinanza sez. I civ. 3.8.2022 n. 24076) ha ribadito la necessità di una idonea motivazione del provvedimento di convalida o di proroga del trattenimento, precisando che la motivazione *per relationem*, cioè con rinvio alle informative dell'autorità di polizia, è ammissibile solo in quanto riproduca il contenuto dei documenti cui fa riferimento e indichi la condivisione da parte del decidente; in mancanza di tali elementi, la motivazione è apparente e il provvedimento nullo.

La proroga decisa con provvedimento consistente solo nell'espressione «si proroga» e corredato di una nota motivazionale aggiuntiva, in parte prestampata, che rinvia al contenuto di altro provvedimento neppure trascritto, si pone «ampiamente al di sotto del minimo costituzionale» ed è pertanto nulla (Cass., ordinanza sez. I civ. 13.6.2022 n. 18936). In senso analogo Cass. ordinanza sez. I civ. 22.7.2022 n. 22969.

Del pari immotivato e quindi nullo è il provvedimento di convalida che non tiene conto delle allegazioni del ricorrente, risultanti dal verbale di udienza e debitamente trascritte nel ricorso per Cassazione, circa l'insussistenza di una ragionevole prospettiva di allontanamento dal territorio nazionale o l'esistenza di ragioni di inespellibilità e di rischio in caso di rimpatrio, limitandosi ad affermarne, in maniera apodittica e laconica, l'inconferenza (Cass. ordinanza sez. I civ. 13.6.2022 n. 18939; Cass., ordinanza sez. I civ. 1.8.2022 n. 23862; Cass., ordinanza sez. I civ. 13.6.2022 n. 18937). In quest'ultima decisione la Corte, nel trattare congiuntamente anche il ricorso proposto avverso il successivo decreto di proroga del trattenimento, ha affermato che «l'intervenuta cassazione del provvedimento di convalida del trattenimento, che costituisce l'antecedente logico giuridico di quello oggetto del secondo ricorso, comporta il venir meno del presupposto del successivo provvedimento con cui è stata disposta la proroga del trattenimento, non potendosi ipotizzare alcuna proroga di un trattenimento fondato su un titolo ormai privo di efficacia, per cui anche il secondo provvedimento impugnato va cassato».

È invece legittimo il decreto di convalida del trattenimento che nella motivazione richiami un precedente provvedimento di altra autorità giudiziaria (nel caso in esame, del Tribunale di sorveglianza) che abbia già esaminato quanto allegato dalla parte, in difetto di nuova allegazione (Cass., ordinanza sez. I civ. 28.6.2022 n. 20657). Nella stessa ordinanza la Corte afferma la legittimità della motivazione del «provvedimento giudiziale di convalida che individua la specifica situazione transitoria ostativa al rimpatrio o all'allontanamento mediante il richiamo *per relationem* all'istanza di proroga della questura che, in quanto atto propulsivo del procedimento giurisdizionale, risulta agevolmente conoscibile dalla parte e dal suo difensore», e dichiara inammissibile il ricorso nel quale il cittadino straniero trattenuto si era limitato a «eccepire la mancata individuazione analitica nella motivazione del provvedimento impugnato di una ragione ostativa al rimpatrio che giustificasse la proroga del trattenimento», senza spiegare «perché la mera circostanza allegata dell'essere padre di figli minorenni nati in Italia fosse decisiva e costituisse causa di inespellibilità».

È apparente, perché non consente di comprendere le ragioni della decisione, la motivazione del decreto di convalida del trattenimento consistente nella crocettatura di una casella nel modulo prestampato e in una sbrigativa indicazione non rispondente alle deduzioni difensive, incentrate

sulla sussistenza del pericolo di fuga e sulla proporzionalità della misura privativa della libertà personale (Cass., ordinanza sez. L 20.7.2022 n. 22775).

Doppia tutela

La Corte di cassazione ha ribadito il proprio costante orientamento sulla così detta doppia tutela, secondo cui «in materia di immigrazione, il giudice, in sede di convalida del decreto del questore di trattenimento dello straniero raggiunto da un provvedimento di espulsione, pur non potendo sindacare la legittimità di quest'ultimo, è comunque tenuto – alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 14 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in relazione all'art. 5, par. 1, della CEDU (che consente la detenzione di una persona, a fini di espulsione, a condizione che la procedura sia regolare) – a rilevare incidentalmente, ai fini della decisione di sua spettanza, la manifesta illegittimità, consistente nell'aver l'Amministrazione agito al di fuori della propria competenza ovvero in mala fede» (Cass., ordinanza sez. I civ. 1.8.2022 n. 23856).

In applicazione di tale principio la Corte ha ribadito altresì che «le regole sull'esecuzione dell'espulsione amministrativa dello straniero, dettate dal d.lgs. n. 286 del 1998, art. 13, co. 5, nel testo modificato dal d.l. n. 89 del 2011, conv. in l. n. 129 del 2011, non hanno alcuna incidenza sulla legittimità del decreto prefettizio di espulsione atteso che eventuali difformità attinenti all'esecuzione rilevano in sede di sindacato della convalida dell'accompagnamento o del trattenimento non legittimi, ma non in ordine al parametro alla stregua del quale deve essere valutata la legittimità del decreto di espulsione, desumibile unicamente del medesimo d.lgs. n. 286 del 1998, art. 13, comma 2» (Cass., ordinanza sez. I civ. 2.8.2022 n. 23971).

La Corte ha escluso la manifesta illegittimità del decreto di espulsione, presupposto dell'ordine di trattenimento la cui convalida era stata impugnata osservando che il cittadino straniero era stato trattenuto «di fatto» su una così detta nave quarantena, con limitazione della libertà di circolazione individuale, prima del decreto di respingimento e del conseguente ordine di trattenimento; la Corte ha ritenuto che tale limitazione della libertà non comportasse un trattenimento soggetto alle garanzie dell'art. 13 Cost. (Cass., ordinanza sez. I civ. 6.6.2022 n. 18613).

Il giudice investito della richiesta di convalida del trattenimento deve verificare l'esistenza e l'efficacia, nonché la non manifesta illegittimità, dell'atto presupposto (decreto di espulsione o di respingimento). La sospensione, ancorché indebita, del decreto di espulsione ne fa venir meno l'efficacia esecutiva e impedisce quindi la convalida o la proroga del trattenimento (Cass., ordinanza sez. I civ. 13.6.2022 n. 18935, nel solco di consolidato orientamento di legittimità). Qualora la sospensione della potestà espulsiva sia prevista dalla legge, come nel caso della procedura di emersione («sanatoria») prevista dall'art. 103 del d.l. 34/2020, è onere della parte allegare e provare la propria condizione di lavoratore e la sussistenza dei presupposti di applicazione della norma (Cass., ordinanza sez. I civ. 13.6.2022 n. 18934).

Quando l'espulsione sia stata disposta in base ad altro atto amministrativo (di rifiuto, revoca o annullamento del permesso di soggiorno) oggetto di separata impugnazione, la sola pendenza di tale giudizio dinanzi al giudice amministrativo non comporta la sospensione del procedimento di convalida dinanzi al giudice ordinario, né la possibilità per quest'ultimo di disapplicare l'atto amministrativo presupposto. Il giudice della convalida, tuttavia, deve valutare «la possibilità di applicare misure meno restrittive del trattenimento e l'esistenza del concreto pericolo di fuga della straniera, in relazione al giudizio di proporzionalità della misura adottata» (Cass., ordinanza sez. I civ. 3.8.2022 n. 24098).

Pericolo di fuga

L'ordinanza n. 24098/2022 testé citata esprime il principio, di derivazione europea, secondo cui il giudice della convalida deve procedere a un «giudizio di proporzionalità della misura adottata, valutando se possa essere applicata una misura meno coercitiva alla luce di tutte le circostanze di fatto che caratterizzano la situazione del cittadino interessato, tenendo conto a tal fine anche del rischio di fuga e della mancanza di documenti di identità»; sicché, quando la persona espulsa e destinataria di un ordine di trattenimento o di misure a questo alternative sia in possesso di valido passaporto e presenti gli altri requisiti per essere ammessa a forme meno afflittive di esecuzione dell'espulsione, il giudice deve rendere una motivazione anche «sulle ragioni di un pericolo di fuga della straniera e senza alcuna specificazione in ordine alla proporzionalità della misura privativa della sua libertà personale» (Cass., ordinanza sez. L 20.7.2022 n. 22775).

Proroga

La motivazione del decreto di proroga del trattenimento che indichi la necessità di identificare con sicurezza la persona espulsa, con riferimento alle motivazioni della questura, «comporta che sia stata altresì valutata e condivisa, in sede giurisdizionale, anche la posizione non inerziale di quest'ultima nei tentativi di identificazione, quale ulteriore elemento di legittimità della proroga accordata»; così Cass., ordinanza sez. I civ. 30.5.2022 n. 17422.

La Corte di cassazione (ordinanza sez. I civ. 7.7.2022 n. 21612; ordinanza sez. L 12.7.2022 n. 21995; ordinanza sez. I civ. 27.7.2022 n. 23515; ordinanza sez. I civ. 3.8.2022 n. 24115; ordinanza sez. VI civ. 21.9.2022 n. 27627) ha ribadito la necessità, per la seconda proroga del trattenimento e le successive, della sussistenza di elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione dello straniero trattenuto, ovvero della verifica che il mantenimento della misura sia necessario al fine di organizzare le operazioni di rimpatrio, circostanze non previste ai fini della prima proroga.

Nella citata ordinanza n. 21612, la Corte ha affermato che la proroga del trattenimento può essere disposta per ragioni differenti da quelle dedotte a fondamento della convalida del trattenimento.

La necessità, imposta dagli accordi vigenti con il Paese di destinazione, di sottoporre il cittadino straniero espulso al tampone nasofaringeo nelle 72 ore anteriori all'ingresso in tale Paese, e il rifiuto della persona di sottoporsi al tampone, costituiscono valide ragioni di temporanea impossibilità di procedere al rimpatrio e giustificano quindi la proroga del trattenimento (Cass., ordinanza sez. I civ. 27.7.2022 n. 23498).

Quarantena

La sottoposizione del cittadino straniero alla quarantena precauzionale, a norma dell'art. 1, lett d), d.l. n. 19/20, dal momento dell'ingresso nel territorio italiano e per la durata di quattordici giorni, non costituisce una limitazione della libertà personale, bensì una limitazione della libertà di circolazione; essa non ricade pertanto nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., e non è quindi rilevante ai fini della valutazione di legittimità dell'ordine di trattenimento e della sua convalida (anche in relazione alla tempestività): così Cass., ordinanza sez. I civ. 7.7.2022 n. 21612, Cass., ordinanza sez. I civ. 8.7.2022 n. 21715.

Garanzie procedurali

Traduzione

Il decreto di espulsione e l'ordine di trattenimento, come tutti gli altri atti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, devono essere portati a conoscenza del destinatario, e l'autorità procedente deve apprestare una traduzione al fine di rendere comprensibile alla parte il significato di tali atti. Tale obbligo di traduzione non è però assoluto ma va calato «nella specifica situazione di conoscenza della lingua in cui detti atti vengono assunti»: nel caso esaminato dall'ordinanza sez. I civ. 14.9.2022 n. 27135, la Corte di cassazione ha rilevato che la comprensione della lingua italiana da parte della ricorrente si desumeva dagli atti, in particolare dalla relata di notifica delle misure alternative al trattenimento in cui si dava conto che era stata concordata una modifica dell'orario dell'obbligo di presentazione, con ciò venendo meno la necessità della traduzione e quindi escludendo la violazione del relativo obbligo.

Partecipazione della parte all'udienza

La Corte di cassazione ha ribadito ancora una volta che «al procedimento giurisdizionale di decisione sulla proroga del trattenimento dello straniero nel Centro di identificazione ed espulsione si applicano le stesse garanzie del contraddittorio, consistenti nella partecipazione necessaria del difensore e nell'audizione dell'interessato, previste dall'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998, per il procedimento di convalida della prima frazione temporale del trattenimento, senza che sia necessaria una richiesta dell'interessato di essere sentito» e ha pertanto dichiarato la nullità

assoluta del provvedimento di proroga adottato all'esito di udienza cui non era stato condotto il cittadino straniero (Cass., ordinanza sez. I civ. 6.6.2022 n. 18120).

Interesse a impugnare

La Corte di cassazione ha ribadito (ordinanza sez. I civ. 27.7.2022 n. 23498; ordinanza sez. I civ. 28.6.2022 n. 20657; ordinanza sez. I civ. 6.6.2022 n. 18128) che persiste un interesse attuale del ricorrente ad impugnare il provvedimento di convalida di proroga del trattenimento in CPR, al fine del suo annullamento, anche qualora successivamente egli sia stato rimpatriato nel Paese d'origine o qualora l'ordine di trattenimento sia stato revocato dal questore o il trattenimento sia comunque cessato. Secondo un orientamento consolidato, infatti, «il cittadino straniero ha l'interesse ad ottenere l'annullamento del decreto di convalida del trattenimento seguito a provvedimento espulsivo revocato in autotutela dall'autorità procedente, sia per il diritto al risarcimento derivante dall'illegittima privazione della libertà personale, sia al fine di eliminare ogni impedimento illegittimo al riconoscimento della sussistenza delle condizioni di rientro e soggiorno nel territorio italiano».

Legittimazione passiva

Il ricorso per la cassazione del decreto di proroga del trattenimento deve essere notificato al Ministero dell'interno presso l'Avvocatura generale dello Stato in Roma; la notifica effettuata presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato è nulla e può essere rinnovata ai sensi dell'art. 291 c.p.c.; qualora essa non venga rinnovata entro il termine dato, il ricorso è inammissibile (Cass., ordinanza sez. I civ. 28.6.2022 n. 20650).

Trattenimento del richiedente asilo art. 6, d.lgs. 142/2015

Competenza

La Corte di cassazione ha ribadito (ordinanza sez. I civ. 6.6.2022 n. 18067) che la competenza funzionale a decidere sulla convalida del trattenimento di persona straniera che abbia la qualità di richiedente protezione internazionale spetta al Tribunale e non al Giudice di pace.

Presupposti del trattenimento

Il Tribunale chiamato a convalidare il trattenimento del richiedente asilo, disposto ai sensi dell'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015 nei confronti di persona già trattenuta ai sensi dell'art. 14 d.lgs. 286/1998 che abbia presentato domanda considerata strumentale, deve anche esaminare e rilevare incidentalmente, per la decisione di sua competenza, la manifesta illegittimità del provvedimento espulsivo o di respingimento differito, che può consistere anche nella situazione di inespellibilità dello straniero. Il carattere strumentale della domanda deve emergere *prima facie*, in quanto la fondatezza della domanda di protezione internazionale resta soggetta all'autonomo

giudizio della Commissione territoriale, in sede amministrativa, e del giudice, in sede giurisdizionale di impugnazione del provvedimento della Commissione (Cass., ordinanza sez. I civ. 6.6.2022 n. 18128).

Il giudice investito della convalida del trattenimento del richiedente asilo, nel valutare la strumentalità della domanda di protezione internazionale ai fini dell'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015, deve rendere idonea motivazione, in difetto della quale il provvedimento di convalida del trattenimento è nullo (Cass., ordinanza sez. I civ. 1.8.2022 n. 23806).

Il carattere strumentale della domanda è stato escluso, nel giudizio di merito, nel caso di un cittadino straniero presente sul territorio italiano da appena due mesi (tempo che ragionevolmente può avergli impedito di presentare domanda di protezione internazionale prima del trattenimento), le cui dichiarazioni circa le ragioni di abbandono del Paese di origine il Tribunale ha ritenuto astrattamente riconducibili alla protezione internazionale, per come risulta dalle fonti consultate e con riferimento alla sua specifica situazione personale anche di vulnerabilità psicologica (Trib. Roma 3.8.2022, R.G. 51744/2022).

Qualora il cittadino straniero, già trattenuto ai sensi dell'art. 14 d.lgs. 286/1998, presenti domanda di protezione internazionale e nei suoi confronti venga disposto il trattenimento ai sensi dell'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015, i termini del trattenimento previsti dall'art. 14 d.lgs. 286/1998 sono sospesi; la sospensione cessa e detti termini riprendono a decorrere quando il cittadino straniero perde la qualità di richiedente asilo, perché la domanda è stata rigettata con provvedimento non più impugnabile o perché l'istante vi ha rinunciato. In tal caso, non è necessaria una nuova convalida del trattenimento, perché si ripristina il trattenimento i cui termini erano stati sospesi (Cass., ordinanza I sez. civ. 1.8.2022 n. 23897).

La Corte di cassazione, con ord. sez. I civ. 28.6.2022 n. 20656 e con ord. sez. I civ. 1.6.2022 n. 17834, torna sul rapporto tra procedure accelerate di esame della domanda di protezione internazionale e trattenimento, già oggetto della sentenza sez. I civ. 3.2.2021 n. 2457 e della successiva ordinanza sez. I civile 31.5.2022 n. 17596(entrambe nelle precedenti edizioni di questa *Rassegna*). In particolare la Corte si è soffermata sul problema esegetico derivante dalla compresenza di due norme apparentemente contrastanti, che disciplinano la durata del nuovo trattenimento disposto nei confronti del richiedente asilo, già trattenuto in un CPR, in attesa dell'esecuzione dell'espulsione: l'art. 6, co. 5, ultimo periodo, del d.lgs. 142/2015, secondo cui la convalida del trattenimento (essendo i termini del trattenimento già in corso, ai sensi dell'art. 14, co. 5, d. lgs. 286/1998, sospesi) viene disposta dal Tribunale «per un periodo massimo di ulteriori sessanta giorni, per consentire l'espletamento della procedura di esame della domanda», e il

comma 6, primo periodo, dello stesso articolo, a mente del quale: «il trattenimento o la proroga del trattenimento non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda ai sensi dell'articolo 28-bis, commi 1 e 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25...». La Corte afferma che il comma 6 prevede un ulteriore limite di durata, che si affianca a quello previsto dal comma 5, ma non prevale su di esso: in pratica il comma 6 prevede la decadenza del trattenimento *ex art. 6 d.lgs. 142/2015* (con ripresa dei termini del trattenimento *ex art. 14 d.lgs. 286/1998*, se questo era in corso al momento della presentazione della domanda di protezione internazionale) quando il procedimento di esame della domanda di protezione si conclude; la Corte quindi esclude invece che la violazione dei termini di durata della procedura (accelerata) di esame della domanda comporti la decadenza del trattenimento.

La violazione dei termini della procedura accelerata *ex art. 28-bis d.lgs. 25/2008* comporta, invece, la cessazione del trattenimento secondo alcune pronunce di merito (Trib. Roma 1.7.2022, R.G. 27496/2022).

Il principio (già affermato dalla sentenza sez. I, 3.2.2021 n. 2457, e dall'ord. sez. I civile 31.5.2022 n. 17596, entrambe in questa *Rassegna*), secondo cui la durata del trattenimento del cittadino straniero che abbia presentato la domanda di riconoscimento della protezione internazionale prima di essere trattenuto è di 30 giorni e non di 60, è stato correttamente applicato dal Tribunale di Roma (Trib. Roma 16.9.2022, R.G. 49409/2022).

Il momento in cui la persona richiedente asilo assume tale qualità ha una immediata ricaduta sulla legittimità del trattenimento, poiché il provvedimento che lo dispone deve essere trasmesso al Tribunale entro 48 ore e convalidato entro le 48 ore successive. Non appare condivisibile quanto sostenuto dal Tribunale di Roma (Trib. Roma 28.9.2022, R.G. 59379/2022) che, chiamato a convalidare il trattenimento di un cittadino straniero il quale aveva manifestato la volontà di chiedere la protezione internazionale ben sei giorni prima, in sede di convalida del trattenimento *ex art. 14, d.lgs. 286/1998* dinanzi al Giudice di pace, ha escluso che la richiesta di convalida del trattenimento, trasmessa ben oltre le 48 ore da tale manifestazione di volontà, fosse tardiva, in quanto il Giudice di pace non è un'autorità preposta a ricevere le domande di protezione internazionale, e la domanda era stata registrata dalla questura, autorità competente, alcuni giorni più tardi. La tesi non convince perché la qualità di richiedente asilo, che impone la convalida del trattenimento nei termini previsti dall'art. 6, d.lgs. 142/2015 e dall'art. 13 Cost., è attribuita dall'art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. 142/2015 non solo a chi abbia presentato domanda di protezione internazionale ma anche a chi abbia manifestato la volontà di chiedere tale protezione (sul punto si veda Cass., sentenza sez. I civ., 9.10.2020 n. 21910: «lo statuto protettivo previsto dall'ordinamento in favore del richiedente protezione si radica già nel momento precedente a quello

della formale presentazione della domanda di riconoscimento della invocata protezione internazionale innanzi alla Commissione territoriale e alla Sezione specializzata costituita nei Tribunali distrettuali, e cioè nel momento dell'effettiva manifestazione di volontà del richiedente asilo di avanzare la domanda protettiva sopra ricordata»).

DARIO BELLUCCIO

Ammissione e soggiorno

PERMESSO DI SOGGIORNO PER MOTIVI DI LAVORO

Questioni di legittimità costituzionale in materia di alcuni reati ostativi

Sono da segnalare, innanzitutto, due ordinanze del Consiglio di Stato sia perché particolarmente ampie e dense di considerazioni, sia perché in base ai potenziali esiti, in grado di assumere una significativa rilevanza nello sviluppo della normativa ovvero anche solo delle prassi in materia di rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno e di limiti imposti dal legislatore attraverso l'introduzione di reati ostativi.

Il Consiglio di Stato, con ordinanze n. 5171 del 23.6.2022 e n. 5492 dell'1.7.2022, dubita infatti della legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nei limiti in cui si dirà in seguito. I due provvedimenti hanno motivazione sostanzialmente eguale e sollevano l'incidente di costituzionalità in relazione ai medesimi parametri costituzionali.

In particolare, la prima ordinanza (n. 5171 del 23.6.2022) rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità della richiamata norma nella parte in cui prevede che il reato di cui all'art. 474 c.p. (*«introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi»*) sia automaticamente ostativo al rilascio ovvero al rinnovo del titolo di soggiorno; la seconda ordinanza (n. 5492 del 1.7.2022), invece, rinvia al Giudice delle leggi nella parte in cui l'art. 4, co. 3 TU immigrazione, richiamando tutti *«i reati inerenti gli stupefacenti»*, prevede che la fattispecie di cui all'art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990 sia anch'essa automaticamente ostativa al rilascio ovvero al rinnovo del titolo di soggiorno.

I parametri costituzionali entro i quali valutare la legittimità dell'art. 4, co. 3, d.lgs. 286/98 sono, a parere del Collegio, gli artt. 3 e 117, co. 1, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, con esclusivo riferimento alla *«protezione della vita privata»* essendo quella «familiare» tutelata *aliunde*).

In entrambe le fattispecie concrete esaminate i ricorrenti, cittadini stranieri titolari di permesso di soggiorno di cui hanno chiesto il rinnovo per motivi di lavoro, non hanno alcun legame familiare in Italia. Conseguentemente, dà atto il giudice, che il motivo ostativo – letteralmente previsto

come automatico – non potrebbe incorrere nelle limitazioni previste dall’art. 5, co. 5, d.lgs. 286/98, che impone all’Amministrazione di comparare, in termini di bilanciamento, l’interesse collettivo alla tutela della sicurezza pubblica con l’interesse alla vita familiare della persona non italiana e dei suoi congiunti, che trova tutela quale diritto fondamentale a partire dall’art. 8 Convenzione EDU (cfr. in tale senso anche Cons. St., n. 6699 del 2018). Non residuando all’Amministrazione alcun margine di valutazione discrezionale (eventualmente sindacabile dinanzi all’Autorità giurisdizionale in termini di ragionevolezza), non resterebbe che applicare in entrambi i casi l’automatismo di cui all’art. 4, co. 3, TU e, dunque, affermare l’impossibilità di continuare regolarmente il soggiorno in Italia poiché a carico di entrambi i cittadini stranieri gravano pregiudizi penali.

La giurisprudenza amministrativa, invero, in determinate ipotesi in cui era in valutazione la portata dell’art. 474 c.p., ha ritenuto che al giudice amministrativo residuasse comunque un potere di valutazione sulla pericolosità sociale «in concreto» del richiedente il rinnovo del titolo di soggiorno (cfr. ad esempio Cons. St., n. 4385/2016 e n. 1637 del 2014), così da potere prendere in considerazione, *inter alia*, la tenuità del fatto e l’incidenza della condotta della persona sul bene giuridico concretamente tutelato dalla norma.

Tale prospettiva non è tuttavia condivisa dai giudici remittenti innanzitutto in quanto sarebbe esclusa dalla lettera della legge e, in secondo luogo, in quanto la stessa Corte delle leggi ha escluso l’automatismo solo in ipotesi di rilevanza di pregressi legami familiari in Italia.

D’altra parte, pur essendoci, a dire del giudice remittente, un potenziale conflitto delle norme censurate anche con le norme del TFUE e, dunque, con la normativa unionale, poiché «all’ordinamento comunitario è precluso entrare nel merito della discrezionalità del legislatore nazionale in materia di sicurezza e ordine pubblico» non sarebbe ipotizzabile, nel caso specifico, la disapplicazione della norma interna e neppure la remissione della questione alla CGUE. Dunque, essendo le questioni ritenute non manifestamente infondate, l’unico rimedio è la remissione della questione di legittimità costituzionale.

Nelle ordinanze in commento sono affrontati, con particolare cura, i principi di proporzionalità e di ragionevolezza che qualsiasi norma deve rispettare allorché impone sacrifici o limitazioni delle libertà personali, in base alla giurisprudenza della CGUE e della Corte EDU.

A seguito di articolata analisi il Consiglio di Stato afferma, innanzitutto, che «L’art. 4, comma 3, del TU immigrazione è, quindi, il punto di equilibrio raggiunto dal legislatore per la protezione del bene della sicurezza pubblica di fronte al quale la libertà di soggiorno del singolo diviene recessiva»; ma l’analisi delle fattispecie ostative al rilascio/rinnovo del titolo di soggiorno contemplate dalla norma fa emergere «fattispecie criminose disomogenee tra loro in termini di condotta, di bene giuridico protetto, di limiti edittali di trattamento sanzionatorio e di allarme sociale» che, con particolare riferimento all’art. 474 c.p. e all’art. 73, co. 5, d.p.r. n. 309 del 1990,

fa dubitare del rispetto da parte della norma del 1998 dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, come pur interpretati dalla stessa Corte costituzionale.

Il Collegio rileva, in entrambe le ipotesi scrutinate, che il legislatore ha parificato, dal punto di vista della sanzione amministrativa, reati come l'omicidio volontario (punito, ai sensi dell'art. 575 c.p., con la reclusione non inferiore ad anni 21) e, da un lato, l'art. 474 c.p. (punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da euro 3.500 a euro 35.000) e, dall'altro, l'art. 73 co. 5 d.p.r. 309/90 (punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329).

Pur essendo consapevole che la Corte costituzionale ha, con particolare riferimento alla rilevanza in materia dell'art. 73, co. 5 d.p.r. 309/90, ritenuto che l'art. 4, co. 3, d.lgs. 286/98 sia legittimo, occorre tuttavia rivalutare, secondo il Consiglio di Stato, tale orientamento «avuto riguardo alla specificità della fattispecie e in considerazione soprattutto dell'evoluzione che la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale [n.d.r. richiamate nella pronuncia: sentenza n. 172/2012, ordinanza n. 97/2021, sentenza n. 55/2021] ha maturato negli ultimi anni in tema di proporzionalità della pena che possono applicarsi, in via più generale, alla proporzionalità delle sanzioni amministrative quale il provvedimento di espulsione che consegue al diniego del permesso di soggiorno ovvero alla revoca nel caso in questo sia stato già rilasciato».

Reddito del richiedente ed elementi sopravvenuti al provvedimento impugnato

Ai sensi dell'art. 22, co. 11, d.lgs. 286/98 la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo di revoca del permesso di soggiorno, il quale permane a seguito di iscrizione nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del titolo di soggiorno, e comunque per un periodo non inferiore ad un anno o a tutto il periodo di durata della prestazione di sostegno al reddito eventualmente percepita dal lavoratore straniero. Decorso tale periodo il cittadino straniero deve dimostrare il possesso di redditi non inferiori all'importo dell'assegno sociale, facendosi applicazione del requisito di cui all'art. 29, co. 3, lett. b), d.lgs. 286/98. Tale criterio, aveva già osservato la giurisprudenza amministrativa, è da ritenersi «orientativo di valutazione e non un parametro rigido la cui mancanza sia automaticamente ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, dovendosi tener conto delle varie circostanze che di fatto concorrono a consentire il sostentamento dell'immigrato» (Cons. St., sent. 4352/2016). Così, anche un reddito lievemente inferiore a quello indicato dalla norma non costituisce, *ex se*, motivo di rigetto dell'istanza volta all'ottenimento del titolo di soggiorno.

Il Consiglio Stato, sezione III, sentenza n. 6935 del 5.8.2022, riprendendo il precedente orientamento, ha tuttavia ulteriormente specificato che, in ipotesi di rilevante scostamento dal parametro reddituale di cui sopra, non è precluso al giudice valutare eventuali sopravvenienze reddituali emerse nell'anno successivo a quello formalmente oggetto di valutazione da parte della PA e, conseguentemente, rimettere la decisione in sede revisoria alla stessa PA. La pronuncia si

presenta degna di interesse anche perché sottolinea che, oltre che considerare circostanze sopravvenute (quali appunto il reddito maturato dalla persona straniera nel periodo successivo all'adozione del provvedimento impugnato), l'Amministrazione deve tenere conto di ulteriori elementi giustificativi dello scostamento del livello di reddito richiesto dalla norma quali, a titolo esemplificativo, l'avanzata età anagrafica del cittadino straniero e le connesse limitazioni all'attività lavorativa. Tanto consegue da una attenta ricostruzione, operata dal Consiglio di Stato, della trasformazione del processo amministrativo «da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata» (Ad. plen., 2011, n. 3, richiamata dalla sentenza in rassegna) e dunque dalla nuova natura e funzione assegnata conseguentemente al processo amministrativo «tanto più nelle ipotesi in cui oggetto del giudizio sono diritti fondamentali della persona umana che possono trovare tutela nel quadro di un idoneo bilanciamento con i valori essenziali della sicurezza e della sostenibilità dei flussi migratori».

Elementi sopravvenuti alla decisione amministrativa

Le considerazioni di cui sopra, in merito alla natura del giudizio amministrativo e all'incidenza degli elementi sopravvenuti alla decisione amministrativa, trovano conferma in ulteriori e differenti esempi.

Il Consiglio di Stato sembra evolvere nel senso di considerare rilevanti, a certi fini ed entro certi limiti, le sopravvenienze al procedimento amministrativo oramai concluso, proprio in considerazione della natura del processo amministrativo, che non può intendersi meramente impugnatorio dell'atto in quanto al centro della valutazione giudiziale devono porsi i diritti sostanziali e fondamentali della persona. Da tale ragionamento può conseguire, nonostante la piena legittimità dell'atto amministrativo impugnato, la necessità di una revisione della decisione sulla base di circostanze sorte nel corso del giudizio. In questo senso il Consiglio di Stato, sentenza n. 4467 dell'1.6.2022, ha ritenuto di rinviare alla PA la decisione sulla revoca del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato dovuta all'irrogazione di misura cautelare personale al cittadino straniero, ritenuta dunque la sua pericolosità sociale. Nelle more del procedimento, tuttavia, la parte era stata assolta con formula piena dalle imputazioni a lui ascritte e comunque il giudice penale aveva sottolineato «*il forte ridimensionamento di quanto denunciato*» e l'assenza di un quadro presuntivo di abituale delinquenza e il cittadino straniero aveva ottenuto un titolo di soggiorno provvisorio da parte del Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 31, co. 3, d.lgs. 286/98 e, poi, anche un titolo di soggiorno per protezione speciale che aveva valorizzato il suo radicamento sociale in Italia. Conseguentemente, anche se è vero che la valutazione discrezionale e ponderata di pericolosità sociale compiuta dall'Amministrazione «può basarsi anche su elementi e condotte non ancora necessariamente cristallizzate in un provvedimento di condanna, ma è

altresì vero che la sopravvenuta pronuncia di assoluzione, specie laddove essa intervenga, come è nel presente caso – OMISSIS –, con formula piena, impone una rieditazione della decisione amministrativa alla luce di un quadro che risulta ormai completamente diverso in punto di fatto e di diritto, quadro che impatta in maniera decisiva sulla situazione giuridica dell'appellante».

Successivamente il Consiglio di Stato, sentenza n. 8387 del 29.9.2022, pur confermando i precedenti su citati, evidentemente a fronte di una fattispecie concreta in parte differente, ha ulteriormente affinato i concetti su cui sta intervenendo. E con riferimento al rigetto dell'istanza di rinnovo di permesso di soggiorno per motivi di lavoro a seguito di condanna ai sensi dell'art. 629 c.p. (estorsione) ha specificato che in materia di «elementi sopravvenuti e non conoscibili dalla PA» deve essere dato ingresso alla valutazione delle «circostanze sopravvenute favorevoli all'interessato», ma tale valutazione «non può estendersi fino al punto di inglobare anche le sopravvenienze autodeterminate, intendendo per tali quelle rimesse alla libera scelta del soggetto che chiede tutela, tra le quali rientra la scelta di contrarre matrimonio. Invero, diversamente opinando, la possibilità che l'amministrazione riesamini la posizione dell'interessato sarebbe riconducibile esclusivamente ad una circostanza *lato sensu* meramente potestativa, dunque rimessa al mero arbitrio della parte privata, che potrebbe in tal modo condizionare a proprio piacere l'esito del giudizio».

Requisito della continuità del periodo di assenza dall'Italia

L'art. 13, co. 4, del d.p.r. n. 394/1999 stabilisce che «Il permesso di soggiorno non può essere rinnovato o prorogato quando risulta che lo straniero ha interrotto il soggiorno in Italia per un periodo continuativo di oltre sei mesi, o, per i permessi di soggiorno di durata almeno biennale, per un periodo continuativo superiore alla metà del periodo di validità del permesso di soggiorno, salvo che detta interruzione sia dipesa dalla necessità di adempiere agli obblighi militari o da altri gravi e comprovati motivi».

Il Tar Umbria, sentenza 526 del 4.7.2022, afferma, da un lato, i criteri dell'interpretazione della norma anche da parte della PA, i quali non possono eludere il dato testuale e il significato attribuito dal legislatore tramite l'inserimento dell'aggettivo «*continuativo*». Conseguentemente solo in assenza di interruzione del periodo continuativo indicato dalla norma sarà possibile, valutate tutte le altre circostanze rilevanti, non rinnovare il titolo di soggiorno per motivi di lavoro. In secondo luogo la decisione in rassegna rammenta che vanno, altresì, considerate dalla PA anche circostanze impeditive del rientro in Italia tali da potere giustificare il prolungato allontanamento dal territorio nazionale e da essere ricompresi negli «*altri gravi e comprovati motivi*» che rendono giustificato il comportamento della parte. Tra essi le disposizioni normative o amministrative impeditive della libertà di movimento tra gli Stati in conseguenza della pandemia determinata dal Covid-19.

PERMESSO DI SOGGIORNO UE DI LUNGO PERIODO

Revoca per pericolosità sociale e «tutela rafforzata»

Ai sensi dell'art. 9, co. 4, d.lgs. 286/98 «Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Nel valutare la pericolosità si tiene conto anche dell'appartenenza dello straniero ad una delle categorie indicate nell'articolo 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, come sostituito dall'articolo 2 della legge 3 agosto 1988, n. 327, o nell'articolo 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'articolo 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646, ovvero di eventuali condanne anche non definitive, per i reati previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, nonché, limitatamente ai delitti non colposi, dall'articolo 381 del medesimo codice. Ai fini dell'adozione di un provvedimento di diniego di rilascio del permesso di soggiorno di cui al presente comma il questore tiene conto altresì della durata del soggiorno nel territorio nazionale e dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero».

La giurisprudenza amministrativa ha da tempo assunto un orientamento che valorizza la «tutela rafforzata» di cui gode il cittadino straniero titolare di tale permesso (cfr. ad esempio, Cons. St., n. 6423/2022; n. 4455/2018; n. 4401/2016; n. 4708/2016), così affermando che il diniego e la revoca del permesso di soggiorno di lungo periodo non possono essere adottati per il solo fatto che lo straniero abbia riportato sentenze penali di condanna; al contrario, tali misure richiedono un giudizio di pericolosità sociale dello straniero e una motivazione articolata su più elementi, che tenga conto anche della durata del soggiorno sul territorio nazionale e dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dell'interessato, tale da escludere ogni automatismo tra provvedimento sfavorevole e condanne penali.

Questo orientamento viene ribadito dalle più attuali decisioni in materia. In particolare Consiglio di Stato, sentenza n. 6413 del 21.7.2022, in tema di revoca del PSUE, valorizza non solo la pregressa giurisprudenza nazionale e il dato normativo domestico, ma altresì la giurisprudenza della Corte di giustizia UE secondo cui «L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, dev'essere interpretato nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro – come interpretata da una parte dei giudici di tale Stato – ai sensi della quale un cittadino di un Paese terzo può vedersi negato lo status di soggiornante di lungo periodo in tale Stato membro per il solo motivo che ha precedenti penali, senza un esame specifico della sua situazione per quanto riguarda, in particolare, la natura del reato che ha commesso, il pericolo che egli può rappresentare per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, la durata del suo soggiorno nel territorio di tale Stato membro e l'esistenza di legami con quest'ultimo» (cfr. sentenza 3/9/2020, cause riunite C-503/19 C592/19).

La questione è ribadita in Consiglio di Stato, sentenza n. 6423 del 22.7.2022, per affermare che anche la gravità dei precedenti penali e le esigenze di pubblica sicurezza non possono eludere la necessità della effettiva ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico al mantenimento dell'ordine e della sicurezza e l'interesse dello straniero a integrarsi nel tessuto sociale. Conseguentemente «Tale giudizio di bilanciamento va operato sulla base di una serie di indici, quali l'esistenza di legami familiari, di un lavoro stabile, di un conseguente adeguato reddito, di una dimora fissa, e di tutte le numerose situazioni che possono in vario modo comprovare un effettivo e pacifico radicamento sul territorio italiano in conformità alle regole fondamentali del nostro ordinamento. Solo all'esito di tale raffronto, adeguatamente motivato, si può pervenire ad una ponderata e sindacabile valutazione di pericolosità sociale dello straniero, espressiva di un corretto esercizio del potere discrezionale rimesso all'autorità amministrativa». Inoltre, la valutazione di tali elementi che *ex se* escludono l'automaticità della condanna in sede penale ai fini del rinnovo del predetto titolo di soggiorno, deve essere ulteriormente supportata da stringente motivazione allorché si tratta «non di un iniziale diniego della carta di soggiorno UE di lungo periodo, ma di revoca, per la quale la normativa europea di cui alla direttiva 2009/109/CE prevede necessariamente una specifica valutazione in ordine alla minaccia attuale per la sicurezza pubblica». Ancora, afferma la decisione, dall'analisi combinata dei commi 4 e 7 dell'art. 9 TU 286/98 emerge «che la revoca può essere disposta quando il cittadino extracomunitario sia considerato pericoloso per la tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza dello Stato in ipotesi di condanna ma, in ogni caso, il giudizio espresso in sede penale (eventualmente con condanne non definitive) non può essere l'unico elemento di valutazione» da parte dell'Amministrazione, che, in ogni caso, deve essere un giudizio ancorato a requisiti di attualità e di concretezza specifici.

Il medesimo orientamento, che appare dunque solido anche in considerazione dei precedenti su segnalati, è espresso nella poco successiva sentenza n. 7314 del 19.8.2002 del Consiglio di Stato. In questa decisione, inoltre, l'Alto Consesso non effettua una mera lettura della parte finale dell'art. 9, co. 4, d.lgs. 286/98, ma amplia la necessità di valutazione comparativa della PA ad elementi non esplicitamente previsti dalla norma (che sono solo la durata del soggiorno e l'inserimento sociale, familiare e lavorativo della persona straniera) e quindi a «tutte le numerose situazioni che possono in vario modo comprovare un effettivo e pacifico radicamento sul territorio italiano in conformità alle regole fondamentali del nostro ordinamento».

Requisito reddituale

Ai sensi dell'art. 9, co. 1, d.lgs. 286/98 uno dei requisiti per ottenere il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è costituito dalla disponibilità «di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e, nel caso di richiesta relativa ai familiari, di un reddito sufficiente secondo i parametri indicati nell'articolo 29, comma 3, lettera b)».

La medesima decisione già prima indicata, ovvero Consiglio di Stato, sentenza n. 6423 del 22.7.2022, afferma che «l'incapacità di produrre reddito per un determinato periodo, imputabile a specifiche e particolari cause addotte dall'istante nel procedimento di primo grado, non può precludere il rilascio del titolo di soggiorno, laddove sussista la concreta possibilità – dimostrata dall'appellante – di riacquistare in tempi brevi la capacità di guadagnare lavorando onestamente».

Idoneità alloggiativa

Ai sensi dell'art. 9, co. 1, d.lgs. 286/98 uno dei requisiti per ottenere il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è costituito dalla disponibilità «di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio».

Il Questore della Provincia di Ravenna aveva negato il riconoscimento del diritto a una cittadina straniera che aveva dimostrato la disponibilità di un alloggio della superficie di 36 mq per 4 persone, dovendosi, a dire dell'Amministrazione, computare anche i 2 minori componenti il nucleo familiare. A tal fine l'Amministrazione aveva richiamato la circolare del Ministero dell'interno n. 400/A/2014/12.214.9 del 9 ottobre 2014 la quale valorizzava, ai fini di cui sopra, anche la presenza dei figli infra quattordicenni. Il Tar Emilia Romagna, Bologna, sentenza n. 484 del 6.6.2022, rileva la erroneità della decisione in base all'assoluta irrilevanza della indicata circolare ministeriale in materia, in quanto la normativa nazionale (art. 9, co. 1, cit.) rinvia a quella regionale ai fini della indicazione dei parametri atti ad identificare i requisiti alloggiativi idonei al rilascio del titolo di soggiorno. Considerando la l.r. Emilia-Romagna n. 24 del 2001 «Disciplina generale dell'intervento pubblico nel settore abitativo», emerge l'idoneità per 2 adulti di un alloggio di 36 mq. e la necessità di non computare a tal fine i minori facenti parte del nucleo familiare.

Documentazione mendace, revoca del titolo di soggiorno e necessaria valutazione di elementi (anche sopravvenuti) idonei al rilascio di altro titolo di soggiorno

Il Consiglio di Stato, sentenza n. 7426 del 24.8.2022, ritiene che la produzione in fase amministrativa di documentazione mendace (nel caso concreto si trattava documenti attestanti il requisito di idoneità alloggiativa di cui all'art. 16, comma 2, lett. c), d.p.r. n. 394 del 1999 e dell'attestato della conoscenza della lingua italiana di livello «A2» ai sensi dell'art. 9, co. 2-bis, d.lgs. 286/98) sia motivo sufficiente a revocare il permesso di soggiorno UE per soggiornante di lungo periodo. Tanto in continuità con la giurisprudenza amministrativa pur citata nella pronuncia in rassegna.

Tuttavia, qualora anche nel corso del giudizio di primo grado sia prodotta documentazione attestante l'ampio e radicato inserimento familiare, sociale e lavorativo (con produzione, ad

esempio, del certificato di stato di famiglia, del contratto di locazione, degli estratti conti previdenziali, contratto di lavoro, CU dell'anno precedente, etc.) e dunque la possibilità di rilascio di un permesso di soggiorno ad altro titolo, occorre effettuare una valutazione più ampia sulla possibile rilevanza delle circostanze maturate in un momento successivo all'adozione dell'atto. Tali circostanze sopravvenute, se pur non idonee a intaccare sfavorevolmente l'effettuata valutazione amministrativa di revoca del permesso di lungo soggiorno – che si regge sul principio *tempus regit actum* –, incidono significativamente sulla situazione giuridica della parte comportando l'accoglimento del ricorso e il rinvio ai fini della revisione dell'originaria decisione da parte dell'Amministrazione. Devono essere, dunque, valorizzati i principi in ordine alle circostanze sopravvenute successive al giudizio di cui abbiamo dato conto nella presente *Rassegna*.

PERMESSO DI SOGGIORNO PER CURE MEDICHE

L'art. 19, co. 2, lett. d)-*bis* d.lgs. 286/98, come modificato dal d.l. n. 130/2020, dispone il divieto di espulsione (salvi i casi in cui ciò avvenga «per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato attraverso provvedimento del Ministero dell'interno») delle persone straniere che versano «in gravi condizioni psico-fisiche o derivanti da gravi patologie, accertate mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza».

Nell'interpretare tale norma il Tribunale di Salerno, ordinanza cautelare 17.6.2022, ritiene necessaria la verifica della sussistenza di gravi patologie pericolose «nell'immediato o suscettibili di aggravamento in futuro, a cui corrispondono prestazioni sanitarie che non possono essere differite o che sono essenziali per scongiurare aggravamenti che nel tempo potrebbero determinare maggior danno per la salute o rischi per la vita in caso di rientro nel Paese di origine». Il Tribunale considera rilevanti sia le necessità di cura nell'immediato, sia le cure riabilitative ed effettua un approfondito esame comparativo tra il sistema sanitario italiano e quello del Marocco attraverso la consultazione di fonti qualificate (World Health Organization, Comitato istituito dalla Convenzione per i Diritti Economici Sociali e Culturali, CESCR Committee, etc.) nonché attraverso fonti di stampa; affronta, dunque, la concreta accessibilità alle cure mediche da parte di una persona con disabilità nell'ambito di un sistema normativo caratterizzato dall'assenza di una disciplina a tutela delle persone con disabilità e, riconosciuta l'urgenza, ordina il rilascio del relativo titolo di soggiorno.

In altra fattispecie, si segnala la particolarità di Tar Sardegna, sentenza n. 513 del 18.7.2022, innanzitutto perché afferma la propria giurisdizione in materia, nonostante il chiaro disposto dell'art. 3, co. 1, lett. d)-*bis*), d.l. n. 13/17, come convertito, con modificazioni, dalla l. 1.12.2018, n. 132, che affida alle sezioni specializzate presso il Tribunale ordinario la cognizione delle

controversie in materia. Nel merito il giudice amministrativo rileva che il ricorrente, cittadino senegalese soggiornante in Italia dal 1991, era affetto da gravi patologie cliniche documentate (cecità a entrambi gli occhi intervenuta poco dopo il suo primo ingresso in Italia) e richiama la giurisprudenza costituzionale (sentenza 27.1.2015, n. 22) a tutela del diritto alla salute e della parità di trattamento dei cittadini stranieri (anche qualora non regolari sul territorio nazionale) disabili, per valorizzare la portata degli artt. 14 CEDU e 2 Cost. al fine di assicurare ogni opportuno sostegno alle persone non vedenti, come il ricorrente. Viene conseguentemente annullato il provvedimento dell'Amministrazione reiettivo del rinnovo del titolo di soggiorno richiesto dalla parte.

Di interesse anche l'ordinanza 28.7.2022 RG. 6583/2022 del Tribunale di Bologna *ex art.* 700 c.p.c. con cui è stato riconosciuto il diritto al rilascio del permesso per cure mediche, *ex art.* 19, co. 2-*bis* TU d.lgs. 2986/98, a un cittadino del Marocco, a cui era stata diagnosticata una seria patologia psichica per la quale è seguito da istituti sanitari pubblici. L'interesse sta nel fatto che il cittadino straniero era trattenuto in CPR in attesa di espulsione, ma il Giudice di pace non ha convalidato il trattenimento in attesa della decisione del ricorso d'urgenza presentato nelle more dall'interessato.

LA REGOLARIZZAZIONE *ex art.* 103, d.l. n. 34/2020

Anche nell'ambito della presente *Rassegna* continuiamo a seguire le sorti della «procedura di emersione/regolarizzazione» avviata dall'art. 103, d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. 17.7.2020, n. 77. Come nei precedenti numeri teniamo distinte le due ipotesi normativamente previste al comma 1 e al comma 2 di detta norma.

Art. 103, co. 1, d.l. 34/2020

Il Tar Piemonte, ordinanza n. 650 del 10.6.2022, si esprime sulla necessità del certificato di idoneità abitativa al momento della stipula del contratto di soggiorno a seguito della procedura di emersione di cui all'art. 103, co. 1, d.l. 34/2020. Il Collegio, infatti, rileva che l'unico profilo ostativo riscontrato dall'Amministrazione era circoscritto all'attestazione di idoneità alloggiativa dell'unità immobiliare ove era domiciliata la collaboratrice domestica interessata dalla procedura di emersione, ma che tale mancanza era stata sanata dalla stessa collaboratrice straniera. Conseguentemente il Tribunale fa uso della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (su segnalata) in materia di sopravvenienze probatorie nel corso del giudizio di impugnazione dell'atto amministrativo, affermando che «la disciplina legislativa ascrive rilevanza centrale alle sopravvenienze di fatto che consentano il rilascio del titolo di soggiorno nelle more dell'istruttoria procedimentale (ibidem art. 5, co. 5 d.lgs. 286/1998), accreditando un indirizzo ermeneutico incline ad una valutazione prognostica e non tassativamente statica nell'apprezzamento del

possesso dei requisiti richiesti per il rilascio dei titoli di soggiorno (cfr. in termini la recente sentenza Cons. St., sez. III, 1° giugno 2022, n. 4467 ... »). Il Tar non manca di sottolineare di dover comunque riservare a successivo approfondimento (proprio della fase di merito) «il tema decisorio concernente l'imprescindibilità del certificato di idoneità alloggiativa e la sua sussumibilità tra le irregolarità amministrative sanabili ex art. 5, co. 5 d.lgs. 286/1998 (cfr. ex multis Cons. St., ord. n. 2328 del 20 maggio 2022)».

Il Tar Marche, sentenza n. 239 dell'11.4.2022, è chiamato a decidere sulla prassi dello SUI di Ascoli Piceno che, differentemente dagli altri uffici marchigiani, rifiuta il positivo esito della procedura di emersione allorquando sia provato che il cittadino straniero, successivamente alla presentazione della domanda, si sia allontanato dall'Italia. Il Collegio rammenta che l'art. 103, co. 1, d.l. 34/2020 stabilisce che i cittadini stranieri che vogliono accedere alla procedura di emersione devono dimostrare l'ingresso in Italia prima dell'8 marzo 2020 con gli strumenti indicati dalla norma. Si sofferma, dunque, sulla interpretazione del requisito di non allontanamento dal territorio nazionale specificando, innanzitutto, che in via generale «i requisiti previsti dalla legge per l'accesso del cittadino ad un determinato beneficio debbono sussistere alla data prevista dalla norma o dalla *lex specialis* (bando, avviso, etc.), salvo che non sia previsto il mantenimento di tali requisiti per un determinato periodo ulteriore (come accade ad esempio nelle gare d'appalto)». La stessa legge speciale in commento, inoltre, non utilizza l'avverbio «mai» (o espressione equivalente), per cui quand'anche esistessero decreti attuativi o circolari ministeriali che abbiano «riempito di contenuto» l'art. 103 inserendo la predetta locuzione, gli stessi andrebbero disapplicati dal giudice. Indipendentemente dalla questione di gerarchia delle fonti, ciò che maggiormente rileva è un profilo sostanziale «non potendo ritenersi che, a fronte della prevedibile dilatazione dei tempi di smaltimento delle istanze di emersione, al cittadino extracomunitario fosse inibita sine die la possibilità di lasciare il T.N. anche in presenza di valide o urgenti ragioni (morte di un familiare residente nel Paese di origine, matrimonio, etc.), anche il divieto di lasciare il T.N. va ancorato ad una data certa, che non può che essere quella di presentazione della domanda di emersione». Il Tribunale amministrativo sottolinea anche la rilevanza della valutazione delle ragioni per le quali la parte si sia allontanata dall'Italia (nel caso di specie, per procurarsi il passaporto con maggiore semplicità rispetto a quanto sarebbe occorso recandosi presso il locale ufficio consolare) ed evidenzia pure la difformità della prassi dell'Ufficio di Ascoli Piceno rispetto agli omologhi marchigiani.

Anche Tar Napoli, sentenza n. 4239 del 22.6.2022, affronta il medesimo tema dell'allontanamento dall'Italia successivo alla presentazione della domanda di regolarizzazione e ricorda, in premessa, come quelli di cui all'art. 103, co. 1, d.l. 34/2020 siano tipici «*procedimenti di massa*». Secondo il Collegio «il termine finale dell'obbligo di “non allontanamento” (e salva

comunque la presenza di giustificati motivi) deve individuarsi nel termine finale del procedimento di emersione» e rileva che in ordine ad esso la giurisprudenza amministrativa si sta orientando nel senso che, in difetto di previsione normativa specifica, «il termine per la definizione dei procedimenti di emersione è quello di 180 giorni indicato nel comma 4 dell'articolo 2 l. 241/90» (in questo senso cfr. Cons. St., sez. III, 9 maggio 2022, n. 3578 nella precedente *Rassegna*).

Interviene, invece, su una questione procedimentale il Tar Puglia, Bari, ordinanza n. 274 del 13.6.2022 relativa al caso di un Centro di assistenza fiscale a cui si era affidato un datore di lavoro, che aveva presentato la domanda di regolarizzazione del lavoratore straniero all'INPS e non allo Sportello unico immigrazione. Il Giudice amministrativo ritiene doversi procedere «*in applicazione di un generale principio di buona amministrazione*» in base al quale «l'autorità amministrativa che ha ricevuto domanda esulante dalla sua competenza è tenuta a trasmetterla all'autorità competente, anche al fine di evitare inutili aggravamenti procedimentali» per poi affermare che la trasmissione erronea della domanda di emersione dal lavoro irregolare di cittadino extracomunitario, presentata ai sensi dell'art. 103 del d.l. 34/2020, convertito in legge 77/2020 non può provocare effetti pregiudizievoli all'interessato, specie quando l'errore è imputabile a terzo, come nel caso di trasmissione dell'istanza a cura di un Centro di assistenza fiscale».

Art. 103, co. 2, d.l. n. 34/2020

Il Consiglio di Stato, sentenza n. 7477 del 26.8.2022, ha respinto l'appello presentato dal Ministero dell'interno avverso la sentenza del Tar Piemonte che aveva ritenuto illegittimo il diniego del permesso di soggiorno per regolarizzazione in favore del richiedente in quanto richiedente asilo. Il Collegio afferma che il tenore letterale della disposizione fa emergere tre requisiti per richiedere il rilascio di un permesso temporaneo di cui al secondo comma dell'art. 103, cit.: avere un titolo di soggiorno scaduto dal 31 ottobre 2019, essere stato presente sul territorio nazionale prima dell'8 marzo 2020 e aver svolto attività di lavoro in alcuni specifici settori lavorativi antecedentemente al 31 ottobre 2019.

Le ipotesi di esclusione/inammissibilità della procedura sono anch'esse normativamente disciplinate mentre «Con specifico riguardo alla posizione delle persone richiedenti asilo e, in particolar modo, alla compatibilità della richiesta con l'accesso alla procedura di emersione, il legislatore non ha fatto menzione alcuna nella norma». Richiamate le circolari amministrative in materia e le FAQ pur pubblicate dai Ministeri competenti, il Consiglio di Stato ricorda che tali atti «non costituiscono fonti di diritto» e, quanto alla circolare del Ministero dell'interno, di concerto con il Ministero del lavoro e il Ministero delle politiche sociali del 24.7.2021 (pur relativa in parte qua alla procedura di cui al comma 1) ne chiarisce la portata in questi termini: essa «afferisce alla *species* delle circolari "interpretative", quella particolare categoria di circolari che interpreta

il dato normativo per evitare una applicazione difforme, dando, se necessario, indicazioni su singoli ma frequenti casi concreti. Anche a tale tipologia di circolare non può in alcun modo assegnarsi efficacia vincolante. Da ciò discende che il provvedimento amministrativo che non tenga conto della stessa e venga adottato sulla base di una interpretazione da parte dell'amministrazione non può dirsi illegittimo. Da tali premesse di sistema emerge chiaramente che, non trattandosi di fonti normative, il giudice non solo non è tenuto a conoscerle ma non ne è vincolato. Il Giudice è tenuto unicamente ad interpretare il dato normativo».

Ciò chiarito, passando all'esame della norma, il Collegio afferma che, dalla disamina dell'art. 103 d.l. 34/2020, non emerge alcun dato «di carattere testuale, sistematico e teleologico per escludere dall'ambito di applicazione della norma e, più in generale, dalla procedura di emersione lo straniero titolare di un permesso di soggiorno temporaneo per richiesta asilo/protezione internazionale et similia», sottolineando la ontologica diversità del permesso di soggiorno per richiesta asilo dagli altri titoli di soggiorno previsti dalla normativa in materia di immigrazione in Italia. Sottolinea, dunque che «Escludere il cittadino richiedente asilo non è né necessario per la finalità del legislatore né proporzionato in quanto provoca un sacrificio ingiustificato sulla posizione giuridica del destinatario».

La medesima impostazione ritroviamo nella immediatamente successiva pronuncia – Consiglio di Stato, sentenza n. 7581 del 30.8.2022 – avverso precedente pronuncia del Tar Emilia Romagna. Oggetto del giudizio era la legittimità del provvedimento con il quale il questore di Ferrara aveva dichiarato inammissibile l'istanza di rilascio del permesso di soggiorno temporaneo di cui all'art. 103, co. 2, d.l. n. 34 del 2020, da parte di un titolare – alla data della presentazione della richiesta – di permesso di soggiorno per richiedenti protezione internazionale. Anche in tale caso viene valorizzato il dato normativo per poi sottolineare che, considerato che gli stessi Ministeri convenuti hanno riconosciuto l'ammissibilità delle domande di emersione in relazione alle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 103, d.l. 34/2020, sarebbe disomogeneo anche nei confronti della normativa europea escludere gli stessi dalla procedura che permette l'accesso al permesso di soggiorno temporaneo di cui al comma 2 della indicata norma.

MARTINA FLAMINI, NAZZARENA ZORZELLA

Asilo e protezione internazionale

LO *STATUS* DI RIFUGIATO

Appartenenza ad un particolare gruppo sociale

Il Tribunale di Napoli, con decreto del 25.5.2022, pronunciandosi sul ricorso proposto da una donna nigeriana (vittima di tratta a fini sessuali e sfruttamento della prostituzione), ha ritenuto che la condizione di salute che accomuna tutti i *malati di HIV*, come la ricorrente, possa costituire un particolare gruppo sociale. All'esito di un accurato ed attento esame delle più aggiornate fonti di informazione sul Paese d'origine, i giudici partenopei hanno sottolineato come il complesso di discriminazioni poste in essere dalla società nigeriana nei confronti dei malati di HIV, non contrastate dalle autorità statali, produca l'effetto di una persecuzione e giustifichi il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Ancora con riferimento al particolare gruppo sociale costituito dai malati di HIV si è pronunciato il Tribunale di Salerno che, con decreto del 20.4.2022, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino ucraino, proveniente dalla regione di Leopoli, affetto dalla predetta patologia (nonché tossicodipendente). Nella decisione in esame – particolarmente interessante anche per quanto riguarda la qualificazione della domanda (nella quale il ricorrente si era limitato a chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi umanitari) ed alla scelta della forma di protezione maggiore da parte del Collegio – è stato ravvisato il timore di subire persecuzioni, in ragione delle gravi condizioni di salute, all'esito dell'esame di fonti aggiornate che rivelano come le *persone sieropositive*, e le *persone tossicodipendenti* continuino a subire stigma e discriminazione, che si possono esplicitare anche nella frapposizione, da parte del personale sanitario o delle forze dell'ordine, di ostacoli all'accesso alle cure o di un rifiuto di fornire alle persone appartenenti a tali gruppi sociali le necessarie cure mediche.

Il Tribunale di Genova, con decreto del 21.2.2022, ha riconosciuto lo *status* di rifugiata ad una cittadina nigeriana, nata e cresciuta a Benin City, in ragione dell'appartenenza della stessa al particolare gruppo sociale delle *donne vittime di tratta a fini sessuali*. Rilevante quanto osservato dal Tribunale in merito alla possibilità di ravvisare un rischio in caso di rimpatrio, anche ove l'esperienza di tratta della richiedente possa ritenersi conclusa in ragione del pericolo di ritorsioni

(ai danni della ricorrente e dei di lei familiari) o di nuove esperienze di sfruttamento, desunta dall'inefficiente tutela fornita dallo Stato di provenienza nonché dalla pessima condizione sociale della donna in Nigeria.

L'appartenenza al particolare gruppo sociale dei *bambini orfani* giustifica, ad avviso del Tribunale di Torino – decreto del 13.5.2022 – il riconoscimento dello *status* di rifugiato in favore di un giovane cittadino della Guinea. Nel caso portato all'attenzione dei giudici torinesi il ricorrente, rimasto orfano in tenera età, ha riferito di aver subito, numerose, reiterate e persistenti forme di maltrattamenti poste in essere nei suoi confronti da parte degli zii paterni che, come risulta dai certificati medici prodotti, avevano lasciato «traumi e risvolti psicologici». Con riferimento al rischio in caso di rimpatrio, nella decisione in esame è stato osservato che, nonostante il raggiungimento della maggiore età, il ricorrente, trovandosi in una condizione di estrema vulnerabilità sia psicologica che sociale, rischierebbe di subire nuovamente forme di punizione, emarginazione, ritorsione, aggravate dal danno già sofferto in precedenza (quest'ultimo da valutare quali «motivi imperativi derivanti da precedenti persecuzioni», alla luce delle Linee guida dell'UNHCR).

Opinioni politiche

Con ordinanza n. 18626 del 9.6.2022, la Suprema Corte ha ribadito che sussistono i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico per l'obiettore di coscienza che rifiuti di prestare il servizio militare nello Stato di origine (Ucraina), ove l'arruolamento, per il conflitto armato internazionale in atto sull'intero territorio, comporti un elevato rischio di coinvolgimento, anche indiretto, nella commissione di crimini di guerra e contro l'umanità, costituendo, in tale contesto, la sanzione penale prevista dall'ordinamento straniero per la renitenza alla leva un atto di persecuzione, ai sensi dell'art. 7, co. 2, lett. e), del d.lgs. n. 251 del 2007 e dell'art. 9, par. 2, lett. e), della dir. n. 2004/83/CE, come interpretato da CGUE, sentenza 26 febbraio 2015, causa C-472/13, *Shepherd c. Germania*. La Corte ha precisato che il riconoscimento della protezione maggiore, in presenza dei predetti requisiti, prescinde da qualsiasi considerazione circa la proporzionalità della pena.

Il Tribunale di Salerno, con decreto del 20.4.2022 ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino siriano di etnia curda, osservando come la specifica appartenenza all'*etnia curda* (che già in passato lo aveva costretto a subire ripetute discriminazioni) lo avrebbe esposto a forme di persecuzione connesse a motivazioni di natura politica ed etnica. Particolarmente interessante quanto sottolineato dalla Corte territoriale in merito alla necessità di valutare le cause di esclusione anche in riferimento alla funzione rieducativa della pena ed al percorso di reinserimento socio-lavorativo del ricorrente.

Religione

Il rischio di subire atti di persecuzione motivati dall'appartenenza alla *chiesa domestica di Zhao Hui* giustifica, ad avviso del Tribunale di Milano, il riconoscimento, in favore di una cittadina cinese, dello *status* di rifugiata (decreto dell'8.6.2022). Nel decreto in esame, all'esito di un'attenta ed approfondita valutazione positiva di credibilità delle dichiarazioni della ricorrente, si sottolinea come le più aggiornate ed accreditate informazioni sul Paese d'origine confermino come gli appartenenti a gruppi cristiani non registrati rischino di essere picchiati, arrestati, imprigionati, di perdere il lavoro e che il luogo di preghiera venga distrutto, al fine di obbligarli a registrarsi nelle liste del PCC. Particolarmente interessante anche quanto osservato dai giudici meneghini, in forza del richiamo a specifiche ed autorevoli COI, in merito all'osservazione della Commissione territoriale (che sovente si ritrova nei provvedimenti di rigetto delle domande di protezione internazionale spiegate in ragione dell'appartenenza religiosa ad un culto vietato in Cina) relativa alla non coerenza esterna delle dichiarazioni della ricorrente in ragione dell'ottenimento del visto e del passaporto da parte della ricorrente.

Cause di esclusione dello *status* di rifugiato

Il Tribunale di Salerno, con decreto del 20.4.2022, chiamato a decidere sul ricorso proposto da un cittadino eritreo (condannato con sentenza irrevocabile per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ad una pena detentiva di sei anni di reclusione, interamente scontata) avverso la decisione di rigetto della domanda volta ad ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato per motivi politici (rigetto motivato dalla decisione di applicare la causa di esclusione di cui all'art 12, lett. c) del d.lgs. 251 del 2007) si è soffermato sulla necessità di esaminare la pericolosità sociale all'attualità ed in conformità ai principi costituzionali e sovranazionali. In particolare, nella decisione in esame, è stato osservato che la pericolosità sociale del ricorrente deve essere esaminata sulla base di un approccio individualistico e alla luce del principio di proporzionalità (art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) «tra i diritti internazionalmente riconosciuti e le esigenze di sicurezza dello Stato», così da tenere conto anche della «complessità di fattori previsti dal diritto penale, quali ad esempio l'entità della pena comminata, l'eventuale applicazione di misure alternative alla detenzione o altri benefici, inclusione in percorsi rieducativi e di reinserimento sociale».

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA

D.lgs. 19.11.2007, n. 251, art. 14 lett. b)

La Corte d'appello di Reggio Calabria, con sentenza del 2.6.2022, ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad un cittadino del Gambia ritenendo che la stigmatizzazione subita dal ricorrente in

conseguenza delle *accuse di stregoneria* rivolte alla di lui madre, in ragione dell'impossibilità delle autorità gambiane di offrire una protezione effettiva, integrasse i presupposti di cui all'art. 14, lett. b), d.lgs. n. 251 del 2007.

Il Tribunale di Bologna, con decreto dell'8.4.2022 – decidendo sul ricorso di un uomo nigeriano, *vittima di tratta* dal Paese d'origine all'Olanda, poi ridotto in schiavitù per il compimento di attività quali il traffico di droga, la prestazione di lavoro in caporalato, lo sfruttamento della prostituzione maschile – ha escluso la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento della protezione maggiore ed ha accolto il ricorso, sottolineando come l'eventualità di essere esposto ad un danno grave all'incolumità psicofisica costituisca un pericolo attuale e concreta idoneo a fondare il diritto alla protezione sussidiaria. Particolarmente accurato l'esame delle più aggiornate fonti di informazione dalle quali emerge come quasi la metà dei richiedenti asilo nigeriani arrivati nei Paesi Bassi nel 2019 siano scomparsi e come si ritenga che molti di essi siano caduti vittima di trafficanti di esseri umani che li hanno costretti alla prostituzione o al traffico di droga attraverso l'Unione europea.

Con riferimento agli agenti di persecuzione, la Suprema Corte, con ordinanza n. 15810 del 2022, ha affermato (in senso difforme rispetto a quanto ritenuto dalla Corte nell'ordinanza n. 23281 del 2020) che la fattispecie di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 251 del 2007 comprende anche le ipotesi in cui il danno grave sia provocato da *soggetti privati*, qualora nel Paese d'origine non vi sia un'autorità statale in grado di offrire protezione effettiva.

D.lgs. 19.11.2007, n. 251, art. 14 lett. c)

La condizione di conflitto armato internazionale esistente in *Mali* ha portato il Tribunale di Genova – decreto del 25.5.2022 – ed il Tribunale di Torino – decreto del 14.6.2022 a riconoscere ai richiedenti, cittadini, la protezione sussidiaria *ex art. 14, lett. c)* del d.lgs. 251 del 2007, a prescindere dalla specifica area di provenienza.

QUESTIONI PROCESSUALI

Domande reiterate e procedure accelerate

Con ordinanza n. 13690 del 2022, la Suprema Corte, pronunciandosi su un ricorso con il quale si deduceva l'illegittimità di un decreto di espulsione con ordine di allontanamento immediato poiché notificato nella pendenza di una domanda reiterata di protezione internazionale introdotta dopo la notifica del decreto di espulsione, ha affermato che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 7 e 29-*bis*, d.lgs. n. 25 del 2008, nel testo applicabile *ratione temporis*, la presentazione di una domanda di protezione internazionale reiterata attribuisca al richiedente il diritto di rimanere in

Italia fino alla decisione della Commissione territoriale, a meno che si tratti di domanda reiterata presentata in fase di esecuzione del provvedimento di allontanamento.

Istruttoria: produzioni documentali e prove testimoniali

La Suprema Corte, con ordinanza n. 10203 del 2022, soffermandosi sui procedimenti di impugnazione dell'ordinanza adottata, *ratione temporis*, ex art. 19 d.lgs. n. 150 del 2011, regolati dall'art. 702-*quater* c.p.c., ha affermato che una volta esaurita la fase di trattazione (con l'udienza di precisazione delle conclusioni, con la discussione orale della causa o in qualsiasi altro modo compatibile con la conclusione di tale fase), non sono ammesse produzioni documentali con le successive memorie, non perché nel giudizio di appello non possano essere allegati fatti nuovi e prodotti nuovi documenti – trattandosi dell'accertamento di un diritto della persona che richiede una valutazione nell'attualità e, sotto questo profilo, non può subire preclusioni – ma perché la produzione documentale, in uno con le memorie finali successive alla discussione, determinerebbe un'insanabile violazione del contraddittorio.

Ancora con riferimento ai procedimenti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, disciplinati dal rito sommario di cognizione, ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 150 del 2011, la Corte di cassazione, con ordinanza n. 11216 del 2022 ha ritenuto ammissibile la richiesta di prova testimoniale formulata dal ricorrente successivamente al deposito del ricorso e senza la deduzione di capitoli separati, rilevando come le norme procedurali nazionali vadano interpretate in modo compatibile con i principi espressi dalle direttive dell'Unione europea che, in tale materia, sanciscono un dovere officioso di cooperazione istruttoria. Unitamente a tali considerazioni, i giudici di legittimità hanno poi osservato come l'art. 702-*ter* c.p.c., attribuisca al giudice il potere di procedere nel modo che ritiene più opportuno all'istruttoria, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, senza prevedere alcuna preclusione o decadenza a carico delle parti.

Onere di allegazione del ricorrente e dovere di cooperazione del giudice

In tema di onere di allegazione e dovere di cooperazione del giudice, la Corte di cassazione, con ordinanza n. 25500 del 2022, ha affermato che solo in presenza dell'adempimento da parte del richiedente dell'*onere di allegazione pertinente e specifica in ordine alla sussistenza della situazione di cui all'art. 14, lett. c), d.lgs. 251 del 2007* – elemento che sembra, pertanto, aggiungersi rispetto a quelli specificamente indicati dall'art. 3, comma 2, del citato decreto legislativo – sorge il dovere del giudice di svolgere un ruolo attivo nell'istruzione della domanda. Ad avviso della Suprema Corte, in assenza di detta allegazione, la censura è inammissibile per difetto di specificità, non essendo pertinente al *decisum* e non congruente con il tipo di pericolo di danno grave oggetto di deduzione in causa e con il motivo.

Con riferimento alla violazione del dovere di cooperazione istruttoria, la Suprema Corte, con ordinanza n. 25507 del 2022, ha precisato che la stessa può essere fatta valere come motivo di ricorso *ex art. 360*, comma 1, n. 3, c.p.c. per violazione di legge, ovvero come vizio *ex art. 360*, comma 1, n. 4, e 132, comma 2, n. 4, c.p.c. per motivazione apparente, in caso di *difetto totale di accertamento istruttorio ufficioso* sulla situazione di cui all'art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007, ravvisabile laddove nessuna fonte informativa sia stata indicata dal giudice, oppure sia stata indicata in modo del tutto inidoneo ad individuarla, purché le circostanze fattuali in ordine alle quali è lamentata l'omessa cooperazione siano state ritualmente dedotte nei giudizi di merito dal ricorrente. In tali casi, quale requisito di ammissibilità della censura, il ricorrente non è tenuto ad indicare informazioni alternative relativamente alla situazione del Paese d'origine.

Valutazione di credibilità

La Suprema Corte, con ordinanza n. 19045 del 2022 si sofferma sul complesso tema del procedimento di valutazione della credibilità del ricorrente, per sottolineare come tale valutazione debba avvenire dapprima secondo il *modello cd. «atomistico-analitico»* (che comporta un iniziale, rigoroso esame di ciascun singolo «fatto indiziante» emergente dalla narrazione del ricorrente), per poi procedere a una *valutazione complessiva e globale* di tutti quei fatti che, alla luce dei principi di coerenza logica, compatibilità inferenziale, congruenza espositiva, concordanza prevalente, possa condurre all'approdo della prova presuntiva del *factum probandum*. Ad avviso della Corte (chiamata a pronunciarsi avverso la decisione di una Corte territoriale che aveva ritenuto non credibile il racconto di una giovane donna nigeriana, nella parte relativa alla sottoposizione a tratta a fini sessuali, solo in ragione di una valutazione di non attendibilità del racconto relativo alla condizione soggettiva della ricorrente nel suo complesso), alla stregua di tale ragionamento probatorio, il giudice ben potrà ritenere credibili solo parte delle dichiarazioni del ricorrente, non potendosi ritenere che un giudizio negativo di credibilità su alcune parti del racconto possa travolgere tutte le singole circostanze oggetto di dichiarazione.

A diverse conclusioni sembra giungere la Suprema Corte, nell'ordinanza n. 26149 del 2022, laddove – utilizzando le categorie della *credibilità intrinseca ed estrinseca* – afferma che nei casi in cui il ricorrente lamenti un difetto di cooperazione istruttoria con riferimento all'allegazione di fatti persecutori o a un rischio di danno grave «individualizzato» di cui all'art. 14, lett. a) e b), d.lgs. 251 del 2007, una volta esclusa la credibilità intrinseca della narrazione offerta dal richiedente asilo alla luce di riscontrate contraddizioni, lacune e incongruenze, non deve procedersi al controllo della credibilità estrinseca – che attiene alla concordanza delle dichiarazioni con il quadro culturale, sociale, religioso e politico del Paese di provenienza, desumibile dalla consultazione di fonti internazionali meritevoli di credito – poiché tale controllo assolverebbe alla

funzione meramente teorica di accreditare la mera possibilità astratta di eventi non provati riferiti in modo assolutamente non convincente dal richiedente.

Ancora in tema di valutazione di credibilità, la Corte di cassazione, con ordinanza n. 11910 del 2022, ha precisato che, ai fini della valutazione di credibilità del ricorrente, il giudizio di *verosimiglianza o plausibilità*, ovvero lo stesso giudizio di ragionevolezza, non può essere eseguito comparando il racconto del richiedente con ciò che risulti ragionevole per il giudice o un cittadino europeo medio, o con ciò che normalmente accade in un Paese europeo, dovendo farsi piuttosto riferimento alla plausibilità dei fatti pertinenti asseriti nel contesto delle condizioni esistenti nel suo Paese di origine, compresi genere, età, istruzione e cultura.

VISTI ASILO e/o UMANITARI

Nei precedenti numeri 1 e 2 del 2022 della *Rivista* abbiamo rassegnato alcune pronunce del Tribunale di Roma relative al rilascio di visti d'ingresso asilo, ai sensi dell'art. 10, co. 3 Cost., o di visti umanitari, *ex art.* 25 Codice Visti (Regol. 810/2009) e della loro negazione giudiziale, con l'unica eccezione di una prima ordinanza (21.12.2021 in questa *Rivista* n. 1.2022) che, invece, aveva accolto la richiesta di due giovani afgani ordinando allo Stato italiano il rilascio di visti umanitari. Decisione poi annullata in sede di reclamo proposto dal Ministero (in *Rivista* 2.2022).

L'orientamento negativo del Tribunale romano ha motivato il diniego per inapplicabilità diretta dell'art.10, co. 3 della Costituzione, per inesistenza di un obbligo per lo Stato di rilasciare visti umanitari secondo il Codice Visti e comunque finalizzati alla richiesta di protezione internazionale, per inesistenza di obblighi costituzionali o internazionali dello Stato in assenza di collegamento territoriale o di esercizio della giurisdizione, tale non essendo l'attività svolta dalle Ambasciate. Secondo il Tribunale l'unica possibilità prevista da potenziali richiedenti asilo era attraverso i c.d. corridoi umanitari, cioè le procedure delineate nel Protocollo siglato, quanto all'Afghanistan, tra il Ministero dell'interno, UNHCR e alcune associazioni del Terzo Settore, per l'ingresso in Italia, entro 2 anni, di 1200 persone afgane ritenute meritevoli di protezione.

Decisioni che hanno indotto notevoli perplessità, non solo perché disattendevano differenti e pregressi orientamenti giurisprudenziali (Trib. Roma 28.11.2019 RG. 22917/2019, confermata da Corte appello Roma 11.1.2021 RG. 2525/2020) ma anche perché non si prendevano cura di spiegare né come possa essere legittimato l'ingresso nell'ambito dei c.d. corridoi umanitari in assenza di una disciplina normativa che li legittimi e dunque con criteri totalmente discrezionali, né perché siano consentiti corridoi collettivi e non individuali.

Successivamente, il medesimo Tribunale ha in parte modificato il contenuto motivazionale dei rigetti delle domande giudiziali nel frattempo proposte, soffermandosi principalmente sulla *questione della giurisdizione*, ovverosia se essa sia esercitata nei luoghi delle Ambasciate

italiane nel momento in cui una persona straniera chieda il visto d'ingresso e se, dunque, in quel caso lo Stato italiano eserciti un potere di natura tale da far sorgere l'obbligo di rispettare i doveri costituzionali o internazionali.

Questione affrontata nell'ordinanza collegiale 24.6.2022 RG. 23824/2022 con cui il Tribunale di Roma ha rigettato il reclamo proposto avverso la decisione monocratica di diniego di visto d'ingresso umanitario di cittadini afghani, ritenendo insussistente la giurisdizione sulla base dei criteri ricavabili dalla giurisprudenza europea e della CEDU, ai quali la decisione ha fatto espresso e ampio richiamo. In sostanza, il giudice romano ha ritenuto che allorquando viene chiesto il visto d'ingresso presso le Ambasciate non si è sul territorio nazionale (criterio territoriale, principale, della giurisdizione), ma non c'è nemmeno una relazione qualificata tra lo Stato e l'individuo in quanto non viene esercitato su quest'ultimo alcun potere di controllo effettivo (tale essendo solo quello «attraverso l'uso della forza o dell'autorità»), come accade alle frontiere o in base alla legge del mare e dunque solo «Ove vi è una spendita di potere in grado di incidere con effetto sulla sfera giuridica del destinatario, lo Stato non può dichiararsi estraneo rispetto alle richieste che gli vengono rivolte». Secondo il Tribunale, la semplice richiesta di visto (che, secondo l'ordinanza in esame potrebbe essere chiesta a qualsiasi altra Ambasciata) non rientra in quella declinazione del concetto di giurisdizione e pertanto non fa sorgere alcun obbligo per lo Stato perché non c'è una relazione giuridicamente qualificata.

Peraltro, secondo la pronuncia in commento, il rilascio di visti umanitari, in forza dell'art. 25 Codice Visti o dell'art. 51 Carta di Nizza, è una mera facoltà discrezionale dello Stato e non un obbligo.

Infine, quasi come *obiter dictum*, con riguardo all'immediata precettibilità dell'art. 10, co. 3 Cost. affermata dalle Sezioni Unite della Cassazione fin dagli anni '90 del secolo scorso (nn. 4674/97 e 907/99) e al diritto (quantomeno) di ingresso che la norma sottende (Cass. n. 8423/2004), il Tribunale afferma che detta giurisprudenza «esprime un principio generale che presuppone tuttavia come già risolto positivamente il tema della giurisdizione», precisando che «Nessuna di tali pronunce che hanno in tal senso statuito pone un dovere di accoglienza in capo allo Stato italiano, a prescindere cioè da una preesistente relazione qualificata idonea a radicare la giurisdizione su un particolare individuo».

Affermazione che riporta anche l'asilo costituzionale (dunque non solo la normativa europea di protezione internazionale) nell'alveo della cornice della giurisdizione, lasciando presagire uno scenario, anche giurisprudenziale, di forte contenimento di un precetto costituzionale che, tuttavia, non pare sinceramente offrire alcuna legittimazione in tal senso.

La preoccupazione che traspare anche da questa decisione, oltre che dalle altre rassegnate nei precedenti numeri della *Rivista* e dalla giurisprudenza europea, è di spalancare le porte a un flusso indistinto, indiscriminato e numeroso di richiedenti asilo, e non è un caso che la pronuncia in commento evochi il rischio di "scelta" dell'Ambasciata presso cui fare richiesta di visto, che

farebbe saltare l'impianto del Regolamento Dublino, cioè le rigide (quanto inattuata e inefficaci) regole di distribuzione territoriale dei richiedenti asilo all'interno dell'Unione europea.

Diritto di scelta che, in generale, quando si tratta di persone straniere gli ordinamenti difficilmente riconoscono, perché la loro condizione è di subalternità giuridica, prima ancora che sociale.

Di diverso tenore l'ordinanza del Tribunale di Roma 24.5.2022 RG. 15094/2022, con cui è stato riconosciuto il diritto al rilascio di un visto d'ingresso in Italia «*per proporre domanda di protezione internazionale*» a un cittadino del Marocco di etnia Saharawi, attivista politico di quel popolo, con una peculiare storia, anche processuale. Egli, infatti, aveva vissuto per alcuni anni in Italia per ricongiungimento al padre, dal 2002 al 2008 e, in occasione di un rientro in Marocco era stato detenuto e torturato dalle autorità marocchine, liberato dopo anni grazie a un forte intervento di Amnesty Italia e dell'UNHCR, fuggito poi in Tunisia ove non gli è stata offerta alcuna protezione ma anzi intimato di non denunciare le autorità del Marocco. In varie occasioni il cittadino saharawi aveva chiesto all'Italia il rilascio di visti d'ingresso per motivi di salute (stante le gravissime conseguenze delle torture subite), rifiutatigli per effetto di una segnalazione Schengen inserita dal Marocco. Nel frattempo Amnesty si era attivata per riattivare la procedura di rinnovo del permesso di soggiorno presentata nel 2007 e/o per l'eventuale rilascio di un permesso per protezione speciale, ma era stato opposto un rifiuto avverso il quale egli ha proposto ricorso davanti al Tribunale di Firenze, chiedendo il rilascio di un permesso di soggiorno provvisorio, per motivi umanitari o di protezione speciale, propedeutici al rilascio di un visto di reingresso. Il Tribunale di Firenze ha rigettato il ricorso nella parte relativa al permesso di soggiorno ritenendo necessaria la presenza sul territorio nazionale e declinando la propria competenza, a favore del Tribunale di Roma, per la parte relativa alla richiesta di visto. Riassunto il giudizio davanti al giudice romano, questi ha accolto la domanda, ordinando il rilascio del visto al fine di proporre domanda di protezione internazionale, dopo avere accertato la sua condizione di perseguitato politico e avere ritenuto la Tunisia (Paese ospitante) Paese terzo non sicuro.

La particolarità della pronuncia sta nella *qualificazione di giurisdizione*, ovverosia di quel collegamento tra il richiedente il visto per ragioni di asilo (latamente inteso) o umanitarie e lo Stato, che, come si è visto nella decisione del Tribunale sopra rassegnata, è stato sinora declinato rigidamente, ovverosia solo in presenza di un collegamento fisico con il territorio (frontiera o nave italiana o in caso di omesso soccorso in mare dovuto al rispetto della cd. legge del mare) o se c'è una forma di controllo statale sull'individuo o sul territorio, escludendosi che ciò avvenga in caso di richiesta di visto alle Ambasciate italiane.

L'ordinanza del Tribunale di Roma di maggio fa un passo avanti, attenuando la rigidità di tale schema. Essa, infatti, rinviene il «*solido criterio di collegamento con lo Stato italiano*» certamente nella pregressa presenza in Italia del cittadino saharawi, interrottasi nel 2008 per cause di forza maggiore (la detenzione in Marocco), ma anche nella strenua volontà dell'Italia di negargli il visto,

per reingresso o per motivi di salute, quest'ultimo chiesto per motivi evidentemente indipendenti dalla pregressa presenza sul territorio italiano. Afferma, infatti, il Tribunale che «Il ricorrente è stato impossibilitato ad accedere sul territorio italiano [...] per fatti indipendenti dalla sua volontà e dipendenti in parte dalle autorità italiane che gli avevano negato l'accesso a causa di una illegittima segnalazione alla banca dati del SIS da parte delle autorità marocchine».

A una prima lettura, pare potersi affermare che soprattutto il comportamento delle Autorità italiane, più che la pregressa presenza in Italia, sia stato dirimente per ordinare allo Stato italiano il rilascio del visto. Questo, infatti, non è “semplicemente” un visto, ma un visto per «*presentare domanda di protezione internazionale*», cioè per la tutela di un diritto fondamentale (l'asilo) che, rispetto alla presenza in Italia 14/15 anni or sono, è legato da tenuissimo filo “storico”, in quanto le ragioni che hanno indotto il cittadino saharawi a chiederlo risiedono nella sua *attuale condizione giuridica*, di asilante, di perseguitato dal Marocco e di non protetto dalla Tunisia, mentre quella vissuta fino al 2008 era di familiare di cittadino straniero regolarmente soggiornante in Italia. È con riguardo all'attuale condizione che lo Stato italiano ha posto in essere un'attività – il diniego di visto – che consente di ritenere integrato il requisito della giurisdizione, perché è attraverso quel comportamento amministrativo che si è attuata una forma di controllo sul richiedente, impedito giuridicamente e dunque fisicamente a fare ingresso regolare sul territorio italiano.

Se così non fosse, qualsiasi persona straniera che abbia vissuto per un determinato periodo di tempo in Italia potrebbe, anche a distanza di anni, chiedere e ottenere un visto per sfuggire *oggi* a una delle molteplici violazioni dei diritti umani che integrano il diritto d'asilo.

Dunque, pare scorgersi un timido ma importantissimo avanzamento nell'individuazione di un diverso e più effettivo criterio di giurisdizione, che attiene all'espletamento di concrete funzioni statali attraverso le quali lo Stato esercita sostanzialmente un controllo sull'individuo nel momento in cui nega (o, per converso, rilascia) un visto, cioè l'autorizzazione a entrare sul proprio territorio e dunque a fare ingresso *fisico* nella giurisdizione italiana. In altri termini, il diniego di visto equivale a negare l'ingresso e quel rifiuto è di per sé giustiziabile davanti all'Autorità giudiziaria (artt. 24 e 113 Cost.) e negarlo equivarrebbe a escludere dalla verifica giudiziale solo determinati provvedimenti della PA sul presupposto, tautologico, che solo per essi non vi sia giurisdizione. Ciò che, invece, non è ritenuto per tutti gli altri tipi di visto negati dalle Rappresentanze diplomatiche italiane (visto per lavoro, per famiglia, per studio, per motivi religiosi, ecc. ecc.), tutti giustiziabili davanti a differenti Autorità giudiziarie. Giurisdizione che, pertanto, sussiste tutte le volte nelle quali la PA neghi l'autorizzazione (visto) a entrare sul territorio nazionale, perché in quel momento, con quella determinazione, esercita un controllo, fisico e giuridico, sulla persona richiedente il visto.

Ma se c'è giurisdizione, non può non esserci un obbligo dello Stato di tutelare i diritti fondamentali inviolabili, come il diritto d'asilo, anche qualora il bisogno di protezione avvenga in luogo extraterritoriale, e la tutela giurisdizionale non può essere limitata al diritto a presentare ricorso,

ma deve necessariamente riguardare anche il bene della vita (il diritto) richiesto all'Autorità giudiziaria, tanto più nel caso riguardi il diritto d'asilo, che notoriamente preesiste al suo riconoscimento e può essere accertato dal giudice qualora l'amministrazione lo neghi.

La tesi, invece, che nega esista la giurisdizione nelle Ambasciate italiane, di fatto non spiega perché la negazione di un'autorizzazione non equivalga al controllo su una persona esercitato attraverso le funzioni statali, limitandosi ad asserirlo.

LA PROTEZIONE UMANITARIA E LA PROTEZIONE SPECIALE

La giurisdizione ordinaria in tutti i casi di rifiuto del permesso per motivi umanitari

L'ordinanza n. 2716/2022 della Corte di cassazione ha ritenuto sussistente la giurisdizione ordinaria in un caso di diniego di permesso di soggiorno per motivi umanitari (rilasciabile direttamente dal questore ai sensi dell'art. 5, co. 6 TU d.lgs. 286/98 nel regime previgente alla riforma del d.l. n. 113/2018) anche qualora manchi il propedeutico parere della Commissione territoriale. La Corte muove dalla premessa secondo cui l'originario art. 5, co. 6 TU immigrazione prevedeva due distinte possibilità per il rilascio del titolo umanitario: in sede di procedimento di protezione internazionale, con rinvio al questore da parte della Commissione territoriale (*ex art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008*), oppure con domanda presentata direttamente al questore che valutava direttamente (*ex art. 5, co. 6, d.lgs. 286/98 e art. 11, co. 1 lett. c-ter*) d.p.r. 394/99) o, ancora, in alcuni casi di inespellibilità (*ex art. 19, co. 1 e co. 1.1 d.lgs. 286/98, art. 11, co. 1 lett. c-ter*) e art. 28, co. 1 lett. d) d.p.r. 394/99). Nel caso esaminato dalla Cassazione il cittadino straniero aveva presentato domanda direttamente al questore, che l'aveva negato ritenendo insussistenti i presupposti di legge e, proposto ricorso, il Tribunale di Milano l'aveva dichiarato inammissibile in quanto la domanda doveva essere presentata alla Commissione territoriale nell'ambito di una domanda d'asilo; decisione confermata anche dalla Corte d'appello meneghina secondo cui il mancato rispetto della procedura amministrativa rendeva l'atto non impugnabile. La Cassazione ha censurato radicalmente dette statuizioni, innanzitutto perché non hanno tenuto conto delle differenti procedure indicate dalla legge per il rilascio del permesso per motivi umanitari, ma anche perché il provvedimento amministrativo che ritenga non rispettata una determinata procedura amministrativa è comunque impugnabile davanti al giudice ordinario quando si verta in materia di diritti soggettivi, come nel caso del permesso umanitario. Afferma la Corte che il questore si era comunque pronunciato sulla richiesta di rilascio del titolo umanitario e dunque quel provvedimento era giustiziabile davanti all'Autorità giudiziaria che non si limita alla verifica della mera legittimità amministrativa ma accerta l'esistenza, o meno, del diritto soggettivo, a natura fondamentale. Precisa la Cassazione che proprio perché il questore si era pronunciato «vi è stato un esplicito rigetto della richiesta, emesso da una Autorità astrattamente idonea a pronunciarsi, che andava valutato in sede giurisdizionale con riguardo alla motivazione del rifiuto».

Protezione umanitaria e comparazione attenuata

La Corte di cassazione continua a delineare i criteri per il riconoscimento della protezione umanitaria alla luce dell'importante arresto delle Sezioni Unite n. 24413/2021, che, pur ritenendo inapplicabile ai giudizi pendenti davanti a sé la nuova disciplina del novellato art. 19, commi 1, 1.1. e 1.2. TU d.lgs. 286/982020 (*ex art. 15, d.l. n. 130/2020*), ha rivisitato il concetto di comparazione che, nel previgente regime, la giurisprudenza aveva ritenuto necessaria per il riconoscimento della protezione umanitaria. Criteri che valgono a livello interpretativo anche per il riconoscimento della nuova protezione speciale, che detta comparazione, tuttavia, non richiede. Con l'ordinanza n. 677/2022 la Cassazione ribadisce la necessità di applicazione del parametro di «comparazione attenuata» in presenza di un forte radicamento del/della richiedente asilo nella società italiana, accertabile alla luce delle relazioni familiari e/o sociali e/o lavorative, e/o delle attività eventualmente svolte, ovverosia in riferimento all'intera rete di relazioni che si è costruito/a in Italia, come espressamente chiarito dalle Sezioni Unite n. 24413/2021. In presenza di uno di tali indici di radicamento, il giudizio di comparazione deve considerare non tanto se nel Paese di origine il/la richiedente possa nuovamente rischiare la lesione di diritti fondamentali quanto se il rimpatrio in sé rappresenti lesione degli stessi. Sulla base di questi principi la Corte di legittimità ha annullato la sentenza della Corte d'appello di Bologna che, contrariamente al Tribunale, aveva ritenuto irrilevante per la protezione umanitaria la *presenza di figli minori in età prescolare e i tirocini formativi* seguiti dalla richiedente asilo, cittadina nigeriana già vittima di tratta.

Sulla rilevanza della comparazione attenuata si veda anche l'ordinanza di Cassazione n. 465/2022.

Protezione umanitaria e attività lavorativa

L'ordinanza n. 10130/2022 della Cassazione ha censurato la pronuncia con cui il Tribunale di Bologna aveva rigettato non solo la richiesta di riconoscimento della protezione internazionale ma anche di quella umanitaria in quanto le attività lavorative svolte (prevalentemente in agricoltura), pur dimostrando la seria intenzione del richiedente di integrarsi, non erano di per sé sufficienti al riconoscimento della tutela complementare, in assenza di elementi di particolare vulnerabilità e di rischio di lesione di diritti fondamentali in caso di rimpatrio in Nigeria. La Cassazione precisa che *l'integrazione, anche se limitata all'attività lavorativa*, impone di adottare un giudizio di comparazione attenuata in quanto la perdita del lavoro di per sé può indurre una lesione al diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU.

Nel senso della rilevanza dell'attività lavorativa si pone anche l'ordinanza n. 6111/2022 della Corte di cassazione che ha censurato la decisione del Tribunale di Napoli, il quale aveva negato anche la tutela umanitaria ritenendo non sufficiente la produzione del contratto di lavoro a tempo indeterminato/dichiarazione UNILAV in assenza di produzione delle buste paga o di altri documenti attestanti l'effettività del lavoro. Secondo la Cassazione «il documento prodotto costituisce prova sufficiente dell'effettiva sussistenza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, trattandosi di atto proveniente dal datore di lavoro, considerando altresì la possibilità di esercitare i poteri ufficiosi, di cui dispone il giudice nelle cause di protezione internazionale, al fine di accertare l'effettivo svolgimento di attività lavorativa».

Di interesse anche l'ordinanza n. 8373/2022 della Cassazione, che, censurando una pronuncia del Tribunale di Venezia, afferma la rilevanza anche di *attività lavorative precarie* e della correlata esigua capacità reddituale quando sia dimostrata una progressione reddituale «in grado di fornire indicazioni utili quanto al consolidarsi del processo di integrazione dello straniero nel nostro Paese».

Infine, merita di essere segnalata l'ordinanza n. 26089/22 della Cassazione, che, annullando una sentenza della Corte d'appello di Cagliari, ha ribadito la rilevanza di vari indici di integrazione, tra i quali l'attività lavorativa pur svolta con contratti precari. Evidenzia la Corte che la giurisprudenza di legittimità ha «sottolineato sia il peso specifico dell'integrazione lavorativa che delle attività formative (Cass. 7396 del 2021) e da ultimo, ha evidenziato che (Cass. 16369/2022) anche la seria intenzione d'integrazione sociale, desumibile da una pluralità di attività, può rilevare ai fini della protezione umanitaria, quantunque essa non si sia ancora concretizzata in un'attività lavorativa a tempo indeterminato, specie se si consideri che tale obiettivo presenta difficoltà non irrilevanti anche per i cittadini del paese ospitante».

Protezione umanitaria e diritto all'unità familiare

Con ordinanza n. 467/2022 la Cassazione ha annullato una sentenza della Corte d'appello di Bologna che aveva negato a richiedente asilo del Marocco la protezione umanitaria (oltre a quella internazionale) ritenendo irrilevante la presenza in Italia di una figlia cittadina italiana, avuta da pregressa relazione affettiva. La Corte precisa, innanzitutto, la differenza della tutela umanitaria rispetto al divieto di inespellibilità di cui all'art. 19, co. 2 lett. c) TU d.lgs. 286/98 (che richiede la convivenza con il familiare italiano) e anche rispetto all'autorizzazione *ex art.* 31, co. 3 del medesimo TU immigrazione (che volge l'attenzione essenzialmente sul pregiudizio del minore). La tutela umanitaria, invece, può valorizzare il pregiudizio che al genitore sia recato dalla privazione di una relazione con il figlio presente sul territorio nazionale. Afferma, infatti, la Corte che «L'esistenza di una significativa relazione con la discendente, anche se non convivente, doveva

però essere valutata in funzione dell'eventuale concessione della protezione umanitaria, venendo in rilievo, alla luce della tutela approntata dagli artt. 2 e 3 Cost., “il rischio di un danno attuale da perdita di relazioni affettive” (cfr. Cass., SU, 24413/2021, par. 43)».

Protezione umanitaria, tratta, violenze domestiche

Con l'interessante ordinanza n. 676/2022 la Cassazione ha affrontato nuovamente la questione dell'incidenza del fenomeno della tratta di esseri umani, in specifico finalizzata alla prostituzione, sulla protezione internazionale e/o sulla protezione umanitaria. La Corte ricostruisce ampiamente, innanzitutto, il quadro normativo, internazionale europeo e nazionale di contrasto alla tratta di esseri umani, mettendo poi in relazione le disposizioni ivi previste con gli strumenti normativi di prevenzione e lotta contro la violenza di genere (Convenzione di Istanbul del 2011 - legge 77/2013) e con la normativa in materia di protezione internazionale, arrivando a definire la tratta non solo violazione di diritti umani fondamentali ma anche atto di persecuzione contro un particolare gruppo sociale (quello delle donne), presupposto per il rifugio politico. Partendo da tale approdo, precisa la Corte che non è sufficiente il fatto in sé di essere stata vittima di tratta, tuttavia qualora questa condizione emerga deve essere esaminata secondo le regole normative in materia di protezione internazionale, le quali, quanto alla credibilità soggettiva, subiscono modificazioni in ragione della specifica condizione secondo i c.d. indicatori della tratta elaborati dal Ministero dell'interno e da UNHCR, e, quanto alla credibilità estrinseca, impongono al giudice di verificare attentamente e approfonditamente le pertinenti informazioni sul fenomeno e sulla realtà ad esso afferente sia nei Paesi di transito che in quello di origine, ove avverrebbe il rimpatrio. Afferma la Corte che «Il giudizio di plausibilità o di verosimiglianza, quando si faccia riferimento a fenomeni che hanno una loro specifica connotazione e che non possono essere compresi se non assumendo delle informazioni pertinenti, deve essere necessariamente rapportato nel contesto delle condizioni esistenti del Paese di origine e nel contesto delle condizioni del richiedente (Cass. 6738/2021). Esso è infatti fondato sull'*id quod plerumque accidit*, che ha una sua dimensione spaziale e temporale; ciò che è vero o verosimile in un dato luogo e in dato tempo può non esserlo in altro luogo ed in altro tempo». Informazioni pertinenti sul Paese di origine che, precisa la Cassazione, devono riguardare anche il rischio di un eventuale rimpatrio, se cioè comporti l'esposizione a una particolare vulnerabilità in termini di svantaggio sociale o economico o per il rischio di essere nuovamente trafficate.

La Corte esclude che, il rischio di *re-trafficking* possa condurre al riconoscimento della protezione sussidiaria, giacché esso comporta di per sé il riconoscimento del rifugio, afferendo al timore di subire atti persecutori. Qualora, invece, pur essendo credibile la condizione di (già) vittima di tratta ma difetti il rischio in caso di rimpatrio, potrà essere riconosciuta, caso per caso, la protezione umanitaria (se non sia stato riconosciuto il permesso *ex art. 18 TU 286/98*, di cui la pronuncia in *Rassegna* evidenzia le differenze) secondo il paradigma della comparazione, «in

questo caso ponendo particolare attenzione al fatto che le violenze subite, nel Paese di origine, nel Paese di transito o in Italia, possono essere state fortemente traumatiche e idonee ad incidere sulla condizione di vulnerabilità della persona (Cass. 25734 del 22/09/2021), nonché sulla sua capacità di reinserirsi, preservando le inalienabili condizioni di dignità umana, in un contesto sociale punitivo verso le donne che hanno esercitato il meretricio».

Anche l'ordinanza n. 5467/2002 della Corte di cassazione ha esaminato un ricorso in cui si dibatteva del riconoscimento della protezione internazionale o di quella umanitaria richiesta da una donna nigeriana che dichiarava essere stata vittima sia di violenze domestiche che di traffico di esseri umani. Tutela negata dalla Corte d'appello di Milano e prima ancora dal Tribunale, per difetto di credibilità. La Corte ricorda che, secondo la giurisprudenza di legittimità, «la valutazione di inattendibilità del racconto del richiedente, per la parte relativa alle vicende personali di quest'ultimo, non può impedire l'accertamento officioso, relativo all'esistenza ed al grado di privazione dei diritti umani nell'area di provenienza del cittadino straniero, in ordine all'ipotesi di protezione umanitaria». Ricorda anche che qualora emerga un quadro indiziario, anche incompleto, che faccia temere che la richiedente sia stata vittima di tratta, il giudice non può arrestarsi al difetto di allegazione ma deve disporre l'audizione per cercare di comprendere meglio la vicenda personale (Cass. n. 24573 del 2020). Afferma, poi, che gli atti di violenza domestica rappresentano violazione di diritti fondamentali ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di Istanbul del 2011, i quali possono condurre al riconoscimento della protezione sussidiaria, *ex art.* 14 lett. b), d.lgs. 25/2008 (Cass. 21 ottobre 2020, n. 23017; Cass. 12 febbraio 2021, n. 3701). In caso, tuttavia, non si rinvercano i presupposti della protezione internazionale va valutata la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria, effettuando la comparazione tra la condizione vissuta in Italia e il rischio di compromissione dei diritti fondamentali in caso di rimpatrio «ponendo particolare attenzione al fatto che le violenze subite possono essere state fortemente traumatiche e idonee ad incidere sulla condizione di vulnerabilità della persona, nonché sulla sua capacità di reinserirsi socialmente in caso di rimpatrio, preservando le inalienabili condizioni di dignità umana (Cass. n. 676 del 2022)».

Protezione umanitaria, disabilità e discriminazione sociale

L'ordinanza n. 13400/2022 della Corte di cassazione ha trattato la questione della rilevanza, ai fini della protezione umanitaria, della condizione di invalidità del richiedente invalido, al quale il Paese di origine non offra adeguata tutela ma, anzi, lo discrimini. Il ricorso è stato dichiarato inammissibile dalla Corte per difetto di valida procura alle liti (cfr. Corte cost. n. 13/2022) ma ha deciso di esaminare comunque la questione in pubblica udienza data la sua importanza. Il Tribunale di Bologna aveva respinto il ricorso ritenendo insussistente una condizione di grave e seria vulnerabilità perché il richiedente non era indigente e poteva ricevere cure sanitarie anche

in Tunisia. La Cassazione ha censurato la mancata valutazione della condizione di discriminazione allegata in giudizio dal richiedente, lesiva della sua dignità personale, in quanto aveva dimostrato di non riuscire nemmeno a trovare lavoro a causa dello stigma sociale in Tunisia nei confronti delle persone affette da disabilità. Discriminazioni la cui credibilità non è stata messa in discussione dal giudice bolognese che, tuttavia, ha ommesso di trarne le debite conseguenze ovvero sia che «la condizione individuale del ricorrente sia espressiva di una grave compressione del nucleo essenziale dei diritti umani che compongono lo statuto minimo della dignità personale», irrilevante che nel Paese di origine siano previsti ausili che non eliminano le gravi discriminazioni attuate nella società. Il *principio di diritto nell'interesse della legge* affermato dalla Cassazione è il seguente: «la condizione di vulnerabilità idonea a sorreggere il riconoscimento del diritto alla protezione umanitaria, può essere fondata sull'allegazione di una situazione di disabilità fisica o psichica generatrice, nel Paese di origine, di un trattamento discriminatorio, pur non derivante da atti o comportamenti statuali, dovuto ad emarginazione sociale e relazionale, secondo un modello culturale diffuso e non contrastato, tale da integrare una grave violazione dei diritti umani così come garantiti dagli artt. 2 e 3 della Costituzione e dall'art. 1 e seguenti della Convenzione ONU, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata in Italia con l. n. 19 del 2009».

La protezione speciale e lo sfruttamento lavorativo

Un'interessante pronuncia del Tribunale di Torino – ordinanza 24.5.2022 RG. 2945/2022 (3) – ha riconosciuto la protezione speciale a cittadino guineano a cui la questura di Torino aveva negato il rinnovo del permesso di soggiorno umanitario sulla base del parere negativo espresso dalla Commissione territoriale. Dopo avere dato conto delle modifiche legislative intervenute, ovvero sia del nuovo istituto della protezione speciale applicabile ai procedimenti amministrativi e ai giudizi in corso (*ex art. 15 d.l. n. 130/2020*), e avere rilevato che, nonostante il parere negativo della Commissione territoriale, il questore è tenuto, *ex art. 5, co. 9 TU 286/98*, a verificare l'esistenza di motivi nuovi sopravvenuti e/o della permanenza delle ragioni umanitarie, il Collegio torinese individua il presupposto per il riconoscimento della protezione speciale nello sfruttamento lavorativo subito dal cittadino guineano negli anni passati. È stato, infatti, accertato che era stato costretto a lasciare una struttura SAI siciliana di accoglienza per richiedenti asilo a causa della necessità di lavorare per provvedere al mantenimento della famiglia in Guinea, trovando lavoro in provincia di Foggia come bracciante agricolo per 13 ore al giorno e paga oraria di 4 euro. Condizione emersa nelle dichiarazioni del cittadino straniero (che ha evidenziato l'assenza di controlli delle istituzioni) e con riscontro anche in una relazione OIM redatta nell'ambito di un progetto contro la tratta e lo sfruttamento lavorativo.

Secondo il Tribunale di Torino «Non vi è dunque dubbio che le condizioni di lavoro particolarmente degradanti a cui è stato sottoposto il ricorrente siano idonee “ad esporre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione dell'individuo al rischio di azzeramento o riduzione al di

sotto della predetta soglia minima” (circostanza che la Corte di cassazione ha ritenuto sufficiente per il riconoscimento della protezione speciale prevista dall’art. 19, co. 1 e 1.1, d.lgs. n. 286 del 1998, laddove chiamata a decidere il caso di un richiedente i cui familiari versavano in condizioni di “povertà estrema” nel Paese d’origine; cfr. sentenza n. 15961/2021)». Richiamo alla giurisprudenza della Cassazione che evoca lo stretto legame tra sfruttamento lavorativo e povertà estrema, quest’ultima determinando l’inevitabilità, spesso, di assoggettarsi al primo laddove siano assenti controlli e interventi istituzionali (sulla rilevanza della povertà si veda anche, nella precedente *Rassegna* n. 2.2022, l’ordinanza della Cassazione n. 39848/2021). L’ordinanza valorizza anche il lavoro non regolare a cui il cittadino guineano era stato costretto, quale sforzo e volontà di integrazione, rilevante per il riconoscimento della protezione speciale.

Interessante anche la parte in cui nella pronuncia in esame il Giudice torinese *rimette in termini il ricorso*, pur presentato oltre i 30 gg. previsti dalla legge (art. 19-ter, d.lgs. 150/2011), ritenendo scusabile l’errore per la complessità delle questioni tecniche riferitegli dal primo avvocato a cui si era rivolto.

Protezione speciale e violenza nei Paesi di origine

Il Tribunale di Genova, con ordinanza 15.5.2022 ha riconosciuto la protezione speciale a richiedente asilo della *Guinea*, Paese nel quale nel 2021 è intervenuto un colpo di Stato che ha limitato fortemente le libertà fondamentali. Il Tribunale ha escluso la sussistenza dei presupposti della protezione sussidiaria in quanto il livello di violenza non rispetta i parametri indicati dalla Corte di giustizia dell’Unione europea.

Protezione speciale e revoca permesso - sospensione efficacia provvedimento

Con ordinanza 27.7.2022 RG. 3419/2022 il Tribunale di Messina ha concesso la sospensione dell’efficacia di un provvedimento del questore di revoca del permesso di soggiorno rinnovato per protezione speciale (già umanitario). La decisione è di interesse già nella descrizione della procedura, in quanto il questore aveva rinnovato il titolo di soggiorno pur in assenza del parere della Commissione territoriale, a cui era stato chiesto ma che non aveva risposto entro 30 gg., ritenendosi integrato il silenzio-assenso; successivamente, tuttavia, era pervenuto il parere negativo della CT e il questore aveva dunque disposto la revoca del permesso. Nell’ambito del giudizio proposto è stata chiesta la sospensione dell’efficacia del provvedimento, stante l’ordine contestuale di allontanamento dall’Italia, e il Tribunale l’ha concessa, a prescindere dalla correttezza o meno della procedura amministrativa, per avere accertato l’integrazione del cittadino straniero, titolare di contratto di lavoro a tempo indeterminato.

DIRITTI - VARIE

Il Titolo di viaggio e il permesso per protezione umanitaria/speciale

Da tempo i titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari (o protezione speciale) incontrano notevoli difficoltà nell'ottenere, o rinnovare, il proprio titolo di soggiorno a causa della impossibilità di ottenere il passaporto dalle proprie Autorità consolari, talvolta perché dalla richiesta deriverebbe un pericolo concreto, in altri per impossibilità oggettiva (non presenza in Italia dell'Autorità consolare o necessità di reperimento di documenti imprescindibili per il rilascio del passaporto acquisibili solo nel Paese di appartenenza, ecc.).

La questione rileva non solo per il rischio per il/la titolare di permesso umanitario/speciale di essere indotto/a alla irregolarità di soggiorno, ma per l'impossibilità stessa di fare rientro nel Paese di origine, con grave limitazione del diritto di circolazione.

Si segnala, in materia, Consiglio di Stato, sentenza n. 5947 del 13.7.2022 che, annullando la decisione del Tar Trento di rigetto del ricorso proposto avverso il diniego di rilascio di Titolo di viaggio a cittadino straniero titolare di permesso umanitario gravato da condanne, afferma innanzitutto l'irrilevanza della circolare del Ministero dell'interno del 1961 che lo escludeva in presenza di motivi «*imperiosi di sicurezza nazionale*» o di «*ordine pubblico*» (cioè anche in presenza di pregiudizi penali) in quanto all'epoca non esisteva la protezione internazionale e neppure quella umanitaria, ma, ancor prima, perché una circolare non può incidere su una norma di legge. Inoltre, afferma il Consiglio di Stato che il rilascio del Titolo di viaggio non è soggetto a valutazione di opportunità da parte della PA e il suo rifiuto non può oggi basarsi su prove rigorose di impossibilità di acquisire il passaporto bensì su fondate ragioni che impediscano alla persona di rivolgersi alle Autorità del proprio Paese (art. 24, d.lgs. 251/2007). Infatti «la rigorosa condizione per il rilascio del titolo di viaggio dell'aver lo straniero dimostrato di essere nell'impossibilità di ottenere un passaporto dalle autorità del suo Paese, non pare trovi più giustificazione, posto che le categorie alle quali è riconosciuto ora il titolo di viaggio non sono più le “persone cui le Autorità Italiane riterranno opportuno rilasciare il detto titolo”, ma sono espressamente coloro i quali sono titolari dello status di protezione sussidiaria (come si desume da dir. n. 2004/83/CE e artt. 10 e 11 Cost.) e coloro che sono titolari di status di protezione umanitaria (tutelati ex art. 10 Cost.), di conseguenza tale prova rigorosa non è più prevista, infatti l'art. 24 del d.lgs. 251/2007 prevede solo “fondate ragioni che non consentono al titolare dello status di protezione sussidiaria di chiedere il passaporto alle autorità diplomatiche del Paese di cittadinanza”». Fondate ragioni che si integrano «in tutte quelle circostanze in cui gli apparati burocratici del Paese di appartenenza rendono impossibile al cittadino di conseguire il documento richiesto» e non solo nel caso in cui il contatto o il rientro nel proprio Paese di origine costituirebbero motivo di pericolo per la persona. Inoltre, qualora vengano in rilievo i «gravissimi motivi attinenti la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico che ne impediscono il rilascio», di cui all'art. 24, co. 3, d.lgs. 251/2007 attuativo dell'art. 25, dir. 2004/83/CE, comunque «la valutazione, connotata da ampia discrezionalità, del questore, circa la sussistenza di ragioni di

ordine pubblico per negare il titolo di viaggio, non può tuttavia trasformarsi in una statuizione arbitraria, una mera petizione di principio», per cui il mero riferimento alla pregressa commissione di reati, senza alcuna ulteriore valutazione, non consente di ritenere positivamente accertata la sussistenza di detti gravissimi motivi attinenti all'ordine pubblico.

Passaporto e domanda di rinnovo del permesso per protezione speciale

La questione del possesso del passaporto per la presentazione della domanda di permesso per protezione speciale (o suo rinnovo) è stata nuovamente portata all'attenzione dell'Autorità giudiziaria, stante la prassi in uso in molte questure di ritenerlo imprescindibile per l'avvio del procedimento. Pretesa che ha già avuto censure da parte dei Tribunali. Oltre alle decisioni indicate nelle precedenti *Rassegne* (n. 3.2021 e n. 2.2022), si segnala l'ordinanza 7.6.2022 RG. 13135/2022 del Tribunale di Milano, che ha riguardato il caso di un cittadino pakistano, originario della provincia del Belucistan, a cui la Commissione territoriale aveva riconosciuto la protezione umanitaria (oggi speciale) in ragione della grave instabilità ivi accertata, e al quale, tuttavia, la questura di Milano negava da un anno la formalizzazione della domanda di rinnovo a causa della mancanza di passaporto. Il giudice meneghino esclude che per la protezione speciale valga la deroga prevista dall'art. 9, co. 3 e 6, d.p.r. 394/99 (Regolamento di attuazione del TU immigrazione) per i richiedenti asilo o per i permessi *ex artt.* 18 e 20 TU d.lgs 286/98 o per acquisto cittadinanza o apolidia, in quanto il comma 3 distingue il passaporto dalla documentazione e pertanto il passaporto è astrattamente requisito di ammissibilità. Tuttavia, il Tribunale analizza il concetto di «*altro documento equipollente*» al passaporto indicato proprio dal predetto comma 3 e la conclusione a cui perviene è che il permesso di soggiorno rilasciato precedentemente dalla questura è da ritenersi documento equipollente in quanto risponde alla previsione generale della norma regolamentare («a) il passaporto o altro documento equipollente da cui risultino la nazionalità, la data, anche solo con l'indicazione dell'anno, e il luogo di nascita degli interessati, nonché il visto di ingresso, quando prescritto») e dall'art. 4, co. 1, d.lgs 142/2015 («Il permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445»).

Dopo avere richiamato le circolari del Ministero degli affari esteri n. 48 del 1961 e del Ministero dell'interno n. 300 del 2003 sulla rilasciabilità del Titolo di viaggio anche per coloro che hanno avuto il riconoscimento della protezione umanitaria se i contatti con le Autorità del Paese di appartenenza esporrebbero la persona a rischi per l'incolumità o di violazione di diritti fondamentali, nell'ordinanza viene giustificata l'identificazione attraverso il pregresso titolo di soggiorno e non mediante passaporto perché il mancato rinnovo del permesso di soggiorno comporterebbe il rischio di espulsione verso il Paese di origine in cui è stata accertata l'esistenza a tutt'oggi di una situazione di grave instabilità.

Permesso di soggiorno per richiesta asilo e attivazione di *PostePay Evolution*

Il Tribunale di Catania, con ordinanza *ex art.* 700 c.p.c. del 2.8.2022 RG. 9410/2022, ha accolto il ricorso proposto da richiedente asilo al quale Poste italiane aveva negato il rilascio della *PostePay Evolution* (che dispone di un codice IBAN) perché aveva ritenuto non idoneo quel tipo di permesso. Il giudice siciliano censura il rifiuto di Poste italiane, che qualifica come discriminatorio, richiamando l'art. 126-*noviedecies* del Testo unico in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385/1993 e successive modifiche), secondo cui «Le banche, la società Poste italiane s.p.a. e gli altri prestatori di servizi di pagamento abilitati ad offrire servizi a valere su un conto di pagamento» garantiscono il diritto all'apertura di un «conto di base» non solo ai cittadini italiani ed europei ma anche a tutte le persone straniere non comunitarie regolarmente soggiornanti nell'Unione europea in forza del diritto europeo e/o nazionale, compresi espressamente i richiedenti asilo (oltre che le persone senza fissa dimora). Disposizione che precisa che quel diritto deve essere riconosciuto senza discriminazione e a prescindere dal luogo di residenza.

Sulla medesima questione, che incide negativamente sul diritto al lavoro dei richiedenti asilo (e non solo) che possono ricevere lo stipendio solo su un conto creditizio con IBAN, si rinvia anche alla *Rassegna* del n. 2.2022.

LE MISURE DI ACCOGLIENZA PER RICHIEDENTI ASILO

Il diniego di accesso al sistema pubblico di accoglienza nella vigenza del d.l. n. 113/2018

A seguito della riforma recata dal d.l. n. 113/2018 anche al sistema di accoglienza per richiedenti asilo (di cui al d.lgs. 142/2015), il Tar Marche aveva rinviato alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 12, co. 6 di detto d.l., per ritenuta sospetta violazione dell'art. 3 Cost. nella parte in cui, a seguito dell'abrogazione del permesso di soggiorno umanitario (art. 5, co. 6 TU d.lgs. 286/98) e della restrizione dei destinatari delle misure di accoglienza, aveva disposto che i titolari della protezione umanitaria già accolti nel sistema pubblico di accoglienza SPRAR alla data di entrata in vigore della riforma del 2018 potevano permanervi sino alla conclusione del progetto di accoglienza, nulla disponendo per «coloro che, sempre per mera casualità, non vi sono stati ammessi per mancanza di posti» (Tar Marche ord. 109/2020).

Con sentenza n. 97 del 14.4.2022 la Corte costituzionale ha restituito gli atti al Tar Marche perché nelle more del giudizio costituzionale la normativa in materia di sistema pubblico di accoglienza è stata nuovamente riformata con il d.l. n. 130/2020, che ha ampliato la platea dei destinatari delle misure e ha diversificato i due livelli del sistema: «il primo dedicato ai richiedenti protezione internazionale, il secondo a coloro che ne sono già titolari, con servizi aggiuntivi

finalizzati all'integrazione». La Corte rinvia al giudice *a quo* perché la riforma del sistema per richiedenti asilo può consentire oggi al ricorrente di beneficiare delle nuove misure previste e, richiamando una propria recente pronuncia, afferma che «*lo ius superveniens*, costituito dall'art. 4 del d.l. n. 130 del 2020, come convertito, ha inciso “profondamente sull'ordito logico che sta alla base delle censure prospettate” (ordinanza n. 60 del 2021)». Nel contempo, la Corte evidenzia che anche il secondo livello del sistema potrebbe riguardare l'interessato, facendo applicazione dei principi espressi dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite nn. 29459, 29460 e 29461 del 2019, secondo cui la disciplina del d.l. n. 113/2018 si applica solo ai permessi per protezione umanitaria richiesti successivamente all'entrata in vigore di detta riforma.

La revoca delle misure di accoglienza per comportamento violento del richiedente asilo

La Corte di giustizia dell'Unione europea, con sentenza 1.8.2022, C-422/21, si è pronunciata sulla domanda pregiudiziale rinviatale dal Consiglio di Stato sull'interpretazione dell'articolo 20, paragrafi 4 e 5, della Direttiva 2013/33/UE (cd. Direttiva accoglienza), che indica i casi nei quali possono essere revocate le misure di accoglienza ai richiedenti asilo. Disposizione europea attuata dall'art. 23 d.lgs. 142/2015. Il rinvio era stato disposto in un giudizio proposto da richiedente asilo al quale erano state revocate le misure di accoglienza dalla prefettura di Firenze a seguito di una denuncia per lesioni a pubblici ufficiali in occasione di un accesso ad un treno senza biglietto; provvedimento annullato dal Tar Firenze che aveva ritenuto tale revoca e dunque l'art. 23, d.lgs. 142/2015 contrario al diritto unionale «come interpretato dalla Corte nella sua sentenza del 12 novembre 2019, *Haqbin* (C-233/18, EU:C:2019:956)» in quanto sanzione unica e automatica prevista in circostanze quali quelle che hanno dato origine al contenzioso.

Il Ministero dell'interno aveva proposto appello davanti al Consiglio di Stato il quale, dubitando della correttezza della sentenza del Tar, ha rinviato in via pregiudiziale alla CGUE in relazione a due questioni: la prima «se l'articolo 20, paragrafo 4, della direttiva 2013/33 debba essere interpretato nel senso che esso si applica a comportamenti gravemente violenti posti in essere al di fuori di un Centro di accoglienza» e la seconda «se l'articolo 20, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2013/33 debba essere interpretato nel senso che osta all'irrogazione, a un richiedente protezione internazionale che abbia posto in essere un comportamento gravemente violento nei confronti di pubblici funzionari, di una sanzione consistente nel revocare le condizioni materiali di accoglienza, ai sensi dell'articolo 2, lettere f) e g), di tale direttiva».

Al primo quesito la Corte risponde che l'articolo 20, paragrafo 4, della direttiva 2013/33 comprende anche comportamenti gravemente violenti posti in essere al di fuori di un Centro di accoglienza perché qualunque comportamento particolarmente violento può determinare un rischio per l'ordine pubblico e la sicurezza delle persone e dei beni, in qualunque luogo si manifesti.

Con riguardo al secondo quesito, invece, la CGUE richiama «il criterio di proporzionalità stabilito all'articolo 20, paragrafo 5, seconda frase, della direttiva 2013/33, in quanto anche le sanzioni

più severe intese a contrastare, in ambito penale, le violazioni o i comportamenti di cui all'articolo 20, paragrafo 4, di tale direttiva non possono privare il richiedente della possibilità di provvedere ai suoi bisogni più elementari (sentenza del 12 novembre 2019, *Haqbin*, C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956, punto 48)», ritenendo che comunque debba essere sempre salvaguardato il diritto del richiedente a un tenore di vita dignitoso, che soddisfi i suoi bisogni primari. Diritto rispetto al quale diventano recessive le garanzie procedurali prima della revoca, giacché anche in tal caso il richiedente asilo potrebbe trovarsi nell'impossibilità di far fronte ai suoi bisogni primari. Conclude, dunque, la Corte europea affermando il seguente principio: «L'articolo 20, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2013/33 deve essere interpretato nel senso che esso osta all'irrogazione, a un richiedente protezione internazionale che abbia posto in essere comportamenti gravemente violenti nei confronti di funzionari pubblici, di una sanzione consistente nel revocare le condizioni materiali di accoglienza, ai sensi dell'articolo 2, lettere f) e g), di tale direttiva, riguardanti l'alloggio, il vitto o il vestiario, qualora ciò abbia l'effetto di privare detto richiedente della possibilità di far fronte ai suoi bisogni più elementari. L'irrogazione di altre sanzioni ai sensi del citato articolo 20, paragrafo 4, deve, in qualsiasi circostanza, rispettare le condizioni di cui al paragrafo 5 di tale articolo, in particolare quelle relative al rispetto del principio di proporzionalità e della dignità umana».

I PROVVEDIMENTI c.d. DUBLINO (reg. 604/2013)

Il Tribunale di Roma è stato adito in via d'urgenza da richiedente asilo nei confronti del quale nel 2021 era stato annullato, dal medesimo Tribunale, il provvedimento di rinvio in Austria di richiedente asilo afgano ma il cui procedimento amministrativo non è mai stato definito dall'Unità Dublino con conseguente paralisi di quello attivabile in Italia per il riconoscimento della protezione internazionale. Mancata chiusura del procedimento Dublino giustificata dal Ministero dell'interno per la pendenza del ricorso davanti alla Corte di cassazione. Con ordinanza 2.9.2022 il Tribunale romano ha accolto il ricorso affermando che non vi è alcun effetto sospensivo automatico in relazione al ricorso per Cassazione (art. 3, co. 3-*octies*, d.lgs. n. 25/2008), diversamente da quanto disposto per il giudizio di protezione internazionale *ex* art. 35-*bis*, co. 13, d.lgs. 25/2008 e ciò in coerenza con le previsioni dell'art. 27, paragrafo 3, del regolamento 604/2013.

Inoltre, secondo il Tribunale «la sospensione del decreto di trasferimento [ndr: riconosciuta al ricorrente nel giudizio avverso il provvedimento di trasferimento] esaurisce la sua efficacia con la definizione del procedimento innanzi al Tribunale e la sospensione del decreto del Tribunale per il caso di ricorso in Cassazione non risulta prevista dal legislatore, tanto che – ove proposta – viene dichiarata inammissibile per costante orientamento della sezione specializzata adita».

Conseguentemente, il giudice ha ordinato al Ministero la chiusura del procedimento volto alla determinazione della competenza dell'Italia a esaminare la richiesta di riconoscimento della protezione internazionale, con attivazione immediata di questo procedimento.

La pronuncia in rassegna è interessante anche nella parte in cui rileva il pregiudizio derivante al richiedente asilo dalla mancata chiusura del procedimento Dublino, sia in termini di accessibilità, con il relativo permesso di soggiorno, ai diritti civili, sia per il ricongiungimento familiare (quest'ultimo nella prevedibile ipotesi di accertamento degli *status* trattandosi di cittadino afghano di etnia hazara), tenuto conto che i familiari rimasti in Afghanistan sono a rischio di incolumità e non sono riusciti a far parte dei c.d. corridoi umanitari, nonostante la gravità della situazione afghana accertabile attraverso numerosissime COI.

ROBERTA CLERICI

Cittadinanza e apolidia

Sempre assai numerose risultano le pronunce in materia di cittadinanza: così, anche quelle emesse nel secondo quadrimestre dell'anno (maggio-agosto 2022), come di consueto attinenti prevalentemente alle controversie davanti al giudice amministrativo in tema di acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. Ed altrettanto immancabili sono i provvedimenti in materia di apolidia.

In questo stesso periodo emergono tuttavia due sentenze assai rilevanti, ognuna con un proprio specifico profilo. Si tratta anzitutto di una illuminata sentenza della Corte costituzionale, la quale è intervenuta al fine di rendere inoperante uno degli effetti derivanti dal prolungamento dei termini relativi all'operatività dei requisiti necessari ai fini dell'acquisto della cittadinanza per matrimonio, introdotti con il ben noto pacchetto sicurezza. Tra le cause di scioglimento del matrimonio rientra infatti la morte del coniuge italiano.

A breve distanza di tempo è stata poi pubblicata una sentenza assai dettagliata della Corte di cassazione, a sezioni unite, nella quale sono state affrontate e correttamente respinte in modo definitivo le tesi a sostegno del carattere volontario riguardo alla presunta perdita della cittadinanza italiana a causa dei provvedimenti relativi alla grande naturalizzazione brasiliana di fine Ottocento.

Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano

Cittadini emigrati in Brasile e destinatari dei provvedimenti di naturalizzazione collettiva emessi dall'autorità di quello Stato nel 1889. Facoltà di opposizione a tale cittadinanza ai fini del mantenimento della cittadinanza italiana. Suo mancato esercizio. Irrilevanza di tale comportamento

Nelle precedenti *Rassegne* sono state più volte ricordate alcune sentenze del Tribunale di Roma, ma soprattutto della relativa Corte d'appello, concernenti le richieste di accertamento della cittadinanza italiana da parte di cittadini discendenti da avi emigrati in Brasile alla fine del 1800, i quali ultimi erano stati destinatari dei provvedimenti governativi concernenti la c.d. naturalizzazione di massa: ovvero, di un primo decreto del 1889 con il quale quello Stato attribuiva la propria cittadinanza a tutti gli stranieri residenti nel proprio territorio, salvo una facoltà di opposizione da effettuarsi mediante una dichiarazione resa alle autorità dei rispettivi Stati di origine.

In tale prospettiva, sono state qui già riportate sia le diverse posizioni assunte dalla Corte d'appello di Roma riguardo agli effetti del comportamento inerte di tali persone sia quella pervicacemente contraria al mantenimento dello *status civitatis* italiano, assunta dall'Avvocatura dello Stato per conto del Ministero dell'interno, il quale era persino giunto a disporre la sospensione dell'esame delle singole richieste in attesa di una apposita pronuncia da parte della Corte di cassazione.

Sono infine intervenute due pronunce gemelle delle sezioni unite: attraverso una disamina oltremodo approfondita delle norme straniere e di quelle italiane vigenti a quell'epoca, è stata risolutivamente respinta la tesi relativa alla perdita della cittadinanza italiana da parte degli ascendenti dei ricorrenti, impegnati a far riconoscere la continuità *iure sanguinis* di tale *status* (Cass. SU, sent. 24 agosto 2022, n. 25317 e sent. n. 25318, di cui qui si riproduce la seconda).

Occorre premettere che gli argomenti addotti dall'Avvocatura dello Stato, nel presumibile ed immancabile intento di ridurre il flusso di questo particolare categoria di immigrati, e successivamente accolti dalla Corte romana nelle sentenze appellate, si prestavano di per sé ad ampie censure avendo riguardo ai tre profili da essa individuati. In sintesi, muovendo dal necessario riferimento all'art. 11 c.c. 1865 il quale prevedeva tra l'altro la perdita della cittadinanza italiana a carico di chi avesse «ottenuto» una cittadinanza straniera (n. 2) o di chi «senza permesso del governo», avesse accettato impiego da un governo estero (n. 3), si sosteneva, da un lato, che la mancata dichiarazione alle autorità dello Stato di origine, volta al mantenimento della cittadinanza originaria, integrasse l'ipotesi di «ottenimento» volontario, per fatti concludenti, dello *status civitatis* brasiliano; e, dall'altro, che la continuità nello svolgimento di un'attività lavorativa (beninteso, di tipo privatistico) in quello Stato costituisse pur sempre un impiego presso un governo straniero.

Una semplice esegesi dell'art. 11, suffragata anche dalla prassi giurisprudenziale formatasi sull'analogo testo dell'art. 8 della successiva legge organica 13.6.1912 n. 555, unitamente alla altrettanto agevole constatazione della situazione di disagio culturale e di difficoltà economica, in cui versavano gli emigrati italiani (e non solo) in quel periodo, sarebbero state sufficienti a respingere simili deduzioni. Viceversa, le sezioni unite giungono a tale risultato non solo al termine di un minuzioso esame delle norme italiane e brasiliane all'epoca vigenti, ma anche evocando la natura di diritto fondamentale inerente alla cittadinanza.

Riguardo al primo aspetto, merita di essere segnalata la ricostruzione della sequenza di provvedimenti governativi successivi al discusso decreto del 1889, dalla quale risulta che il decreto di naturalizzazione di massa, anziché conferire automaticamente la cittadinanza brasiliana, prevedeva dapprima una facoltà di opposizione presso le proprie autorità contro tale attribuzione, impossibile da esercitare sia mediante un inattuabile ritorno in Patria sia mediante una inutile ricerca di Consolati vicini. Veniva in seguito prescritto il necessario compimento di un'attività ulteriore, ovvero la richiesta di iscrizione alle liste elettorali brasiliane o il rilascio della

relativa tessera elettorale: attività perciò riservate ai (rarissimi) individui non analfabeti. Viene poi risolutamente, e del tutto correttamente, respinta l'assimilazione dell'atteggiamento di inerzia della maggior parte degli emigrati, all'oscuro dei suddetti provvedimenti o comunque non in grado di attivarsi, ad una rinuncia tacita alla cittadinanza italiana escludendo la possibilità di perdere quest'ultima per fatti concludenti.

A quest'ultimo proposito vengono citate a sostegno di questa tesi, di per sé ineccepibile, un certo numero di sentenze della Corte di cassazione emesse sia nel vigore della citata legge organica n. 555/1912 sia in tempi più recenti, ma tutte attinenti all'applicazione dell'art. 8 della prima legge, norma relativa appunto alla perdita della cittadinanza e tutte ispirate al concetto di una necessaria (ed esplicita) volontà ai fini della perdita della cittadinanza italiana. Abbastanza convincente appare poi il richiamo alla celebre sentenza costituzionale n. 87/1975 che censurava, nel vigore della legge testé citata, la perdita automatica della cittadinanza a carico della cittadina maritata ad uno straniero di cui acquistava altrettanto automaticamente la cittadinanza.

Compare inoltre ripetutamente, a tale riguardo, l'inserimento della cittadinanza nel novero dei diritti fondamentali, riservato comunque qui ai casi di perdita della medesima, mutuato dalle norme internazionali sui diritti umani e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Di immediata evidenza risultano infine le censure concernenti la presunta equivalenza tra una normale attività di lavoro, foss'anche pubblico, in un Paese straniero e l'impiego alle strette dipendenze di un governo estero, ai sensi dell'art. 11 n. 3 c.c. 1865. In effetti, quest'ultimo comporta l'assunzione di pubbliche funzioni, tali da imporre e obblighi di gerarchia e fedeltà verso lo Stato straniero, di natura stabile e tendenzialmente definitiva.

Le molteplici motivazioni di questa sentenza vengono naturalmente riassunte nella parte finale dove si enunciano i principi di diritto, all'interno dei quali risalta quello (mutuato dalla ormai copiosissima giurisprudenza sulla retroattività delle sentenze costituzionali sulla c.d. trasmissione della cittadinanza *a matre*) relativo alla natura dello *status* di cittadino, imprescrittibile e giustiziabile in ogni tempo in base alla semplice prova della fattispecie acquisitiva integrata dalla nascita da cittadino (in senso neutro). Correlativamente, a chi ne chiede il riconoscimento spetta di provare solo il fatto acquisitivo e la linea di trasmissione suddetta, mentre incombe alla controparte, che ne abbia fatto eccezione, la prova dell'eventuale fattispecie interruttiva.

Acquisto della cittadinanza per matrimonio

a) Requisiti necessariamente sussistenti sino all'emanazione del decreto di acquisto: scioglimento del matrimonio, ivi compresa la morte del coniuge italiano. Illegittimità costituzionale di quest'ultimo per irragionevolezza ex art. 3 Cost. b) Decreto prefettizio di rigetto dell'istanza di acquisto per una causa ostativa cui all'art. 6 n. 1 lett. b; sua legittimità. c) Decreto prefettizio di

respingimento della domanda per condanne relative a reati commessi dal marito della richiedente la cittadinanza.

Com'è noto, l'art. 5 della l. n. 91/1992 contempla i requisiti per l'acquisto della cittadinanza a seguito di matrimonio con cittadino italiano; il testo originario della norma esigeva, una volta trascorsi sei mesi dalla celebrazione del medesimo, l'assenza di scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili nonché di separazione legale «al momento della presentazione della domanda». In virtù delle modifiche in senso restrittivo apportate dall'art. 1, co. 11, della l. 15.7.2009, n. 94 (il c.d. pacchetto sicurezza), il suddetto termine per la residenza è stato innalzato a due anni. Per di più, i requisiti sopra citati devono ora sussistere sino al momento dell'adozione del decreto di conferimento della cittadinanza di cui all'art. 7, co. 1. A sua volta, tale decreto, in base a quanto dispone l'attuale testo dell'art. 9-ter, può essere adottato entro un termine di 24 mesi prorogabile sino al massimo di 36 mesi dalla data di presentazione della domanda.

Tra le cause sottese allo scioglimento del matrimonio rientra ovviamente anche la morte del coniuge italiano: evento del tutto normalmente non riconducibile alla volontà di uno dei componenti della coppia, non a caso ripetutamente dichiarato irrilevante dalla giurisprudenza nel vigore della disciplina precedente. Di recente, però la implicita previsione del suddetto evento tra i requisiti del nuovo art. 5 è apparsa irragionevole e suscettibile di lesione del diritto di agire in giudizio al Tribunale di Trieste, il quale ha sollevato alcune questioni di legittimità costituzionale al riguardo per incompatibilità con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Dal canto suo, la Corte costituzionale, dopo aver ridotto il perimetro di indagine al solo art. 3, ovvero al solo criterio della irragionevolezza, ha dichiarato la illegittimità della norma citata nella parte in cui non esclude, dal novero delle cause ostative al riconoscimento del diritto di cittadinanza, la morte del coniuge del richiedente, sopravvenuta in pendenza dei termini previsti per la conclusione del relativo procedimento (*Corte cost., 26.7.2022, n. 195*). La motivazione di questa importante sentenza muove dalla constatazione che il prolungamento del termine di questo modo di acquisto agevolato della cittadinanza non riflette l'esigenza che esista un nucleo familiare al momento dell'adozione del decreto, come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, poiché i requisiti ivi indicati debbono già sussistere al momento della presentazione dell'istanza. Qualora tali requisiti vengano a mancare essi si traducono, secondo la Corte, in altrettante cause ostative. Ai fini del test di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, relativo alla inclusione del decesso del coniuge tra queste ultime, viene considerata anzitutto come sua possibile giustificazione quella che intende agevolare l'integrazione nella comunità statale di chi abbia fatto parte per un periodo di tempo di un nucleo familiare fondato sul vincolo matrimoniale con un cittadino italiano. In questo caso tuttavia far gravare sull'istante anche il rischio della morte del coniuge nella pendenza del procedimento equivale a porre a carico di chi ha già maturato, al momento della domanda, i requisiti di cui sopra riguardo al diritto al riconoscimento della cittadinanza un'alea che sfugge alla sua sfera di controllo e che non attiene alle ragioni costitutive del diritto alla cittadinanza.

D'altro canto, lo stesso ordinamento riconosce la più ampia protezione al coniuge superstite, in ambito non solo successorio, ma anche previdenziale e assistenziale

Il vaglio di costituzionalità si sposta poi su una seconda possibile *ratio* della disciplina in esame: quella di prevenire un uso strumentale del matrimonio, finalizzato al mero scopo di conseguire la cittadinanza (fenomeno dei matrimoni fittizi ben presente – va ricordato – in Italia all'epoca dell'acquisto automatico della cittadinanza nel vigore della legge del 1912). Manca tuttavia nella disciplina relativa alla cittadinanza una disposizione specifica al riguardo; essa è semmai presente in alcuni articoli del TU sull'immigrazione in tema di ricongiungimento familiare e di soggiorno con i correlativi effetti limitati a questi ambiti, pur suscettibili di riverberarsi nella materia qui esaminata.

Tuttavia, anche qualora si ravvisi un intento simile nella nuova disciplina in linea generale, rimane confermata l'assoluta estraneità, rispetto ad esso, della fattispecie concernente la morte del coniuge. Un ipotetico matrimonio contratto in frode alla legge risulta del tutto alieno rispetto all'evento naturale della morte, di per sé inidonea, secondo la Corte, a far presumere la sussistenza di un matrimonio fittizio. In conclusione, la norma che ascrive il decesso del coniuge tra i fattori ostativi all'attribuzione della cittadinanza – in quanto causa di scioglimento del matrimonio – è irragionevole rispetto a qualsivoglia giustificazione riferibile all'art. 5, co. 1, della l. n. 91/1992; la sua mancata esclusione dall'ambito di quest'ultimo risulta perciò di per sé incompatibile con l'art. 3 Cost.

A breve distanza di tempo sono state poi pubblicate due sentenze del Consiglio di Stato relative ad altri aspetti di questo modo di acquisto della cittadinanza. La prima trae origine dalla dichiarazione di inammissibilità della istanza, emessa da una prefettura sulla base dell'accertata condanna penale dell'interessato per uno dei reati indicati, come cause ostative, dall'art. 6, co. 1, lett. b; tale provvedimento era stato ovviamente avallato dal Tar locale (*Cons. St., sez. III, sent. 17.8.2022, n. 7236*). Dal canto loro, i giudici di Palazzo Spada preliminarmente respingono il motivo di ricorso fondato sulla asserita nullità della sentenza di primo grado per la motivazione ritenuta insussistente in quanto limitata al richiamo di uno dei motivi di rigetto del decreto prefettizio in modo del tutto acritico. Dopo una ricognizione dei poteri del Collegio relativi all'integrazione della motivazione in sede di appello viene infatti esclusa l'ipotesi di una motivazione «apparente», ovvero che non individua neppure una ragione ulteriore rispetto alla generica affermazione della fondatezza o infondatezza del ricorso, poiché la sentenza del Tar, sia pur succintamente, aveva esternato l'*iter* logico-giuridico che aveva condotto al rigetto del gravame, considerando dirimente la condanna riportata. Riguardo poi al lamentato vizio di incompetenza della prefettura, il Consiglio di Stato ricorda che con la direttiva del 12.3.2012 il Ministero dell'interno ha provveduto a delegare in specifiche ipotesi alle prefetture il potere sia di accogliere sia di respingere le istanze di acquisto della cittadinanza per i motivi ostativi di cui alle

lettere a e b dell'art. 6, co. 1 della l. n. 91/1992, mentre resta ferma la competenza del Ministro dell'interno a denegare il suddetto acquisto per ragioni inerenti alla sicurezza della Repubblica (lett. c) o ad accogliere l'istanza se il Consiglio di Stato ritiene che tali ragioni non sussistano (art. 8, co. 1). Infine, a fronte del gravame relativo alla mancata considerazione della lieve entità della condanna, viene sottolineato il carattere imperativo delle previsioni contenute nella norma applicata.

Anche la seconda sentenza riguarda un ricorso contro un decreto prefettizio di respingimento dell'istanza di acquisto, in questo caso motivato da condanne penali riportate dal marito della richiedente, peraltro in epoca precedente alla loro unione. L'impugnazione dell'atto, fondata anch'essa sulla incompetenza del prefetto, e in aggiunta sull'assenza dei motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica, veniva accolta dal Tar. Il giudice amministrativo affermava la propria giurisdizione dopo aver rilevato che i motivi posti a fondamento del rigetto rientravano nella lett. c dell'art. 6, co. 1 della l. n. 91/1992: dunque, tale rigetto spettava semmai al Ministro dell'interno. Piuttosto curiosamente, a sua volta quest'ultimo impugnava la sentenza affermando la giurisdizione del giudice ordinario. La sentenza di appello del Consiglio di Stato desta molte perplessità (*Cons. St., sez. III, sent. 19.8.2022, n. 7324*). Anzitutto, per una inesplicabile dissonanza formale, dato che all'inizio dei motivi di diritto il ricorso viene perentoriamente dichiarato infondato, salvo poi essere più oltre accolto, così come nel dispositivo. Nel merito, la sentenza inizia con un dettagliato *excursus* sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo che non è stato scalfito dalle nuove norme processuali sulla competenza delle sezioni specializzate (art. 3, d.l. 17.2.2017, n. 13, convertito in l. 13.4.2017, n. 46). Conclusioni anche da ultimo ribadite nelle pronunce dello stesso Consiglio di Stato 22.7.2020, n. 4677 e della Corte di Cassazione a sezioni unite 21.10.2021, n. 29297, qui commentate in passato. Alla luce di tali precedenti, appare scontato il corollario secondo cui il diritto soggettivo del coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano affievolisce ad interesse legittimo solo in presenza dell'esercizio, da parte della PA, del potere discrezionale di valutare l'esistenza di motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica che ostino a detto acquisto, con le relative conseguenze in termini di riparto di giurisdizione. Si riconosce che anche il giudice di primo grado ha seguito, per affermare la propria giurisdizione, tale orientamento giurisprudenziale, e – nel silenzio del provvedimento impugnato, che si è limitato a richiamare l'art. 6 senza citare la lettera del comma 1 in base al quale si negava la cittadinanza – ha inquadrato nel comma 1 lett. c del citato articolo il diniego opposto all'appellante per una serie di condanne a carico del marito, gravato da numerosi precedenti penali. Viene poi sottolineato che il Tar era giunto a tale presa di posizione considerando che nel provvedimento del Ministero era richiamata la scarsa possibilità della richiedente di integrarsi nel tessuto sociale del Paese ospitante nonché, più in generale, la circostanza che le prime due lettere del comma 1 dell'art. 6 si riferiscono a reati commessi dallo

straniero che chiede la cittadinanza mentre la lett. c contempla anche l'ipotesi in cui a mettere in pericolo la sicurezza dello Stato sia una persona vicina allo straniero. A questo punto inizia un percorso argomentativo che non appare perspicuo. Esso parte dalla premessa secondo cui tutte le ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 6 sono tali da precludere il radicamento dello straniero nel tessuto sociale, poiché anche la commissione di reati comuni porta ragionevolmente ad escludere l'integrazione nella comunità nazionale, che deve essere desunta da una osmosi culturale riuscita e dalla piena assimilazione dei valori costituzionali: valutazione articolata che spetta alla Amministrazione. Ebbene, nel presente caso risulta che i reati commessi dal marito della richiedente, pur nella loro gravità, non sono tali da creare un pericolo per la sicurezza della Repubblica. Per di più, l'ipotesi di cui alla lett. c non è ancorata all'oggettività di una sentenza di condanna, come avviene per le altre cause preclusive della cittadinanza *iure matrimonii*, ma ad un giudizio latamente discrezionale circa la compatibilità di atti e comportamenti dell'aspirante cittadino con interessi vitali della Nazione; il marito della appellante, per contro, aveva riportato condanne in massima parte relative a reati depenalizzati o indultati. Ancora, un certo stupore desta il rifiuto di considerare come argomentazione valida a smentire tale conclusione la constatazione che le ipotesi previste dalle lett. a e b si riferiscono a condanne inflitte a chi richiede la cittadinanza e non a persona a questi vicina, come può essere il coniuge italiano dello straniero. Secondo il Consiglio di Stato, ove tale affermazione fosse corretta, la stessa sarebbe utilizzata dal giudice munito di giurisdizione per affermare l'illegittimità del diniego. Diversamente opinando – e cioè volendo individuare da un elemento costitutivo della fattispecie la natura del potere esercitato – si incorrerebbe nello stesso errore commesso dal giudice di primo grado (ma nel senso diametralmente opposto), che non ha inteso ricercare da un sicuro elemento del procedimento – quale era il soggetto che ha esercitato il potere (ovvero, il prefetto) – un indizio in ordine alla ascrivibilità della fattispecie nelle lett. a o b del comma 1 dell'art. 6, ma ne ha tratto un indice sintomatico della illegittimità del diniego. L'appello viene perciò accolto, con conseguente annullamento della sentenza del Tar e declaratoria di inammissibilità, per difetto di giurisdizione, del ricorso di primo grado.

Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione

a) Precedenti penali: guida in stato di ebbrezza. b) Reato di rapina aggravata. Suo rilievo ancor prima del relativo processo penale e della eventuale sentenza di condanna. c) Rilevanza nei confronti di un padre incensurato dei reati commessi dal figlio. d) Notizia di reato e mancata valutazione della gravità del fatto. e) Rilievo dell'archiviazione della notizia di reato. f) Precedenti penali ascrivibili a comportamenti tenuti da due familiari (zio e nipote) del richiedente. g) Dispensa dalla produzione di certi documenti per i titolari di protezione umanitaria. h) Accertamento della continuità dell'iscrizione anagrafica in Italia ai fini di una successiva istanza di acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. i) Provvedimenti di naturalizzazione falsi,

rilasciati dietro compenso, grazie all'intervento di una funzionaria c.d. infedele. l) Maggiore durata dei termini per i procedimenti in materia di immigrazione e di naturalizzazione

Nell'ambito dell'abituale coacervo di sentenze amministrative concernenti il procedimento di naturalizzazione va segnalata anzitutto una pronuncia, pur emessa nello scorso quadrimestre, che si distingue per la sua particolare severità, poiché avalla il diniego della cittadinanza da parte del Ministero dell'interno pur essendo fondato su un unico reato (guida in stato di ebbrezza) successivamente estinto, ma che viene severamente vagliato sotto il profilo di fatto storico (*Tar Lazio, sez. V-bis, sent. 20.4.2022, n. 4703*). Vengono qui dettagliatamente ripresi tutti gli argomenti nel tempo enucleati per suffragare il carattere altamente discrezionale della valutazione spettante alla PA, nonché la sufficienza di un controllo estrinseco e formale su di essa esercitabile dal giudice amministrativo: modalità invero riservata ai casi di contiguità del richiedente con movimenti suscettibili di attentare alla sicurezza della Repubblica.

Forse meno severa si palesa una successiva sentenza che respinge anch'essa un ricorso contro il suddetto diniego, nella quale il precedente penale era costituito dal delitto di rapina aggravata e lesioni personali (*Tar Lazio, sez. V-bis, sent. 4.8.2022, n. 11026*). Anche a tale riguardo le ampie e ben note argomentazioni sulla discrezionalità della PA e sulla sua valutazione dell'interesse pubblico sembrano soverchiare ogni altra considerazione, tanto più che non era ancora intervenuto né un processo penale né perciò una sentenza di condanna. Merita di essere ricordato che, qui come già altrove, vengono richiamati i parametri fissati, per le condanne penali relative a reati non politici, dall'art. 5, co. 2, lett. b della legge organica, attinente all'acquisto della cittadinanza per matrimonio.

Si giunge addirittura a negare la cittadinanza a un padre incensurato per reati commessi dal figlio dichiarando di voler impedire che questo *status* si trasmetta a quest'ultimo, in quanto minorenni e convivente (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 26.7.2022, n. 10633*), anche se nel frattempo quest'ultimo e i suoi fratelli hanno acquistato la cittadinanza italiana. Al padre perciò non rimane che la facoltà di riproporre la domanda, a distanza comunque di sei anni dal ricorso in giudizio.

Non sempre tuttavia viene mantenuto un atteggiamento di rigore così estremo. In altra occasione il giudice amministrativo di primo grado, ad esempio, ancora di fronte ad una (semplice) notizia di reato, pur volendo prescindere, alla stregua del principio *tempus regit actum*, dalla successiva assoluzione del ricorrente, censura la mancanza di una valutazione in concreto della gravità della vicenda penale ascrivibile al medesimo e quindi una sostanziale carenza della relativa motivazione (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 23.5.2022, n. 6636*).

Nello stesso solco si iscrive del resto un'altra pronuncia, nella quale, dopo la ineludibile premessa sul potere discrezionale del Ministero, viene tuttavia accolto il ricorso additando la mancata considerazione, da parte di quest'ultimo, dell'archiviazione della notizia di reato, disposta dal Tribunale penale, che ha affermato la non sussistenza dell'ipotesi di reato astrattamente ipotizzabile e la inidoneità degli elementi in atti alla celebrazione dibattimentale di un processo (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 1.8.2022, n. 10831*).

Lo stesso Consiglio di Stato è intervenuto nella medesima direzione allorché gli è stato chiesto di valutare il giudizio negativo del Ministero, fondato su precedenti penali ascrivibili a comportamenti tenuti da due familiari (zio e nipote) del richiedente, peraltro relativi a condanne per calunnia e falso *ex art. 495 c. p. (Cons. St., sez. III, sent. 2.5.2022, n. 3409)*. Ad avviso dei giudici infatti questo tipo di ragionamento presuntivo, condotto in assenza di qualsiasi correlazione comportamentale dell'istante, che possa denotare concorso, complicità o quanto meno condivisione di schemi e valori devianti rispetto ai modelli sociali di compiuta integrazione, cozza contro il principio del carattere personale della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost. Con una argomentazione che potrebbe rivelarsi utile anche per una fattispecie sopra riportata, il Collegio non esclude che anche i reati commessi da componenti del nucleo familiare possano rilevare nella lata valutazione discrezionale dell'Amministrazione; deve però trattarsi di reati che abbiano una regia familiare ovvero siano connotati da una fruizione familiare dei proventi del reato o ancora denotino atteggiamenti di collaborazione, protezione reciproca o condivisione piena degli schemi devianti, tali da disvelare la scarsa integrazione dell'intera famiglia nella comunità italiana.

Ispirata ai medesimi principi, pur se in una diversa prospettiva, appare anche una pronuncia del giudice amministrativo di merito, il quale – riprendendo un orientamento già emerso più volte – annulla l'atto con cui una prefettura locale aveva dichiarato inammissibile una istanza volta alla concessione della cittadinanza in quanto carente dei certificati di nascita e penale; viene appurata infatti l'impossibilità di rivolgersi allo Stato di origine per un titolare di protezione umanitaria (*Tar Lombardia, sez. III, sent. 21.6.2022, n. 1441*). Si noti che la prima parte della sentenza contiene una minuziosa indagine sulla sussistenza della propria competenza territoriale alla luce della pronuncia dell'ordinanza del Consiglio di Stato, ad. plen., 13.7.2021, n. 13.

Ed in una prospettiva ancora diversa il giudice ordinario è stato chiamato ad accertare ha la continuità della residenza di una cittadina straniera a fronte di difformi risultanze anagrafiche rimediando così ad una cancellazione anagrafica che avrebbe impedito in seguito la prova della suddetta continuità decennale ai fini della richiesta di naturalizzazione (Trib. Firenze, sent. 20.5.2022).

Infine, è rinvenibile un gruppo di sentenze le quali riguardano ancora una volta il caso di una funzionaria c.d. infedele del Ministero dell'interno che aveva "elargito" dietro compenso diverse centinaia di provvedimenti di concessione falsi, in quanto carenti di qualsiasi istruttoria. La revoca dei decreti di concessione si presentava ovviamente come inevitabile. Ne è conseguito un buon numero di ricorsi davanti al giudice amministrativo contro tale revoca (disposta, come l'atto ministeriale annullato, con d.p.r.), alcune dei quali lamentavano la mancanza di preavviso di tale atto di diniego, mentre tutti facevano valere la estraneità dei ricorrenti al procedimento penale sulla base della loro mancata condanna.

Sia il Consiglio di Stato (*Cons. St., sez. III, sent. 9.6.2022, n. 4687*) sia il Tar del Lazio (v. ad es. *Tar Lazio, sez. V-bis, sent. 29.7.2022, n. 10803*; *Tar Lazio, sez. V-bis, sent. 3.8.2022, n. 10976 e n. 10977*) respingono tali ricorsi in base a considerazioni largamente sovrapponibili. L'infondatezza del primo motivo viene dichiarata sulla base di una lettura della l. n. 241/1990 ancorata alla disciplina vigente al momento dell'emanazione dei decreti di revoca, ovvero prima dell'entrata in vigore dell'innovazione apportata all'art. 21-*octies* da parte del c.d. decreto semplificazioni (l. 11.9.2020, n. 120). Viene così confermato che il mancato preavviso di rigetto non inficia la legittimità del provvedimento allorché, in applicazione estensiva del comma 2 del medesimo articolo, emerga nel corso del giudizio che il contenuto dispositivo del provvedimento oggetto di gravame non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Per quanto attiene poi al secondo motivo di ricorso, le argomentazioni a sostegno del rigetto insistono sulla constatazione che quello che è stato definito una sorta di "mercato" delle pratiche della cittadinanza è possibile presupporre l'esistenza di un accordo criminoso e il conseguente coinvolgimento di un gran numero di soggetti a vario titolo interessati.

Il secco diniego del Ministero, a dimostrazione dell'irrelevanza circa l'estraneità dell'interessato al giudizio penale, viene anzitutto giustificato in base ad un generico richiamo alla gravità del fatto, relativo a quello che è stato definito una sorta di "mercato" delle pratiche della cittadinanza. Dunque, è possibile presupporre l'esistenza di un accordo criminoso e il conseguente coinvolgimento di un gran numero di soggetti a vario titolo interessati. D'altro canto, l'illegittimità è riconducibile ad un fatto costituente reato, in grado di mettere in pericolo al massimo grado quegli stessi interessi pubblici, presidiati dal complesso di controlli e verifiche rigorose che si impongono nell'esercizio del potere della PA in questa materia. In conclusione, viene dichiarata l'inammissibilità di una sanatoria di un procedimento la cui definizione ha costituito corrispettivo di un reato. Va tuttavia segnalato che in ogni caso, da un lato, è stato accertato il mantenimento della cittadinanza originaria dell'interessato, così da scongiurarne l'apolidia; dall'altro, il Ministero ha disposto la conservazione della cittadinanza per i figli minori, i quali l'avevano acquistata in base all'art. 14 della l. n. 91/92.

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha avuto occasione di chiarire e giustificare le norme relative alla maggiore durata dei termini per i procedimenti sull'immigrazione e l'acquisto della cittadinanza

per naturalizzazione, a seguito di un «abbaglio dei sensi» (così da lui stesso definito, in riferimento alla stessa sezione III) sull'oggetto di un ricorso per l'emersione di lavoro irregolare anziché per il diniego di cittadinanza. A proposito di quest'ultima tuttavia è nuovamente incorso in un errore, dato che ha dimenticato l'ultima modifica a tale termine, introdotta dall'art. 4 del d.l. 21.10.2020 n. 130, convertito nella l. 18.12.2020 n. 173.

Accertamento dell'apolidia

Le vicende sottostanti alle richieste di accertamento dell'apolidia rivelano assai spesso alcune situazioni di estremo disagio vissute dai singoli interessati. Tale è il caso di un individuo nato in Bangladesh, abbandonato in tenera età dai genitori e giunto successivamente in Italia, ovviamente sprovvisto di qualsiasi documento, il quale – a fronte della inutile richiesta da parte dell'Ambasciata di quello Stato di produrre il proprio atto di nascita – si rivolge al giudice italiano: quest'ultimo, dopo aver accertato che tale carenza di documenti osta al riconoscimento della cittadinanza bengalese, non può che accertarne l'apolidia (Trib. Brescia, ord. 8.9.2022).

Ancora più complicata risulta la vicenda di un individuo originario dello Sri Lanka e riconosciuto solo dalla madre, mentre il padre era divenuto irrintracciabile. Anche in questo caso egli non era stato registrato alla nascita. La Corte d'appello di Napoli, al termine di un'indagine (il cui contenuto non è sempre ugualmente perspicuo) sulle norme di quel Paese, richiama un principio enucleato dalla Corte di cassazione, secondo il quale lo *status* di apolide non si riconosce al soggetto che con mere dichiarazioni di volontà (ovvero, con meri adempimenti di carattere burocratico) potrebbe acquisire facilmente la cittadinanza, ma a colui che debba soggiacere a condizioni più onerose, cioè adempimenti di carattere sostanziale (*App. Napoli, sent. 21.6.2022, in Banca dati De Jure*). Pur non escludendo la remota possibilità di ottenere un accertamento della cittadinanza singalese in futuro, ma constatando al momento i vari e inutili tentativi dell'appellante per ottenere tale riconoscimento, la Corte ne dichiara l'apolidia.

MASSIMO PASTORE, GIULIA PERIN

Famiglia e minori

FAMIGLIA

Ricongiungimento familiare con i genitori del minore non accompagnato rifugiato - data rilevante ai fini della determinazione della minore età - sussistenza di una vita familiare effettiva ai fini del ricongiungimento.

Nel caso di ricongiungimento familiare di un genitore con un figlio minore non accompagnato che abbia ottenuto lo status di rifugiato, il minore deve essere tale al momento della richiesta di ricongiungimento. Per ritenere sussistente una vita familiare effettiva, la sola ascendenza diretta di primo grado non è sufficiente, ma non è necessario né che il figlio soggiornante e il genitore interessato si sostengano reciprocamente dal punto di vista economico, né la previa convivenza affinché il genitore possa beneficiare del ricongiungimento. Visite occasionali, purché possibili, e contatti regolari di qualsiasi tipo possono essere sufficienti per attestare l'esistenza di una vita familiare effettiva (Corte di Giustizia, 1.8.2022, n. 273, cause riunite C-273/20 e 355/20).

Con la decisione in esame, la Corte di Giustizia è stata chiamata a rispondere ad una serie di quesiti relativi alle condizioni da integrare per il ricongiungimento familiare di un genitore con un figlio minore che abbia ottenuto lo *status* di rifugiato, quando tale figlio sia divenuto maggiorenne prima dell'adozione della decisione sulla domanda di ingresso e di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare. Le questioni possono essere comprese nella loro esatta portata solo considerando la disciplina tedesca in materia di ricongiungimento familiare. In tal Paese, l'ascendente che chiedi il ricongiungimento con un figlio minore regolarmente soggiornante in Germania ottiene un diritto al soggiorno limitato nel tempo al periodo in cui tale minore non raggiungerà i diciotto anni. Dopo tale data, il diritto al soggiorno verrà meno. Solo alla luce di questa previsione restrittiva (che non è prevista dalla legislazione italiana) è possibile comprendere la disposizione tedesca che prevede che, se il minore compie i diciotto anni prima che venga adottata una decisione sul ricongiungimento, la domanda debba essere rigettata: invero, il diritto dell'ascendente al soggiorno verrebbe comunque meno. È in relazione a questa disciplina che la Corte di Giustizia viene chiamata a rispondere ad una pluralità di quesiti.

Come era prevedibile, i Giudici di Lussemburgo escludono che sia legittimo, ai sensi della direttiva sul ricongiungimento familiare, respingere la domanda di ricongiungimento del genitore per il fatto che il minore rifugiato abbia raggiunto la maggiore età prima che sulla domanda di riunificazione

l'Amministrazione si sia espressa. Secondo la Corte, considerare la data in cui l'autorità competente dello Stato membro interessato statuisce sulla domanda di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato non sarebbe conforme ai principi del rispetto della vita familiare e del superiore interesse del minore, previsti dalla Carta dell'Unione. «Infatti, le autorità e gli organi giurisdizionali nazionali competenti non sarebbero incentivati a trattare in via prioritaria le richieste presentate dai genitori di minori con l'urgenza necessaria per tener conto della vulnerabilità di tali minori»; sotto un diverso ma correlato profilo, non sarebbero garantiti né il principio della parità di trattamento, né quello della certezza del diritto. Quanto alla possibilità di ridurre la permanenza del genitore sul territorio di uno Stato nazionale in ragione del compimento della maggiore età del figlio, la Corte ricorda che l'art. 13, par. 2 della dir. 2003/86 prevede che il familiare ricongiunto ha diritto ad un permesso di almeno un anno e che, pertanto, è contrario alla direttiva concedere il diritto di soggiorno ai genitori soltanto fintantoché il figlio sia effettivamente minorenne. Esaminate queste questioni, la Corte risponde al quesito relativo alla necessità che tra genitori e figli esista un legame effettivo e, nel caso la risposta a tale quesito sia positiva, di che intensità debba essere tale legame. Il fondamento normativo di tale quesito si trova nell'art. 16 della dir. 2003/86 che prevede che la domanda di ingresso o di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare possano essere rifiutate in caso di mancanza di un vincolo familiare effettivo. Secondo i Giudici di Lussemburgo, alla luce di tale normativa, la prova della semplice ascendenza diretta non è sufficiente; tale fatto, tuttavia non significa che genitore e figlio debbano sostenersi economicamente, né che sia data prova di una pregressa convivenza nello stesso nucleo. È invece sufficiente che esistano «visite occasionali, purché siano possibili, e contatti regolari di qualsiasi tipo», con «una valutazione caso per caso», dal momento che le disposizioni pertinenti della dir. 2003/86 non impongono alcun requisito quanto all'intensità del loro rapporto familiare.

Espulsione amministrativa - convivenza con straniero regolarmente soggiornante - inapplicabilità dell'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 - necessità di tenere conto della natura e dell'effettività del vincolo nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi dell'art. 13, co. 2-bis, d.lgs. 286 del 1998.

Benché il divieto di espulsione previsto dall'art. 19, co. 2, a favore del coniuge straniero di cittadino italiano non possa essere invocato dallo straniero convivente con persona cittadina di un Paese terzo, regolarmente soggiornante, ai fini dell'adozione della misura espulsiva, deve tenersi conto delle relazioni sociali ed affettive eventualmente instaurate dallo straniero in Italia e dell'eventuale costituzione di un nucleo familiare (Corte di Cassazione, ordinanza 31.8.2022, n. 25653).

La fattispecie oggetto dell'ordinanza in commento riguardava l'espulsione di uno straniero irregolarmente soggiornante sul territorio che aveva instaurato un rapporto di convivenza con una cittadina straniera in possesso di un regolare permesso di soggiorno. L'espulsione era stata

ritenuta legittima dal Giudice di Pace, sulla base dell'osservazione che il divieto di espulsione previsto dall'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 si riferisce esclusivamente al rapporto con un soggetto di nazionalità italiana.

In merito, la Corte di legittimità conferma la propria giurisprudenza secondo cui il divieto previsto dall'art. 19, co. 2, lett. c) del d.lgs. n. 286 del 1998 riguarda soltanto gli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana, non trovando applicazione in caso di convivenza con un parente o con il coniuge che sia anch'esso straniero, non assumendo alcun rilievo la circostanza che lo stesso sia munito di un regolare permesso di soggiorno. Ciononostante – osserva la Suprema Corte – «l'inapplicabilità del divieto previsto dall'art. 19, comma secondo lett. c., del d.lgs. n. 286 del 1998 non esclude la possibilità di tenere conto, ai fini dell'adozione della misura espulsiva, delle relazioni sociali ed affettive eventualmente instaurate dallo straniero in Italia e dell'eventuale costituzione di un nucleo familiare, anche con un cittadino straniero, nell'ambito della valutazione richiesta dal comma 2-*bis* dell'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998». Tale disposizione deve infatti ritenersi applicabile anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non si trovi nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare, e ciò conformemente alla nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte Edu con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte costituzionale. Per tale ragione, l'ordinanza impugnata viene cassata, non avendo il Giudice di Pace proceduto ad accertare la consistenza del legame instauratosi nell'ambito del nucleo familiare, sia pure in via di mero fatto.

Kafalah - visto per ricongiungimento familiare a favore di minore affidato – non contrarietà all'ordine pubblico italiano.

La kafalah, in quanto istituto finalizzato a realizzare l'interesse superiore del minore, non viola i principi dell'ordine pubblico italiano. Sull'eventuale contrarietà all'ordine pubblico per elusione della normativa sull'adozione internazionale, la medesima è comunque da escludere nell'ipotesi in cui il provvedimento straniero costituisce presupposto di fatto di un provvedimento amministrativo di ricongiungimento familiare (Corte d'Appello Salerno, sentenza 26.07.2022, n. 23).

Con la sentenza n. 23/2022, la Corte d'Appello di Salerno (in *Banca dati De Jure*) è stata chiamata a dichiarare produttiva di effetti nel territorio italiano una decisione dell'Autorità giudiziaria algerina di affidamento in *kafalah* alla nonna materna di una minore, a fronte dell'impossibilità dei genitori di prendersi cura, istruire ed assistere la figlia. Il procedimento di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giudiziario straniero si è reso necessario dal momento che l'Ambasciata italiana in Algeria aveva subordinato il rilascio del visto di ingresso a favore della minore affidata alla previa delibazione dell'atto da parte dell'autorità giudiziaria italiana. La Corte d'Appello di Salerno, premesso che le decisioni giudiziarie straniere hanno

efficacia immediata nel territorio dello Stato italiano in forza del diritto internazionale italiano, riconosce la propria competenza a decidere sulla fattispecie dal momento che la diretta efficacia del provvedimento era di fatto stata messa in dubbio dall'Ambasciata italiana e sorgeva pertanto l'interesse all'accertamento della sussistenza dei requisiti per il riconoscimento del provvedimento straniero. Ad avviso della Corte territoriale, le finalità di protezione del minore dell'istituto della *kafalah*, la circostanza che l'istituto fosse previsto da fonti di diritto internazionale quali la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e dalla Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, n. 6909, unitamente alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, devono indurre a ritenere che il provvedimento di affidamento abbia piena e diretta efficacia nell'ordinamento italiano, ai sensi degli artt. 65 e 66, l. n. 218 del 1995 e della normativa internazionale citata. Quanto alla giurisprudenza di legittimità, la Corte d'Appello ricorda come la stessa abbia escluso la contrarietà all'ordine pubblico per elusione della normativa sull'adozione internazionale, nel caso in cui il provvedimento di affidamento costituisce solo il presupposto di fatto di un provvedimento amministrativo di ricongiungimento familiare. Essendo anche questo il caso sottoposto alla delibazione della Corte d'Appello, quest'ultima ritiene di aderire all'indirizzo di legittimità, riconoscendo piena efficacia al provvedimento straniero di affidamento.

MINORI

Minore non accompagnato - conversione del permesso per minore età in permesso per lavoro - rilevanza di circostanze sopravvenute al provvedimento di diniego idonee all'accoglimento dell'istanza di conversione.

«Nella specifica materia dell'immigrazione, il giudizio amministrativo come giudizio sulla situazione giuridica soggettiva e non solo sull'atto impugnato, impone la valutazione degli elementi che si sono effettivamente concretizzati nelle more tra l'istanza presentata, il suo esame da parte dell'amministrazione e il giudizio dinanzi al Giudice, specie quando ci sono gli elementi per il riconoscimento ad altro titolo di soggiorno, perché esse incidono sulla situazione giuridica dell'appellante e la loro mancata valutazione può comprometterla irrimediabilmente, arrecando un pregiudizio a diritti fondamentali della persona umana» (Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 9.9.2022, n. 7875).

Con la sentenza n. 7875/2022, il Consiglio di Stato ha affrontato alcune importanti questioni sia relative al tema della conversione del permesso di soggiorno per minore età al compimento dei diciotto anni da parte del minore straniero, sia relative al diritto dell'immigrazione in generale, sia infine con riferimento al tema del rilievo di circostanze sopravvenute rispetto alla chiusura del procedimento amministrativo.

Quanto al tema dei minori non accompagnati, il Consiglio di Stato ricorda che la mancanza del parere favorevole alla conversione da parte del Comitato per i minori stranieri non accompagnati (*rectius*, della Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione) non può di

per sé sola legittimare il rifiuto della conversione del permesso di soggiorno, dovendo la Questura comunque valutare la sussistenza di elementi idonei a consentire l'accoglimento dell'istanza.

La circostanza che il richiedente la conversione abbia prestato attività di lavoro che non sia stata regolare sul piano fiscale e contributivo non può ostare alla conversione: secondo l'Alto Consesso Amministrativo, dall'evasione fiscale «la Questura non può dedurre, in via automatica e senza alcuna attenta verifica documentale, anche l'inesistenza del reddito risultante da documentazione, la cui autenticità non sia contestata nelle debite sedi e nelle debite forme dalle autorità fiscali (CdS Sez. III n. 1789/2021)». Questa affermazione, come è evidente, ha una portata generale che vale per tutte le ipotesi in cui la sussistenza di un rapporto di lavoro abbia rilievo al fine del mantenimento della regolarità di soggiorno. Le affermazioni più interessanti riguardano, però, il tema della rilevanza delle cd. sopravvenienze e la possibilità per l'Amministrazione e per il Giudice Amministrativo di tenerne conto. Nel caso concreto, lo straniero neomaggiorenne aveva infatti depositato in giudizio la prova di avere lavorato anche dopo il provvedimento di rigetto dell'istanza di conversione. Sul tema delle sopravvenienze il Consiglio di Stato osserva come «la giurisprudenza amministrativa in tema di immigrazione ha talora ritenuto irrilevanti le sopravvenienze. Tale posizione trova conforto in una prospettiva del processo amministrativo inteso come giudizio meramente impugnatorio in cui al centro della valutazione del Giudice sta solo la legittimità dell'atto al momento della sua adozione. In questa prospettiva, il sindacato di legittimità dell'atto si limita alla verifica della ragionevolezza e della proporzionalità della decisione dell'amministrazione secondo quanto conosciuto dalla stessa al momento in cui aveva maturato la propria determinazione. Questa impostazione [...] non sempre risulta adeguata alla funzione assegnata al Giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e alla luce della successiva giurisprudenza sovranazionale e interna. Ciò tanto più nelle ipotesi in cui oggetto del giudizio sono diritti fondamentali della persona umana che possono trovare tutela nel quadro di un idoneo bilanciamento con i valori essenziali della sicurezza e della sostenibilità dei flussi migratori». Da queste premesse, secondo il Consiglio di Stato, discende che «nella specifica materia dell'immigrazione, il giudizio amministrativo come giudizio sulla situazione giuridica soggettiva e non solo sull'atto impugnato, impone la valutazione degli elementi che si sono effettivamente concretizzati nelle more tra l'istanza presentata, il suo esame da parte dell'amministrazione e il giudizio dinanzi al Giudice, specie quando ci sono gli elementi per il riconoscimento di altro titolo di soggiorno perché esse incidono sulla situazione giuridica dell'appellante e la loro mancata valutazione può comprometterla irrimediabilmente, arrecando un pregiudizio a diritti fondamentali della persona umana. L'Amministrazione, pertanto, nell'esercizio del suo potere deve tenere in debito conto le circostanze sopravvenute che, anche se non conoscibili perché non esistenti al momento dell'adozione dell'atto, comunque hanno modificato la situazione giuridica dell'appellante e potrebbero [...] condurre ad una nuova valutazione ed un differente esito procedimentale».

MARIAROSA PIPPONZI

Non discriminazione

Nel corso del secondo quadrimestre del 2022 le pronunce in tema di discriminazione hanno riguardato in prevalenza le richieste di reddito di cittadinanza.

Reddito di cittadinanza

La Corte di appello di Milano, con ord. 31.5.2022, ha sottoposto alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1 lett. a) n. 2) del d.l. 28.1.2019 n. 4 conv. con modificazioni dalla l. 28.3.2019, n. 2 nella parte in cui richiede che il beneficiario del reddito di cittadinanza debba essere residente in Italia per almeno 10 anni di cui gli ultimi due, considerati al momento della presentazione della domanda e per tutta la erogazione del beneficio, in modo continuativo. Secondo la Corte tale disposizione determina una discriminazione indiretta per ragione di cittadinanza ed il contrasto si pone in riferimento agli artt. 3, 11 e 117, co. 1 Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 21 e 34 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché all'art. 24, co. 1 della dir. 2004/38/CE e all'art. 7, par. 2 del reg. n. 492/11 del Parlamento Europeo e del Consiglio (ord. 31.5.2022, in *Banca dati Asgi*).

Il Tribunale di Torino ha affrontato il tema della revoca del reddito di cittadinanza per asserita mancanza del requisito dei 10 anni di residenza stigmatizzando la decisione dell'INPS che non aveva considerato i periodi di effettiva presenza sul territorio italiano del richiedente, bensì le sole risultanze dell'iscrizione anagrafica. Si legge nel provvedimento che all'interessato è consentito fornire prova della sua presenza anche in assenza di iscrizione anagrafica in quanto «l'attestazione come risultante dai registri anagrafici costituisce quindi una mera presunzione del luogo di residenza del destinatario superabile con altri “oggettivi ed univoci elementi di riscontro” consentiti dall'ordinamento. Si tratta di elementi di riscontro che attestano la regolare presenza sul territorio quali un contratto di lavoro, l'estratto conto contributivo dell'INPS, documenti medici, scolastici o contratto di affitto o ancora vecchi permessi di soggiorno, ecc. » (Trib. Torino, sent. 14.7.2022, in *Banca dati Asgi*).

Alla medesima conclusione è giunto il Tribunale di Roma che ha affermato che il requisito della residenza va inteso in senso sostanziale «consentendo agli interessati di fornire riscontri obiettivi e univoci che dimostrino l'effettività di tale residenza anche se non risultante dai registri anagrafici, in linea con i principi comunitari che vietano qualsiasi forma di discriminazione, anche indiretta, fondata sulla nazionalità (art. 45 TFUE, art. 14 CEDU, art. 21 CDFUE)» (Trib. Roma, ord. 4.10.2022, in *Banca dati Asgi*).

Assegno al Nucleo Familiare

Il Tribunale di Brescia, avendo constatato che anche dopo la sentenza emessa dalla Corte costituzionale n. 67/2022, l'INPS aveva resistito in giudizio negando al cittadino straniero il pagamento degli ANF, ha condannato l'Istituto al risarcimento del danno per resistenza temeraria evidenziando che «l'inerzia dell'istituto nel corso dei mesi trascorsi dalla decisione della Corte Costituzionale sino all'udienza di discussione deve essere valorizzata ai sensi dell'art. 96, co. 3 c.p.c., poiché, quantomeno dall'11 marzo 2022, deve ritenersi che la resistenza in giudizio sia stata pretestuosa» (Trib. Brescia, ord. del 26.6.2022, in *Banca dati Asgi*).

•

PIER LUIGI DI BARI, LUCA MASERA

Penale

Questione di legittimità costituzionale relativa al reato di utilizzo di documenti contraffatti (art. 5, co. 8-*bis*, TU immigrazione)

Il Tribunale di Vicenza, ufficio GIP ha sollevato con l'ordinanza 16.6.2022 un'interessante questione di legittimità costituzionale in ordine alla fattispecie di utilizzo di uno dei documenti contraffatti rientranti nella previsione di cui all'art. 5, co. 8-*bis*, d.lgs. n. 286/1998 (nella specie certificato di conoscenza della lingua italiana di livello A2 nell'ambito di procedura amministrativa volta ad ottenere il rilascio di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo).

La questione è stata proposta con riferimento ai parametri di cui agli artt. 3 e 27 Cost. sotto due profili.

Da un lato si ritiene, in accoglimento di eccezione difensiva, non manifestamente infondata la questione in esame per violazione del principio di proporzionalità laddove la norma parifica nella sanzione edittale da uno a sei anni di reclusione una pluralità di fattispecie profondamente diverse tra loro in termini di attitudine a commettere delitti e rimproverabilità della condotta del soggetto attivo del reato. Per un verso condotte di diretta contraffazione dei documenti considerati dalla norma in oggetto, condotte indicative di capacità tecnica, abilità manuale e non di rado inserimento in un circuito dal quale provengono gli strumenti e i supporti documentali per la contraffazione. Per altro verso semplice detenzione del documento contraffatto di cui si viene a beneficiare.

D'altro lato viene evocato come *tertium comparationis* il trattamento dell'ipotesi comune di contraffazione o uso di documenti falsi da parte di privato prevista dagli artt. 476-477-482 c.p. e dall'art. 489 c.p. Quest'ultima fattispecie codicistica distingue tra contraffazione e uso del documento contraffatto, prevedendo per il secondo una diminuzione di pena di un terzo.

Si viene così a ricadere, come da giurisprudenza costituzionale richiamata, in un profilo di illegittimità costituzionale riguardante non la scelta in sé dell'entità della pena riservata al legislatore, ma la manifesta sproporzione ed uso distorto della discrezionalità normativa.

L'applicazione di una disciplina già rinvenibile nell'ordinamento potrebbe restituire coerenza alla logica seguita dal legislatore, una volta emendata dal vizio di illegittimità costituzionale.

E così il Tribunale di Vicenza chiede di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, co. 8-*bis*, TU immigrazione nella parte in cui non prevede per la condotta di mera detenzione di uno dei documenti contraffatti ivi previsti la diminuzione di un terzo di pena, come nella fattispecie codicistica.

La rilevanza della questione dipende dal fatto che l'imputato ha chiesto in giudizio la messa alla prova e il limite edittale di sei anni (e non di quattro) è preclusivo.

Sul regime del rilascio di titolo di viaggio a persona in possesso di protezione internazionale ai sensi dell'art. 24, co. 2, d.lgs. n. 251/2007

La Corte d'assise di Catania (24.2.2022, dep. 19.4.2022) quale giudice dell'esecuzione affronta un'interessante questione giuridica, con effetti pratici non secondari sulla libertà di circolazione della persona titolare di protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 24, co. 2, d.lgs. n. 251/2007, ma interessata dall'esecuzione di una pena pecuniaria rimasta inottemperata.

La normativa ordinaria sui passaporti di cui all'art. 3, lett. d) della l. n. 1185/1987 prevede che coloro che debbano soddisfare una multa o un'ammenda non possano ottenere il rilascio del passaporto, salvo che con nulla osta dell'autorità giudiziaria che deve curare l'esecuzione della sentenza. Nulla osta *negato in prime cure* nel caso concreto oggetto di opposizione. Si trattava di persona che, scontata l'intera pena detentiva, non aveva soddisfatto il pagamento dell'importo di € 12.000 di multa.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato la previsione in esame non costituisce una pena accessoria, ma una restrizione di tipo amministrativo, collegata ad una condanna, che serve a renderne agevole ed effettiva la relativa esecuzione. La norma non è connotata da specialità e riferibile ai soli cittadini italiani, ma correlata al generale principio di obbligatorietà della legge penale di cui all'art. 3 del codice penale.

La Corte tuttavia valorizza lo statuto particolare vigente per il rifugiato politico e in particolare la previsione di cui all'art. 24, d.lgs. n. 251/2007 che prevede il rilascio da parte della questura competente del titolo di viaggio per stranieri ai titolari di protezione sussidiaria cui, per fondate ragioni, non può ritenersi consentita la possibilità di chiedere il rilascio del passaporto alle autorità diplomatiche del Paese di origine. Si tratta in questo caso dell'esecuzione da parte del legislatore nazionale di un obbligo internazionale che trae base dalla stessa Convenzione di Ginevra e tutela nella nostra Costituzione in applicazione dell'art. 117, co. 1, Cost. Per tali ragioni non si determina alcuna forma di discriminazione rovesciata rispetto al trattamento del cittadino italiano. Né l'eseguibilità della pena pecuniaria, nell'ambito dell'ordinario esercizio della potestà punitiva statale, integra quelle situazioni eccezionali per «gravissimi motivi attinenti la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico» che l'art. 24 citato prevede come deroga rispetto alla prevalenza delle motivazioni umanitarie.

La Corte d'assise ha così accolto l'opposizione e concesso il nulla osta al rilascio del passaporto.



OSSERVATORI



ALESSIA DI PASCALE

Osservatorio europeo

Atti di indirizzo

Dichiarazione sulla solidarietà. A giugno diciotto Stati membri (Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Germania, Grecia, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Olanda, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Spagna) insieme a Norvegia, Svizzera e Liechtenstein, hanno convenuto una dichiarazione sull'attuazione di un meccanismo temporaneo di solidarietà, inteso ad alleviare le difficoltà dei Paesi di primo ingresso nella gestione dei flussi migratori. L'accordo raggiunto rientra nell'approccio graduale proposto dalla presidenza francese (che promuove il consenso intorno almeno ad alcune previsioni essenziali della proposta riforma del sistema comune europeo di asilo) ed è stato condiviso nel corso della riunione del Consiglio giustizia e affari interni del 10 giugno 2022. In ossequio a tale approccio e in parallelo alla dichiarazione sulla solidarietà, nel corso della stessa riunione, il Consiglio ha adottato dei mandati di negoziato in relazione alla proposta di riforma del regolamento Eurodac e alla proposta di regolamento che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne. L'obiettivo perseguito con la dichiarazione sulla solidarietà è quello di fornire un'assistenza adeguata alle esigenze degli Stati membri più colpiti dai flussi migratori provenienti dal bacino del Mediterraneo e maggiormente sotto pressione, anche sulla rotta atlantica occidentale, offrendo ricollocazioni e contributi finanziari, il tutto nel rispetto del diritto dell'Unione e, in particolare, del regolamento Dublino. È prevista la definizione di una quota annuale di ricollocazioni, che ogni Stato aderente è tenuto ad effettuare, fissata sulla base del PIL e della popolazione del Paese ricevente, ferma la possibilità di superare la quota annuale prevista. Tenuto conto della natura volontaria di questo meccanismo, agli Stati aderenti è consentito esprimere preferenze in merito alla natura e all'entità dei loro contributi, ad esempio per quanto riguarda i beneficiari dei ricollocamenti (nazionalità, vulnerabilità, ecc.), o gli Stati membri destinatari della loro solidarietà. Gli impegni possono essere rimodulati nel caso in cui uno Stato si trovi a dover fronteggiare una pressione migratoria sproporzionata. Le ricollocazioni dovrebbero essere applicate in via prioritaria in favore degli Stati membri che si trovano ad affrontare sbarchi di migranti a seguito di operazioni di ricerca e salvataggio in mare sulle rotte del Mediterraneo e dell'Atlantico occidentale. In alternativa, gli Stati possono scegliere di offrire solidarietà tramite contributi finanziari diretti ai Paesi di prima accoglienza, oppure attraverso progetti in paesi terzi che possono avere un impatto diretto sui flussi alle frontiere esterne dell'Unione. La Commissione, che riveste il ruolo di coordinatore del meccanismo di solidarietà,

sarà chiamata, previa consultazione degli Stati membri contributori e beneficiari, a stabilire quali Stati membri siano legittimati a ricevere tale assistenza finanziaria e monitorerà l'utilizzo dei suddetti finanziamenti. Il 27 giugno è stata resa operativa una piattaforma *ad hoc*, coordinata dalla Presidenza del Consiglio e dalla Commissione, per dare attuazione al meccanismo di redistribuzione e individuare gli impegni di ciascuno Stato firmatario.

Piano dell'UE contro la tratta. A maggio è stato presentato dal Coordinatore anti-tratta dell'UE un piano comune anti-tratta, specificamente rivolto alle persone in fuga dall'Ucraina, inteso ad affrontare i rischi connessi al traffico di esseri umani e a sostenere le potenziali vittime. Il piano dà attuazione ad uno degli obiettivi fissati nel Piano d'azione in 10 punti, predisposto a marzo dalla Commissione per coordinare meglio le azioni dell'UE per l'accoglienza delle persone in fuga dalla guerra in Ucraina. Il piano anti-tratta persegue gli obiettivi della Strategia dell'UE per la lotta contro la tratta di esseri umani (2021-2025) e si prefigge cinque finalità specifiche: rafforzare la consapevolezza dei rischi della tratta di esseri umani e istituire linee di assistenza dedicate; rafforzare la prevenzione della tratta di esseri umani; migliorare la risposta delle forze dell'ordine e della magistratura alla tratta di esseri umani; migliorare l'identificazione precoce, il sostegno e la protezione delle vittime della tratta di esseri umani; affrontare i rischi della tratta di esseri umani nei Paesi terzi, in particolare in Ucraina e Moldavia. Gli obiettivi di cui sopra saranno perseguiti attraverso azioni concrete a livello dell'UE e attraverso raccomandazioni ai Paesi dell'UE. A giugno anche l'organismo anti-tratta del Consiglio d'Europa «GRETA» ha pubblicato una Nota di orientamento per affrontare i rischi di traffico di esseri umani, connessi alla guerra in Ucraina e alla conseguente crisi umanitaria.

Atti adottati

Meccanismo di valutazione e monitoraggio dell'*acquis* di Schengen. Il 9 giugno 2022 è stato adottato il regolamento n. 2022/922/UE sull'istituzione e sul funzionamento di un meccanismo di valutazione e di monitoraggio per verificare l'applicazione dell'*acquis* di Schengen, che abroga il regolamento (UE) n. 1053/2013. Tale meccanismo prevede lo svolgimento di attività di valutazione e di monitoraggio finalizzate a verificare circa l'applicazione dell'*acquis* di Schengen negli Stati membri (art. 1). Quanto ai compiti delle istituzioni, la Commissione ha un ruolo di coordinamento generale in relazione alla stesura dei programmi di valutazione annuali e pluriennali, all'elaborazione dei questionari, alla definizione dei calendari delle visite, allo svolgimento delle visite e alla stesura delle relazioni di valutazione (da presentare al Parlamento europeo e al Consiglio) e delle raccomandazioni. Essa provvede inoltre ad assicurare l'attuazione delle attività di follow-up e di monitoraggio, anche da un punto di vista pratico. Al Consiglio spetta, invece, l'adozione di raccomandazioni in caso di gravi carenze, prime valutazioni, valutazioni tematiche e nel caso in cui lo Stato membro valutato contesti in modo sostanziale la

bozza di relazione di valutazione. Nell'ambito della fase di monitoraggio del meccanismo di valutazione e di monitoraggio, il Consiglio adotta decisioni di esecuzione relative alla chiusura dei piani d'azione in caso di gravi carenze e di prime valutazioni. Inoltre, il Consiglio discute le relazioni presentate dalla Commissione e si occupa di discussioni politiche sull'efficace attuazione dell'*acquis* di Schengen e sul corretto funzionamento dello spazio senza controlli alle frontiere interne. Gli Stati membri sono tenuti ad agevolare le attività di monitoraggio svolte dalla Commissione. Sono altresì previste alcune forme di cooperazione con i pertinenti organi e organismi dell'Unione che partecipano all'attuazione dell'*acquis* di Schengen e con l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (art. 7), con Frontex (art. 8) ed Europol (art. 9). Nei casi in cui le valutazioni individuino una grave carenza quanto all'attuazione di Schengen (art. 22), lo Stato membro interessato è tenuto, non appena ne è informato, ad attuare provvedimenti volti a correggerla, se necessario anche mobilitando tutti i mezzi operativi e finanziari opportuni. Inoltre, in simili casi e qualora si ritenga che una grave carenza costituisca un rischio per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza nello spazio Schengen, la Commissione deve informare immediatamente il Consiglio, trasmettere la relazione al Consiglio e al Parlamento europeo e organizzare una nuova visita entro un anno dalla data della valutazione per verificare se lo Stato membro vi abbia rimediato (presentando poi una relazione di nuova visita al Consiglio).

Agenzia dell'Unione europea della guardia di frontiera e costiera. Il 4 luglio 2022 sono state adottate due decisioni del Consiglio, la n. 2022/1168/UE e la n. 2022/1168/UE, che autorizzano l'avvio di negoziati, rispettivamente, per un accordo sullo status tra l'Unione europea e la Repubblica islamica di Mauritania relativo alle attività operative svolte dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nella Repubblica islamica di Mauritania, e per un accordo sullo status tra l'Unione europea e la Repubblica del Senegal relativo alle attività operative svolte dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nella Repubblica del Senegal. L'articolo 73, paragrafo 3, del regolamento 2019/1896/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (relativo alla guardia di frontiera e costiera europea), infatti, prevede che, in circostanze che richiedono l'invio di squadre per la gestione delle frontiere attinte dal corpo permanente della guardia di frontiera e costiera europea in un paese terzo in cui i membri delle squadre eserciteranno poteri esecutivi, l'Unione concluda un accordo sullo status con il paese terzo interessato in forza dell'articolo 218 TFUE.

Trattamento dei dati personali nel sistema di ingressi/uscite (EES System). Ad agosto è stata adottata la decisione di esecuzione (UE) 2022/1337 della Commissione del 28 luglio 2022 che stabilisce il modello per fornire informazioni ai cittadini di paesi terzi sul trattamento dei dati personali nel sistema di ingressi/uscite. La decisione dà attuazione all'art. 50, par. 1, del regolamento (UE) 2017/2226 (il quale aveva istituito il sistema di ingressi/uscite (EES) che

registra elettronicamente l'ora e il luogo di ingresso e di uscita dei cittadini di paesi terzi ammessi per un soggiorno di breve durata nel territorio degli Stati membri e che calcola la durata del soggiorno autorizzato). Ai sensi di tale disposizione, i cittadini di paesi terzi i cui dati sono da registrare nell'EES devono essere informati dei propri diritti e obblighi, in relazione al trattamento dei loro dati, mediante un apposito modello.

Proposte legislative

Digitalizzazione della procedura di visto. Il 27 aprile la Commissione ha presentato una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (CE) n. 810/2009 e (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, i regolamenti (CE) n. 1683/95, (CE) n. 333/2002, (CE) n. 693/2003 e (CE) n. 694/2003 del Consiglio e la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, per quanto riguarda la digitalizzazione della procedura di visto. La proposta della Commissione prevede la creazione di una piattaforma online attraverso la quale sarà possibile presentare la domanda di visto (salve alcune eccezioni, tra cui i visti rilasciati alla frontiera esterna, i visti rilasciati a capi di Stato o di governo, e singoli casi per ragioni umanitarie). Una volta che gli Stati membri avranno svolto le verifiche appropriate, il fascicolo di domanda verrà trasferito al sistema nazionale dello Stato membro competente e ivi conservato. I consolati avranno la possibilità di consultare le informazioni conservate a livello nazionale e di inoltrarle al VIS. Il sistema determinerà automaticamente quale sia il paese Schengen competente per l'esame di una domanda, in particolare, quando il richiedente intende visitarne più di uno. Sarà possibile ottenere tutte le informazioni relative ai visti Schengen per soggiorni di breve durata, nonché tutte le informazioni necessarie in merito ai requisiti e alle procedure (ad esempio documenti giustificativi, diritti per i visti o la necessità di un appuntamento per il rilevamento degli identificatori biometrici). La proposta mantiene la necessità di presentarsi di persona presso il consolato se: *i*) si presenta la domanda per la prima volta; *ii*) è stato rilasciato un nuovo documento di viaggio che dev'essere verificato; *iii*) occorre procedere al rilevamento degli identificatori biometrici.

Varie

Accoglienza degli sfollati ucraini. Il 6 luglio 2022, il Commissario per gli Affari interni Ylva Johansson ha presentato l'iniziativa «Case sicure». Sono, in particolare, state presentate delle raccomandazioni rivolte agli Stati membri al fine di fornire alloggi sicuri e adeguati alle persone in fuga dalla guerra in Ucraina. La guida fa parte del piano della Commissione in 10 punti per un maggiore coordinamento europeo sull'accoglienza delle persone in fuga dalla guerra in Ucraina. A luglio, inoltre, la Rete europea per le migrazioni «EMN» ha pubblicato un'informativa sull'applicazione della direttiva sulla protezione temporanea negli Stati membri.

Relazione sullo stato di Schengen. Il 24 maggio la Commissione ha pubblicato la relazione annuale sullo stato di Schengen 2022. Si tratta della prima relazione di questo tipo presentata dalla Commissione e fa seguito alla Strategia per uno spazio Schengen senza controlli alle frontiere interne pienamente funzionante e resiliente presentata nel 2021. La relazione annuale illustra lo stato di attuazione dello spazio Schengen, identifica le priorità per l'anno successivo e monitora i progressi compiuti nell'ultimo anno. La relazione ha costituito la base per le discussioni dei membri del Parlamento europeo e dei ministri degli Affari interni in occasione del terzo Forum Schengen svoltosi il 2 giugno a Bruxelles e del successivo Consiglio GAI del 10 giugno. La relazione definisce un elenco di azioni prioritarie per il 2022-2023, da attuarsi sia a livello nazionale che europeo, quali: implementazione della nuova architettura informatica e dell'interoperabilità per la gestione delle frontiere, piena utilizzazione degli strumenti di cooperazione transfrontaliera, garanzia di controlli sistematici alle frontiere esterne di tutti i viaggiatori, raggiungimento del pieno potenziale di Frontex, eliminazione di tutti i controlli di lunga durata alle frontiere interne e adozione del Codice frontiere Schengen rivisto. La relazione ha, inoltre, sottolineato l'importanza di completare l'area Schengen, invitando il Consiglio ad adottare le decisioni per consentire alla Croazia, così come alla Romania e alla Bulgaria, di farne formalmente parte, in considerazione del fatto che tutti i criteri sono stati soddisfatti. Lo stesso varrà per Cipro, una volta completato con successo il processo di valutazione di Schengen.

Rafforzamento delle verifiche nelle banche dati relative alle frontiere esterne. Il 24 maggio la Commissione ha presentato una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio per quanto riguarda il rafforzamento delle verifiche nelle banche dati pertinenti alle frontiere esterne introdotto dal regolamento (UE) 2017/458. La relazione fornisce una panoramica dell'attuazione e dell'impatto dell'introduzione di verifiche sistematiche sulle persone con diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto dell'UE, in attuazione del nuovo art. 8 del Codice frontiere Schengen (come modificato dal reg. (UE) 2017/458). Essa prende, inoltre, in considerazione i costi complessivi per gli Stati membri e i passeggeri, individua le sfide e le carenze nell'attuazione del regolamento e analizza l'impatto delle nuove norme introdotte. La relazione sarebbe dovuta essere presentata al Parlamento e al Consiglio entro l'8 aprile 2019. Tuttavia, considerato che 13 Stati membri si sono avvalsi della possibilità di rimandare l'introduzione di tali verifiche sistematiche alle loro frontiere aeree per un periodo massimo di 24 mesi (ossia fino alla data prevista per la presentazione della relazione), alla data prevista per la presentazione della relazione i dati disponibili sarebbero stati limitati.

Gestione integrata delle frontiere. Il 24 maggio la Commissione ha pubblicato un documento di orientamento in relazione alla politica strategica pluriennale per la gestione europea integrata

delle frontiere in conformità dell'art. 8, par. 4, del regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea. Il documento è finalizzato all'avvio, da parte della Commissione, di una consultazione del Parlamento europeo e del Consiglio sullo sviluppo della politica strategica pluriennale. La consultazione si concentrerà in particolare sul capitolo 5 del documento, che fissa le priorità politiche e gli orientamenti strategici per un periodo di cinque anni in merito ai 15 elementi dell'EUIBM (gestione europea integrata delle frontiere), di cui all'articolo 3 del regolamento (UE) 2019/1896.

Statistiche visti Schengen. A giugno la Commissione ha pubblicato le statistiche sui visti Schengen rilasciati nel 2021 dagli Stati membri, che confermano la significativa riduzione delle richieste di visti di breve durata rispetto al 2019 (come nel 2020 sono state 3 milioni, rispetto a 17 milioni nel 2019, per il permanere delle restrizioni di viaggio dovute al covid). Nel 2021 sono stati rilasciati 2,4 milioni di visti (85% in meno rispetto al 2019 e circa 5% in meno rispetto al 2020). Non si registrano differenze rispetto ai Paesi da cui provengono le maggiori richieste: Russia (536 241), Cina (da 3 milioni nel 2019 a 207 000 richieste nel 2020 a 27 458 nel 2021); Turchia: (271 997), India (130 000), Marocco (157.00). La percentuale media delle domande di visto che sono state rifiutate (13,4%) è sostanzialmente invariata rispetto al 2020. Oltre ai 2,4 milioni di visti rilasciati nel mondo, nel 2021 gli Stati Schengen hanno rilasciato anche 69 401 visti uniformi direttamente alle frontiere esterne.

Programmi di sviluppo e protezione regionale in Africa. A maggio la Commissione ha pubblicato delle schede di aggiornamento che illustrano i risultati raggiunti dai Programmi di sviluppo e protezione regionale in Nord Africa e nel Corno d'Africa, istituiti nel 2015 nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione. Tali programmi sono intesi a sostenere i Paesi terzi nell'affrontare le esigenze di protezione e sviluppo di migranti, rifugiati e richiedenti asilo, nonché gli sforzi delle comunità che ospitano migranti e rifugiati, e a rafforzare le capacità delle autorità. Ad oggi, attraverso le azioni del Fondo asilo migrazione e integrazione (AMIF), sono stati finanziati 57 progetti, per un importo totale di 67.300.000 euro. In particolare, i progetti forniscono sostegno al rafforzamento delle capacità nei Paesi terzi con riferimento a: creazione, sviluppo e miglioramento di un'efficace procedura di determinazione dello status di rifugiato; miglioramento delle modalità e condizioni di accoglienza per i migranti più vulnerabili e di accesso alla protezione internazionale; contributo allo sviluppo di un quadro giuridico, politico e istituzionale; sostegno negli impegni di reinsediamento; aiuti ai Paesi terzi nella risposta alle esigenze di sviluppo di migranti, rifugiati e richiedenti asilo e sostegno alle comunità che ospitano migranti e rifugiati, anche attraverso programmi di formazione.

PAOLO BONETTI

Osservatorio italiano

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Misure derogatorie per la valutazione scolastica degli alunni sfollati dall'Ucraina ed estensione dell'agricoltura sociale all'inserimento socio-lavorativo di migranti e rifugiati.

Il *decreto-legge 17.05.2022, n. 50, come modificato e integrato dalla legge di conversione in legge n. 91/2022* (pubblicata in G.U. n.164 del 15.7.2022) prevede alcune misure di favore a determinate categorie di stranieri.

1) L'art. 46 prevede una disciplina speciale e derogatoria della valutazione degli apprendimenti e lo svolgimento degli esami di Stato degli studenti sfollati dall'Ucraina:

in relazione all'evolversi della situazione relativa alla crisi ucraina, per l'anno scolastico 2021-2022, con una o più ordinanze del Ministro dell'istruzione, possono essere adottate specifiche misure per la valutazione degli apprendimenti e per lo svolgimento degli esami di Stato conclusivi del primo e del secondo ciclo di istruzione dei profughi ucraini accolti nelle istituzioni scolastiche del sistema nazionale di istruzione. L'ordinanza è stata poi adottata nel giugno 2020 (si veda oltre).

2) L'art. 48-*ter* prevede che al fine di consentire ai migranti e ai rifugiati presenti in Italia di usufruire di livelli adeguati di assistenza socio-sanitaria ed educativa e di supporto nell'inserimento socio-lavorativo siano inseriti i migranti e rifugiati tra i destinatari delle attività dell'agricoltura sociale indicati nell'art. 2, co. 1, lett. a), della legge 18.8.2015, n. 141.

Il d.l. prevede anche all'art. 44 misure per migliorare l'accoglienza degli sfollati dall'Ucraina:

- 15 mila posti in più per l'accoglienza diffusa presso appartamenti, famiglie e altre strutture, che sarà gestita dal Terzo Settore;
- 20 mila destinatari in più per il contributo di sostentamento (300 euro adulti, 150 euro minori), riconosciuto ai profughi che hanno trovato una sistemazione autonomamente;
- altri 27 milioni di euro di contributo forfettario a Regioni e Province autonome per coprire le prestazioni del Servizio sanitario;
- un contributo *una tantum* da 40 milioni ai Comuni investiti dall'emergenza per rafforzare l'offerta di servizi sociali;
- la possibilità, per gli sfollati, di convertire banconote di hryvnia in banconote in euro a condizioni facilitate.

Deroghe all'autocertificazione per i documenti concernenti immigrazione, condizione dello straniero, diritto di asilo e cittadinanza

Un ulteriore differimento dei termini di entrata in vigore della norma che consente allo straniero di utilizzare le autocertificazioni anche nei casi in cui le disposizioni contenute nel Testo unico delle leggi sull'immigrazione e nel suo regolamento di attuazione prevedono in modo esplicito, l'esibizione o la produzione di specifici documenti è previsto *nell'art. 19-bis della legge n. 79/2022, di conversione in legge del decreto-legge n. 36/2022* (pubblicato in G.U. 29.6.2022, n. 150).

Tale disposizione prevede che all'art. 17, co. 4-*quater*, del d.l. 9.2.2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4.4.2012, n. 35, le parole: «30 giugno 2022» sono sostituite dalle seguenti: «31 dicembre 2022», il che comporta il differimento al 31 dicembre 2022 dell'entrata in vigore della norma che consente agli stranieri di utilizzare l'autocertificazione anche nei casi in cui il Testo unico delle leggi sull'immigrazione e il suo regolamento di attuazione (d.p.r. n. 394/1999) prevedono esplicitamente l'esibizione e/o la produzione di determinati documenti per gli adempimenti amministrativi.

È dal 2012 che questo termine è differito ogni anno, il che fa dubitare della sua legittimità.

Semplificazione delle procedure di rilascio del nulla osta al lavoro e delle verifiche dei requisiti concernenti l'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro e la congruità del numero delle richieste presentate

Una importante riforma di un aspetto significativo del diritto degli stranieri è prevista, seppur per un periodo limitato, dagli *artt. 42, 43, 44 e 45 del decreto-legge 21.6.2022, n. 73, convertito con modificazioni dalla legge convertito con modificazioni dalla legge 4.8.2022, n. 122* (pubblicata in G.U. 19.8.2022, n. 193).

Essa riguarda soltanto la disciplina degli ingressi per lavoro subordinato, limitatamente alla semplificazione delle procedure di rilascio del nulla-osta al lavoro e delle verifiche dei requisiti concernenti l'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro e la congruità del numero delle richieste presentate.

Dal punto di vista del sistema delle fonti del diritto la riforma appare criticabile sia perché non prevede una novella delle disposizioni normative che innova, poiché le nuove disposizioni sono configurate ad applicazione limitata agli ingressi per lavoro sulla base delle domande presentate ai sensi del d.p.c.m. di determinazione delle quote del 2021 e di quello (futuro e incerto) del 2022, sia perché la riforma legislativa espressamente innova non soltanto norme legislative, ma anche norme regolamentari, le quali per effetto di questa riforma appaiono legificate, cioè irrigidite in una fonte primaria rispetto al previgente assetto di norme regolamentari e dunque di rango secondario.

Dal punto di vista della semplificazione si può affermare in generale che si prevede una semplificazione delle procedure di rilascio dei nulla-osta al lavoro, mentre altre procedure appaiono

semplicemente privatizzate, cioè trasferite dall'Ispettorato nazionale del lavoro a verifiche asseverate da professionisti private, con particolare riguardo per le verifiche dei requisiti concernenti l'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro e la congruità del numero delle richieste presentate. Come ha osservato un documento di analisi della riforma preparato da ASGI, si tratta di misure adottate nell'ambito della grave situazione sociale venutasi a creare anche a causa della sostanziale ineffettività del sistema legale di ingresso dei lavoratori stranieri in Italia nel corso degli anni, della difficoltà delle imprese in Italia di reperire lavoratori per profili professionali prevalentemente manuali (ordinariamente operai) e per fare dunque fronte ad una esigenza prettamente economica del sistema produttivo italiano.

Si può altresì osservare che le nuove norme non prevedono alcun coinvolgimento delle organizzazioni sindacali dei lavoratori nella partecipazione al procedimento amministrativo, pur semplificato, mentre sono, invece, incrementate notevolmente rispetto a quanto ordinariamente previsto dalla legislazione vigente i compiti affidati alle organizzazioni datoriali che, da funzioni procedurali assumono ora funzioni di verifica della correttezza dell'operato delle imprese loro aderenti;

Inoltre, pur essendo prevista la possibilità di utilizzare immediatamente la forza lavoro, il legislatore pare diffidare del lavoratore straniero, al quale, in ogni momento, può essere revocato il nulla osta al lavoro o il suo visto di ingresso, anche per fatti non a lui/lei imputabili.

È evidente, dunque, che la riforma prevista dal d.l. trascura le esigenze del lavoratore, il che ostacola l'effettiva garanzia di rispetto dei principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost.

Le modifiche introdotte dal d.l. sono illustrabili riprendendo gran parte della sintesi della scheda pratica elaborata da ASGI.

1) Il rilascio del nulla-osta al lavoro invece dell'ordinario termine di 60 giorni, deve avvenire entro 30 giorni (art. 42, co. 1). Tale termine decorre:

a) dalla data di pubblicazione del d.l. 73/2022 (21.6.2022) per le domande concernenti le quote previste dal d.p.c.m. 21.12.2021 e cioè per le seguenti domande:

I) le domande nominative di nulla osta all'ingresso ed al lavoro in favore di lavoratori stranieri presentati dai datori di lavoro sulla base del d.p.c.m. del 2021;

II) i lavoratori stranieri extraUE destinatari di una domanda di nulla-osta all'ingresso ed al lavoro da parte di datori di lavoro e nell'ambito, ovviamente, del medesimo d.p.c.m. di determinazione delle quote, ma anche se costoro si trovano già in Italia;

III) le domande di conversione dei permessi di soggiorno avanzate nell'ambito del d.p.c.m. del 2021.

Per i lavoratori stagionali è fatto salvo quanto previsto dall'art. 24, co. 6, d.lgs. 286/98, cioè una forma di silenzio assenso al ricorrere delle seguenti condizioni:

I) richiesta concernente lavoratore straniero già autorizzato almeno una volta nei cinque anni precedenti a prestare lavoro stagionale presso lo stesso datore di lavoro richiedente;
II) lavoratore regolarmente assunto dal datore di lavoro e che ha rispettato le condizioni indicate nel precedente permesso di soggiorno.

b) dalla domanda per le quote previste dal d.p.c.m. che sarà eventualmente emanato per il 2022.

2) Poiché ordinariamente, il rilascio del nulla-osta è subordinato al rilascio di pareri da parte di enti diversi dallo Sportello unico per l'immigrazione di ogni prefettura, l'art. 42, co. 2, stabilisce una sorta di silenzio assenso "condizionato", in quanto esso deve ora essere rilasciato anche nel caso in cui, nel termine di trenta giorni (dunque al 22.7.2022), non siano state acquisite informazioni dalla competente questura e dall'Ispettorato del lavoro relative agli elementi ostativi di cui agli artt. 22 e 24 del d.lgs. 286/98 (ma salvo la successiva revoca).

3) Al rilascio del nulla osta è legata la possibilità dell'autorizzazione all'instaurazione del rapporto di lavoro, dunque prima della sottoscrizione del contratto di soggiorno (art. 42, co. 2). Ordinariamente, infatti, dopo aver ottenuto il nulla osta e successivamente il visto presso la Rappresentanza diplomatica italiana nel suo Paese di origine, lo straniero ed il datore di lavoro devono sottoscrivere il contratto di soggiorno e lo straniero deve presentare pure al questore la sua richiesta di rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Soltanto con la ricevuta postale della richiesta di appuntamento per avere il permesso di soggiorno lo straniero extraUE può attualmente sottoscrivere un contratto di lavoro.

4) Il rilascio del visto d'ingresso in favore del lavoratore straniero che risiede all'estero deve avvenire entro 20 giorni (invece dei 30 gg. previsti nella procedura ordinaria) dalla richiesta (art. 42, co. 3).

5) Il sopravvenuto accertamento, dopo il rilascio del nulla osta, degli elementi ostativi di cui agli artt. 22 e 24 d.lgs. 286 /1998 comporta la revoca del nulla osta e degli atti e provvedimenti amministrativi successivamente emanati.

6) Le verifiche dei requisiti concernenti l'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro e la congruità del numero di richieste presentate, per il medesimo periodo, dallo stesso datore di lavoro (ordinariamente previste dall'art. 30-bis, co. 8, d.p.r. 394/1999 in capo all'Ispettorato territoriale del lavoro), sono ora disciplinate dall'art. 44 d.l.. Tali adempimenti, salvo che sia già stato rilasciato il parere dell'ispettorato del lavoro, devono concludersi con una asseverazione, demandata in via esclusiva:

a) ai consulenti del lavoro ed agli iscritti negli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali (i quali, salvo i consulenti del lavoro, in tal caso sono tenuti a darne comunicazione all'Ispettorato del lavoro nel cui ambito territoriale intendono svolgere gli adempimenti di cui sopra (art. 1 della legge 12/1979),

b) alle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale alle quali il datore di lavoro aderisce o conferisce mandato.

In caso di esito positivo delle verifiche i predetti soggetti rilasceranno apposita asseverazione che il datore di lavoro presenterà presso lo SUI al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno.

7) Le regole sopra indicate saranno applicabili anche alle domande che saranno presentate a seguito dell'eventuale adozione del d.p.c.m. (futuro e incerto) di programmazione delle quote di ingresso per l'anno 2022 (ma il termine ridotto di trenta giorni previsti per il rilascio del nulla osta decorrerà dalla data di ricezione delle domande).

L'asseverazione non è comunque richiesta con riferimento alle istanze presentate dalle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che hanno sottoscritto con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali un apposito protocollo di intesa con il quale si impegnano a garantire il rispetto, da parte dei propri associati, dei requisiti previsti dall'art. 30-*bis*, co. 8, del d.p.r. 394/1999. In tali ipotesi si applica l'art. 27, co. 1-*ter*, d.lgs. 286/1998, sicché il nulla osta al lavoro è sostituito da una comunicazione da parte del datore di lavoro della proposta di contratto di soggiorno per lavoro subordinato, previsto dall'art. 5-*bis*.

La comunicazione è presentata con modalità informatiche allo Sportello unico per l'immigrazione della prefettura - Ufficio territoriale del Governo. Lo Sportello unico trasmette la comunicazione al questore per la verifica della insussistenza di motivi ostativi all'ingresso dello straniero ai sensi dell'art. 31, co. 1, del regolamento di cui al d.p.r. n. 394/1999, e, ove nulla osti da parte del questore, la invia, con le medesime modalità informatiche, alla Rappresentanza diplomatica o consolare per il rilascio del visto di ingresso. Entro otto giorni dall'ingresso in Italia lo straniero si reca presso lo Sportello unico per l'immigrazione, unitamente al datore di lavoro, per la sottoscrizione del contratto di soggiorno e per la richiesta del permesso di soggiorno.

8) La nuova procedura può essere applicata, con riguardo al solo d.p.c.m. del 2021 (art. 42, co. 7, d.l. 73/2022) anche ai lavoratori che già sono presenti in Italia (cioè sia soggiornanti ad altro titolo o in attesa di rilascio o di rinnovo o di conversione del permesso di soggiorno, sia in attesa di regolarizzarsi con le norme del 2020, sia in situazione di soggiorno irregolare) e che, dunque, non dovranno fare rientro nel loro Paese di origine per ottenere il visto di ingresso per potere

regolarmente rientrare in Italia. Si tratta di una importante novità che appare una prima presa d'atto da parte del legislatore italiano dell'inefficacia del vigente sistema della programmazione degli ingressi per lavoro sulla base del d.p.c.m. di determinazione delle quote.

L'innovazione, tuttavia, deve combinarsi con altri requisiti stabiliti dal legislatore della novella. In particolare occorre che i lavoratori si trovino in una delle seguenti condizioni:

- siano presenti sul territorio nazionale alla data del 1° maggio 2022;
- siano stati sottoposti a rilievi fotodattiloscopici;
- dimostrino di aver soggiornato in Italia precedentemente alla suddetta data, in forza della dichiarazione di presenza, resa ai sensi della legge 28 maggio 2007, n. 68, o di attestazioni costituite da documentazione di data certa proveniente da organismi pubblici;
- rientrino specificamente (a differenza di coloro che siano tuttora all'estero) nei limiti numerici previsti nel d.p.c.m. del 2021 nell'ambito delle ripartizioni della quota massima (69.700) per singola provincia operata dal Ministero del lavoro.

Tali condizioni dovranno essere verificate al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno dallo Sportello unico per l'immigrazione e, pertanto, il datore di lavoro potrà concludere il contratto di lavoro dopo il rilascio del nulla osta senza che le stesse siano state preventivamente accertate; in caso di successivo accertamento negativo di esse, ne deriveranno la revoca del nulla osta e la risoluzione di diritto del contratto di lavoro (art. 42, co. 8).

In questo specifico caso, infatti, il legislatore specifica che le nuove e semplificatorie disposizioni si applicano anche ai lavoratori stranieri già presenti in Italia per i quali non solo «è stata presentata domanda diretta a instaurare in Italia un rapporto di lavoro subordinato nell'ambito dei procedimenti relativi al d.p.c.m. del 2021, di cui al comma 1, ma anche nei limiti quantitativi dallo stesso previsti».

In queste ipotesi (lavoratori già presenti in Italia), il lavoratore non dovrà dunque rientrare nel proprio Paese di origine al fine di ricevere il visto di ingresso, ma potrà stipulare direttamente il contratto di soggiorno con il datore di lavoro, e ottenere il successivo permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Anche in questo caso i lavoratori potranno essere assunti a seguito dell'ottenimento del nulla osta nel citato termine di 30 giorni.

Si prevedono peraltro anche cause di esclusione riservate ai cittadini già presenti in Italia in maniera non regolare ma comunque ammissibili alla procedura.

Infatti l'art. 43, co. 1 non è applicabile nei confronti di alcune categorie di stranieri:

1) coloro verso cui sia stato emesso un provvedimento amministrativo di espulsione per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato *ex art. 13, co. 1 e 2, lett. c)*, d.lgs. n. 286/1998, ovvero rientrino nelle categorie indicate negli artt. 1, 4 e 16 del Codice antimafia (art. 43, co. 1, lett. a);

2) quanti risultino segnalati ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato (art. 43, co. 1, lett. b);

3) coloro che risultino condannati per uno dei reati previsti dall'art. 380 c.p.p. o per i delitti contro la libertà personale ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite (art. 43, co. 1, lett. c);

4) coloro che siano comunque considerati una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato (art. 43, co. 1, lett. d).

Inoltre, l'art. 43, co. 2, prevede una eguale esclusione per coloro nei cui confronti, alla data di entrata in vigore del decreto-legge (21.6.2022), sia stato emesso un provvedimento amministrativo di espulsione di cui all'art. 13, co. 2, lett. a) e b), d.lgs. 286/98 (ingresso in assenza di visto o soggiorno irregolare, anche per perdita del diritto al rinnovo) o risultino condannati anche in via non definitiva per il reato punito ai sensi dell'art. 10-*bis* del medesimo decreto legislativo (ingresso o soggiorno irregolare), cioè nei confronti degli stranieri che si trovino, come gli altri, in una situazione di irregolarità, ma nei cui confronti la PA abbia emesso un provvedimento di espulsione, anche se non notificato al destinatario.

Tale previsione appare di dubbia legittimità costituzionale rispetto all'art. 3 Cost. perché prevede una equiparazione irragionevole due ipotesi con un disvalore molto differente, perché prevede la preclusione sia di chi sia considerato un pericolo per la sicurezza dello Stato, sia di chi sia destinatario di un provvedimento amministrativo di espulsione per una mera irregolarità amministrativa.

In base all'art. 30-*bis*, co. 8, d.p.r. 394/1999 lo Sportello unico deve acquisire, tra l'altro, il parere dell'Ispettorato territoriale del lavoro relativo alla «verifica dell'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie e la congruità del numero delle richieste presentate, per il medesimo periodo, dallo stesso datore di lavoro, in relazione alla sua capacità economica e alle esigenze dell'impresa, anche in relazione agli impegni retributivi ed assicurativi previsti dalla normativa vigente e dai contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria applicabili».

La genericità e l'ampiezza di poteri attribuiti agli Ispettorati del lavoro, spesso anche in grave carenza di organico, hanno comportato applicazioni differenziate nella prassi amministrativa e un dilatamento del procedimento amministrativo particolarmente significativo (a volte anche di anni). Su tale sistema interviene l'art. 44 del decreto-legge.

La verifica dei requisiti concernenti l'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro e la congruità del numero di richieste presentate, per il medesimo periodo, dallo stesso datore di

lavoro, salvo l'ipotesi in cui sia già stato rilasciato il parere dell'Ispettorato del lavoro, è ora demandata in via esclusiva:

a) ai professionisti di cui all'art. 1, l. 12/1979, ovvero sia a coloro che siano iscritti nell'albo dei consulenti del lavoro, sia a coloro che siano iscritti negli albi degli avvocati o dei dottori commercialisti ed esperti contabili previo, per tali ultime due categorie di professionisti, l'assolvimento dell'obbligo di comunicazione agli Ispettorati del lavoro dello svolgimento della loro attività (cfr. art. 1, l. 12/1979);

b) alle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ai quali il datore di lavoro aderisce o conferisce mandato. In caso di esito positivo delle verifiche i predetti soggetti rilasceranno apposita asseverazione che il datore di lavoro presenterà presso lo SUI al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno.

Tali professionisti dovranno asseverare la regolarità e congruità delle istanze di nulla osta sulla base degli elementi specificati nella suddetta normativa. Infatti, ai sensi dell'art. 44, co. 2, le asseverazioni dovranno tenere in considerazione la combinazione di differenti elementi, tra i quali:

- la capacità dell'impresa di sostenere gli oneri di assunzione in relazione al numero di personale richiesto;
- l'equilibrio economico-finanziario dell'impresa;
- il fatturato aziendale;
- numero dei dipendenti mediamente occupato negli ultimi anni con contratti di lavoro subordinato, considerando la tipologia del contratto di lavoro e della presumibile durata dello stesso (tempo pieno, tempo parziale e relativa percentuale, apprendistato, tempo determinato o tempo indeterminato, etc.) in relazione anche al tipo di attività concretamente esercitata;
- tipo di attività svolta dall'impresa, anche con riferimento al carattere continuativo o stagionale della stessa.

Lo scopo della normativa è evidentemente quello di evitare che, attraverso gli ingressi sulla base del d.p.c.m. di determinazione delle quote di ingresso per lavoro, si eluda il rispetto delle norme in materia di controlli delle frontiere e, dunque, che le domande di assunzione siano fittizie, non utili all'impresa/datore di lavoro o da lui concretamente non sostenibile. Per tale motivo ciò che andrà valutata sarà la reale capacità dell'azienda di fare fronte a tali assunzioni, guardando con specificità ed attenzione ad ogni caso concreto e tenendo anche in considerazione se l'impresa sia di recente costituzione o meno.

A seguito delle verifiche effettuate, anche attraverso la documentazione presentata dal datore di lavoro, il professionista rilascerà un'apposita asseverazione di sussistenza delle condizioni previste dalla legge, che dovrà poi essere prodotta dal datore di lavoro al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno, quanto alle domande presentate nell'ambito del d.p.c.m. del 2021, ovvero insieme alla richiesta di assunzione del lavoratore straniero.

È prevista altresì l'esclusione della necessità dell'asseverazione in alcune ipotesi:

- a) quando sia già intervenuto il parere dell'Ispettorato territoriale del lavoro (art. 44, co. 4, d.l. 73/2022);
- b) per il datore di lavoro affetto da patologie o handicap che ne limitano l'autosufficienza, il quale intende assumere un lavoratore straniero addetto alla sua assistenza (art. 30-*bis*, co. 8, d.p.r. 394/99);
- c) con riferimento alle istanze presentate dalle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che hanno sottoscritto con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali un apposito protocollo di intesa con il quale si impegnano a garantire il rispetto, da parte dei propri associati, dei requisiti di cui al comma 1 (art. 44, co. 5, d.l. 77/2022).

In ogni caso resta ferma la possibilità, da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro, in collaborazione con l'Agenzia delle entrate, di effettuare controlli a campione sul rispetto dei requisiti e delle procedure adottate dai professionisti (art. 44, co. 6, d.l. 73/2022).

L'art. 43, commi da 3 a 6, d.l. 73/2022 stabilisce che, in relazione ai lavoratori già presenti in Italia e, dunque, rientranti nell'ipotesi di cui all'art. 42, co. 7, del medesimo decreto, sono sospesi i procedimenti penali e amministrativi nei confronti del lavoratore per l'ingresso e il soggiorno illegale nel territorio nazionale, con esclusione degli illeciti di cui all'art. 12, d.lgs. n. 286/1998 (favoreggiamento dell'ingresso irregolare). Tale sospensione opera dalla data di entrata in vigore del decreto fino alla conclusione dei procedimenti relativi al rilascio del permesso di soggiorno in applicazione del predetto art. 42, co. 7 e cessa comunque in caso di diniego o revoca del nulla osta e del visto a qualsiasi titolo rilasciato, ovvero nel caso in cui entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto-legge non sia rilasciato il nulla osta (comma 4). Tale previsione ripropone il generale approccio penalizzante verso la persona straniera e pare irragionevolmente violare il principio costituzionale di eguaglianza di fronte alla legge, in quanto restringe la condizione giuridica della persona straniera anche per effetto di inadempimenti della Pubblica amministrazione (qual è il rilascio del nulla osta nei termini di legge).

Dunque, solo il rilascio del permesso di soggiorno determina, per il/la cittadino/a straniero/a, l'estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi relativi alle violazioni della ordinaria normativa in materia di ingresso e soggiorno in Italia.

Tuttavia, anche qualora dovesse determinarsi la revoca del precedente titolo, prima della emissione di qualsiasi provvedimento espulsivo e, comunque, tenendo conto anche della pregressa e recente attività lavorativa (sintomo, quantomeno, di un radicamento sociale in Italia), dovranno essere valutati tutti i divieti di espulsione che la normativa nazionale, europea o internazionale stabilisce a tutela della persona e del lavoratore straniero. Tra questi, innanzitutto, la possibilità del riconoscimento di un permesso di soggiorno per protezione speciale, *ex* art. 19, commi 1, 1.1

e 1.2 d.lgs. n. 286/1998, anche in applicazione dell'art. 8 della Convenzione europea per i diritti umani e le libertà fondamentali.

Modalità dei rimborsi e degli interventi in favore dei tutori volontari dei minori stranieri non accompagnati

Il *decreto del Ministro dell'interno 8.8.2022* (pubblicato in G.U. Serie generale n. 219 del 19.9.2022) prevede la disciplina delle modalità dei rimborsi e degli interventi in favore dei tutori volontari dei minori stranieri non accompagnati, sulla base delle risorse assegnate al Fondo per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati, ai sensi dell'art. 1, co. 882, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, iscritte sul capitolo di bilancio 2353 pg. 3 dello stato di previsione del Ministero dell'interno, mentre non rientrano nel campo di applicazione del decreto e non sono rimborsabili le spese relative a prestazioni in favore del minore straniero non accompagnato che sono a carico delle strutture di accoglienza individuate dall'art. 19, d.lgs. n. 142/2015.

Il decreto disciplina le modalità attuative (che non si illustrano trattandosi di aspetti amministrativi e contabili riferiti al rimborso delle spese delle prestazioni erogate dai tutori) dell'art. 1, co. 882, della legge 27.12.2019, n. 160, il quale prevede l'incremento di 1 milione di euro annui, a decorrere dal 2020, del Fondo per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati, istituito dall'art. 1, co. 181, della legge 23.12.2014, n. 190, per essere destinato nei limiti dello stanziamento di cui al comma medesimo e sulla base delle modalità stabilite con tale decreto ministeriale le seguenti finalità:

- a) interventi a favore dei tutori volontari di minori stranieri non accompagnati, di cui alla legge 7 aprile 2017, n. 47;
- b) rimborso a favore delle aziende di un importo fino al 50% dei costi sostenuti per permessi di lavoro retribuiti accordati come clausola di maggior beneficio ai tutori volontari di minori stranieri non accompagnati, fino a sessanta ore per tutore, per adempimenti connessi con l'ufficio della tutela volontaria;
- c) rimborso a favore dei tutori volontari delle spese sostenute per adempimenti connessi con l'ufficio della tutela volontaria.

Il decreto chiarisce dunque quali siano le spese rimborsabile e definisce la procedura per ottenere i rimborsi dovuti, così rafforzando il ruolo ed il riconoscimento dei tutori volontari, privati cittadini che a titolo gratuito mettono a disposizione il proprio tempo per sostenere i minori stranieri non accompagnati nel loro percorso di integrazione.

Per quanto riguarda i permessi retribuiti, le richieste al datore di lavoro dovranno essere corredate dal nulla osta del Tribunale per i minorenni, che dichiara la necessità dell'intervento a favore del minore. Il datore di lavoro avvanzerà la richiesta di rimborso alla prefettura del territorio in cui il tutore presta la sua opera. Le spese di viaggio sostenute dal tutore per incontrare il minore o per

adempiere alla propria funzione, saranno rimborsate interamente qualora si utilizzino i trasporti pubblici e con rimborso chilometrico nel caso di utilizzo dell'auto.

L'art. 4 introduce anche il concetto di equa indennità, che può arrivare a un massimo di 900 euro, che può essere richiesta dal tutore volontario in circostanze straordinarie al termine di una tutela particolarmente onerosa e complessa: la richiesta va inviata al Tribunale per i minorenni competente, con una relazione che la motivi. Tale richiesta non può essere avanzata quando la tutela sia iniziata nei tre mesi precedenti la maggiore età del minore. Il Tribunale decide in camera di consiglio l'accoglimento o meno della richiesta di equa indennità.

Integrazione delle misure concernenti l'accoglienza, il soccorso e l'assistenza degli sfollati dall'Ucraina

Con *ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri 24.5.2022, n. 895* (pubblicata in G.U. n. 125 del 30.5.2022) si sono previste ulteriori misure amministrative per favorire l'accoglienza, il soccorso e l'assistenza degli sfollati dall'Ucraina.

Oltre all'istituzione di nuove e più celeri forme di coordinamento tra le amministrazioni pubbliche, si segnalano in particolare:

1) *l'istituzione di un Comitato per il coordinamento dell'attuazione delle misure di accoglienza diffusa e del contributo di sostentamento*, composto da rappresentanti designati dalle Regioni e Province autonome, dagli Enti locali e dalle Amministrazioni centrali e degli altri soggetti pubblici e privati direttamente interessati, che vi partecipano a titolo gratuito (art. 2);

2) *controllo e monitoraggio dell'attuazione delle misure di accoglienza diffusa*: il Dipartimento della Protezione civile è autorizzato a riconoscere alle prefetture interessate un contributo forfettario in misura pari al 5% dell'importo complessivo dei servizi di accoglienza diffusa effettivamente attivati nell'ambito del rispettivo territorio di competenza, fino alla relativa scadenza; il contributo è erogato in anticipazione, nella misura del 50%, a seguito della comunicazione di attivazione dei servizi di accoglienza diffusa e, per il restante 50%, a saldo alla conclusione dell'attività, entro il limite massimo complessivo di 5 milioni di euro. Apposite indicazioni operative del Capo del Dipartimento della Protezione civile prevedranno che tali risorse possano essere impiegate a diretto supporto e potenziamento dell'operatività delle strutture tecniche e amministrative degli enti beneficiari, ovvero possano essere destinate, da quest'ultimi, all'acquisizione di servizi finalizzati allo scopo (art. 3, co. 1);

3) *attività ispettive e di vigilanza sull'insieme delle misure attivate* (art. 3, co. 2). Per tali scopi il Dipartimento della Protezione civile è autorizzato a collaborare con il Corpo della Guardia di Finanza e a costituire e inviare *in loco*, in caso di necessità, su richiesta o per specifiche

motivazioni, unità di ispezione composte da proprio personale oltre che, all'occorrenza, da rappresentanti eventualmente designati da enti e amministrazioni interessate;

4) *convenzione con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (ACNUR - UNHCR) per le attività a sostegno delle persone provenienti dall'Ucraina* (art. 4). Per la migliore efficacia delle azioni di propria competenza, il Dipartimento della Protezione civile, di intesa con il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, è autorizzato ad attivare forme di collaborazione, per i profili umanitari di competenza, mediante la sottoscrizione di una convenzione (che sarà finanziata con una somma non superiore a 875.000 euro della Presidenza del Consiglio dei Ministri) con la rappresentanza italiana dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (ACNUR - UNHCR). Nell'ambito di tale convenzione può essere, altresì, disciplinata l'acquisizione di informazioni, fornite in interoperabilità al Dipartimento della Protezione civile, raccolte nei Paesi limitrofi all'Ucraina, ai valichi di confine e agli eventuali *hub* di raccolta, relativamente alle intenzioni di viaggio verso l'Italia, onde consentire la migliore e più tempestiva pianificazione delle attività di assistenza e accoglienza sul territorio nazionale;

5) *convenzione con la SDA-Bocconi per la valutazione* (art. 5). Al fine di valutare, anche in corso d'opera, l'impatto delle misure per l'accoglienza diffusa di cui all'art. 31, co. 1, lett. a), del decreto legge 21 marzo 2022, n. 21 e all'art. 1 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 881 del 29 marzo 2022, sia in riferimento ai beneficiari delle misure, sia agli enti del terzo settore e agli enti religiosi civilmente riconosciuti e del privato sociale impegnati nella relativa attuazione, sia alle amministrazioni territoriali e alle comunità interessate, il Dipartimento della Protezione civile è autorizzato a stipulare, con procedure d'urgenza, apposita convenzione con il proprio centro di competenza SDA Bocconi *School of management*, entro il limite di euro 200.000. Questa disposizione suscita *dubbi di legittimità e di opportunità*, perché appare estraneo all'ambito dei poteri eccezionali previsti per lo stato di emergenza previsto dal codice della protezione civile l'uso dei poteri derogatori di un'ordinanza di protezione civile soltanto per assegnare con procedura d'urgenza ad una ben determinata scuola di specializzazione di una università, per di più privata, uno studio sull'impatto delle misure di accoglienza disposte nei confronti degli sfollati dall'Ucraina. Ammesso e non concesso che un simile studio sia davvero pertinente alle misure emergenziali di accoglienza la mancata previsione di una procedura concorsuale per l'affidamento di tale studio non appare neppure giustificabile con le esigenze dell'urgenza, poiché una precedente ordinanza di protezione civile aveva stabilito una veloce procedura concorsuale per individuare il soggetto più idoneo a gestire il servizio di pagamento dei contributi economici pubblici in favore degli sfollati dall'Ucraina.

6) L'art. 6 prevede che per consentire i necessari controlli sulla sussistenza dei requisiti per l'accesso al contributo di sostentamento previsto per gli sfollati dall'Ucraina i Commissari delegati

e i Presidenti delle Province autonome di Trento e di Bolzano rendono disponibili al Dipartimento della Protezione civile, con cadenza quotidiana o non appena presentino istanza di permesso di soggiorno per protezione temporanea, i nominativi e i codici fiscali delle persone ospitate nelle strutture allestite o reperite dai medesimi Commissari e Presidenti. La raccolta e la gestione delle predette informazioni avviene utilizzando il sistema DESIGNA, reso disponibile, a titolo gratuito nella forma del riuso, dal Dipartimento della Protezione civile, ovvero utilizzando propri sistemi purché in grado di inviare i dati in interoperabilità applicativa al Dipartimento della Protezione civile che garantirà anche il raccordo delle informazioni provenienti dagli altri soggetti coinvolti. A tale scopo, per sostenere i conseguenti costi operativi per la dislocazione del proprio personale e per la formazione degli operatori presso le strutture territoriali interessate, il Dipartimento della Protezione civile è autorizzato ad integrare, con apposito atto aggiuntivo, la convenzione in essere con il proprio centro di competenza «Fondazione Eucentre», nel limite massimo di euro 150.000,00.

Per tali finalità, il Dipartimento della Protezione civile acquisisce analoghi dati relativamente ai soggetti ospitati nella rete dei centri CAS e nel sistema SAI di competenza del Ministero dell'interno e delle sue articolazioni territoriali.

7) L'art. 9 prevede *nuove misure sull'assistenza sanitaria degli sfollati dall'Ucraina*: I soggetti destinatari delle misure di protezione temporanea, dal momento della presentazione della relativa domanda di permesso di soggiorno, hanno accesso all'assistenza sanitaria da parte degli enti del Servizio sanitario nazionale italiano in regime di esenzione alla partecipazione alla spesa sanitaria, se non svolgono alcuna attività lavorativa, e l'esenzione è rilasciata al richiedente al momento dell'attribuzione del medico di medicina generale e/o del pediatra di libera scelta ed ha durata dal 4 marzo al 31 dicembre 2022. Il riconoscimento di tale misura è ricompreso nel rimborso forfettario di cui all'art. 5, co. 4, dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 881 del 29 marzo 2022, e non comporta nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Ulteriori misure per accoglienza, il soccorso e l'assistenza dei minori stranieri non accompagnati sfollati dall'Ucraina

L'*Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 898 del 23.6.2022* (pubblicata nella G.U. n. 153 del 2.7.2022) intende allineare le disposizioni emergenziali sull'assistenza ai minori stranieri non accompagnati in considerazione di quanto stabilito nell'art. 31-*bis* del d.l. n. 21/2022, convertito con legge 20.05.2022 n. 51, il quale prevede che – nell'ambito delle misure assistenziali – il Commissario delegato per i minori non accompagnati riconosca il rimborso dei costi sostenuti, fino a un massimo di 100 euro al giorno *pro capite* ai Comuni che accolgono minori non accompagnati provenienti dall'Ucraina nelle strutture autorizzate o accreditate e che sostengono gli oneri relativi all'affidamento familiare dei

minori. La legge n. 51/2022, di conversione del d.l. n. 21/2022, stanziava oltre 58 milioni di euro per attuare questa misura.

In considerazione di questa disposizione sono inoltre apportate modifiche al contributo di sostentamento, disciplinato dalla o.c.d.p.c. n. 881 del 29.3.2022. Il contributo non è più previsto per l'adulto titolare della tutela legale o affidatario che potrà usufruire del beneficio introdotto dal d.l. n. 21, che risulta più vantaggioso.

Per accedere ai benefici previsti, il tutore legale e l'affidatario dovranno quindi rivolgersi al Comune seguendo le istruzioni che il Commissario delegato stabilirà.

In conseguenza delle modifiche introdotte nella piattaforma che consente di presentare domanda di contributo sarà eliminato il riferimento al tutore legale o all'affidatario e saranno apportate ulteriori interventi per semplificare la presentazione della domanda.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle Amministrazioni statali

Stranieri in generale

Assistenza sociale

Titoli di soggiorno utili ai fini dell'accesso al diritto all'assegno unico e universale per i figli a carico

Il messaggio 25.7.2022, n. 2951 dell'INPS (Istituto nazionale per la previdenza sociale) precisa di nuovo gli stranieri esclusi dall'accesso al diritto all'assegno unico e universale per i figli a carico, istituito col d.lgs. 29.12.2021, n. 230.

Esso richiama la circolare n. 23 del 9.2.2022, secondo cui sono inclusi tra i soggetti potenziali beneficiari della misura:

- 1) gli stranieri apolidi, rifugiati politici o titolari di protezione internazionale equiparati ai cittadini italiani (art. 27 del d.lgs. 19.11.2007, n. 251, e art. 2 del regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale);
- 2) i titolari di Carta blu, «lavoratori altamente qualificati» (art. 14 della direttiva 2009/50/CE, attuata con il d. lgs. 28.06.2012, n. 108);
- 3) i lavoratori di Marocco, Algeria e Tunisia per i quali gli accordi euromediterranei tra l'Unione europea e tali Paesi prevedono il generale diritto alla parità di trattamento con i cittadini europei;
- 4) i lavoratori autonomi titolari di permesso di cui all'art. 26 d.lgs. n. 286/1998, per i quali l'inclusione tra i potenziali beneficiari dell'assegno è motivata dalla circostanza che la norma non discrimina il lavoro autonomo da quello dipendente.

Con riferimento ai familiari di cittadini dell'Unione europea (UE), il messaggio precisa che sono inclusi nella disciplina dell'assegno unico e universale i titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente ovvero i titolari di carta di soggiorno o carta di soggiorno permanente (artt. 10 e 17 del d.lgs. 6.2.2007, n. 30).

Sono, inoltre, inclusi nel beneficio i familiari extra UE di cittadini stranieri che siano titolari di un permesso di soggiorno per ricongiungimento al familiare (artt. 29 e 30 d.lgs. n. 286/1998).

Il messaggio integra le indicazioni finora emanate in materia e precisa che in aggiunta, ai titoli di soggiorno già indicati con le precedenti disposizioni, sono da ritenersi utili i seguenti permessi:

- a) lavoro subordinato (artt. 5, 5-*bis*, 21, 22 del d.lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni; artt. 9, 13, 14 del d.p.r. n. 394/1999 e successive modificazioni) di durata almeno semestrale;
- b) lavoro stagionale (art. 24, d.lgs. n. 286/1998) di durata almeno semestrale;
- c) assistenza minori (art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, rilasciato ai familiari per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano);
- d) protezione speciale (come modificato da ultimo dal d.l. n. 130/2020, convertito dalla legge n. 173/2020, rilasciato laddove sussistano pericoli di persecuzione o tortura in caso di rientro nel Paese di origine);
- e) casi speciali (artt. 18 e 18-*bis* d.lgs. n. 286/1998, rilasciato a soggetti nei cui confronti siano state accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento). Non si capisce però la ragionevolezza dell'esclusione dei permessi di soggiorno per casi speciali rilasciati alle vittime di gravi sfruttamenti lavorativi nelle ipotesi indicate nell'art. 22, co. 12, d.lgs. n. 286/1998.

Il messaggio precisa che invece non possono invece essere inclusi nella platea dei beneficiari i titolari dei seguenti permessi:

- a) attesa occupazione (art. 22 d.lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni; art. 37, d.p.r. n. 394/1999 e successive modificazioni); tale esclusione appare però irragionevole trattandosi di un titolo di soggiorno introdotto nella prassi amministrativa soltanto nei confronti di stranieri neo maggiorenni in cerca di lavoro o di titolari di un permesso di soggiorno ad altro titolo o per lavoro subordinato, i quali abbiano perduto il posto di lavoro o siano in cerca di un posto di lavoro;
- b) tirocinio e formazione professionale (art. 27, co. 1, lett. f) d.lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni e art. 40 e 44-*bis*, commi 5 e 6, d.p.r. n. 394/1999 e successive modificazioni);
- c) studio (art. 39, d.lgs. n. 286/98 e successive modificazioni; artt. 44-*bis*, 45 e 46, d.p.r. 394/1999 e successive modificazioni);
- d) studenti/tirocinanti/alunni (art. 39-*bis*, d.lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni; artt. 44-*bis* e 45, d.p.r. n. 394/1999 e successive modificazioni);
- e) residenza elettiva (art. 11, d.p.r. n. 394/1999 e successive modificazioni; decreto Ministero affari esteri 12 luglio 2000);

f) visite, affari, turismo.

Ai fini della gestione delle istanze di riesame presentate dagli interessati in seguito a una domanda respinta per la scadenza del titolo, può essere altresì ritenuta valida la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, poiché gli effetti dei diritti esercitati nelle more del procedimento di rinnovo cessano soltanto in caso di mancato rinnovo, revoca o annullamento del permesso in questione.

Con riferimento ai cittadini del Regno Unito, ai fini dell'accesso alle prestazioni assistenziali a sostegno della famiglia – compreso l'assegno unico e universale – come precisato con circolare n. 154 del 18.10.2021, questi devono considerarsi equiparati ai cittadini dell'Unione europea se residenti nel territorio nazionale entro il 31 dicembre 2020. Pertanto, qualora nei confronti dei suddetti cittadini risulti accertato il requisito della residenza anagrafica entro e non oltre il 31 dicembre 2020 (attraverso le verifiche automatizzate sull'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente - ANPR o altri archivi anagrafici), non saranno richiesti ulteriori titoli di soggiorno legale diversi da quelli già posseduti a tale data. Diversamente, nei confronti dei cittadini del Regno Unito non residenti nel territorio nazionale entro il 31 dicembre 2020, che presentino istanza di assegno unico e universale, si applicheranno le disposizioni dettate in materia di documenti di soggiorno per i cittadini extraUE.

Dietro presentazione della domanda telematica di assegno unico e universale, il possesso dei suddetti requisiti di cittadinanza è verificato in sede di istruttoria automatizzata con la consultazione dell'archivio Pe.So., che è alimentato con un flusso di informazioni sui titoli di soggiorno rilasciati o rinnovati, proveniente dal Ministero dell'interno, in base ad apposita Convenzione stipulata con l'Istituto.

A integrazione della verifica del possesso del titolo idoneo, laddove in prima analisi l'archivio Pe.So. non restituisca informazioni utili, il processo di istruttoria automatizzata sarà perfezionato con la consultazione dell'archivio delle comunicazioni obbligatorie (Unilav) trasmesse dal datore di lavoro.

In assenza di riscontri sui suddetti archivi circa il possesso di titoli di soggiorno, la posizione sarà posta in stato di «Evidenza» alla Struttura territoriale e il cittadino riceverà apposita comunicazione contenente l'invito a presentare la documentazione necessaria per l'esame della domanda.

Cittadinanza

Pagamento telematico delle tasse e contributi per le domande in materia di cittadinanza

Con circolare Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - Direzione centrale per i diritti civili, la cittadinanza e le minoranze del 20.05.2022, n. 4386 ha disposto l'integrazione, nel sistema informatico CIVES, della piattaforma pagoPA, la struttura che garantisce i pagamenti elettronici per i servizi della Pubblica Amministrazione.

I richiedenti la cittadinanza effettuano così il pagamento digitale del contributo di 250 euro e della marca da bollo di 16 euro direttamente nel sistema CIVES, con l'apposita funzionalità presente di pagoPA.

Gli utenti sceglieranno così tra i diversi metodi di pagamento elettronici resi disponibili da tale piattaforma, per assolvere gli obblighi di legge con semplicità, affidabilità e immediatezza.

Conclusa la fase transitoria è oggi utilizzabile esclusivamente la piattaforma pagoPA, con tutti i canali e le opzioni di pagamento da essa gestiti e si prevede l'automatica recuperabilità del pagamento già effettuato al richiedente, che voglia ripresentare la domanda dopo il rifiuto on line dell'istanza.

Cittadini di Paesi terzi

Ingresso e soggiorno

Proroga dei termini per le richieste di nulla-osta per gli ingressi per lavoro di lavoratori extraUE già formati all'estero e di conversione dei permessi di soggiorno

La circolare 0448/0307 - Protocollo 0006707 del 23.9.2022 - Uff2 emanata dai Ministeri dell'interno (Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - Direzione centrale per le politiche dell'immigrazione e dell'asilo), del lavoro e delle politiche sociali e delle politiche agricole, alimentari e forestali ha disposto che il termine ultimo per la presentazione delle istanze per l'ingresso di lavoratori che abbiano completato programmi di istruzione e formazione nei Paesi di origine, ai sensi dell'art. 23 d.lgs. n. 286/1998 e di conversione dei permessi di soggiorno in lavoro subordinato/autonomo da permessi di soggiorno rilasciati ad altro titolo, è prorogato al 31.12.2022 e le domande saranno presentate con le modalità telematiche e con le procedure già indicate in precedenza.

Indicazioni operative per l'attuazione della semplificazione delle procedure per il rilascio dei nulla-osta al lavoro

La circolare n_prot_0005113 del 24.6.2022 del Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - Direzione centrale delle politiche migratorie fornisce indicazioni operative per attuare la semplificazione delle procedure di rilascio del nulla-osta al lavoro introdotte col d.l. n. n. 73/2022 (vedi all'inizio).

1) *Modalità di rilascio dei nulla osta*

a) Nelle more dell'adeguamento del sistema informatico SPI 2.0 alle nuove disposizioni, sarà necessario predisporre i nulla osta in formato cartaceo, secondo i fac-simile di seguito indicati e allegati:

- nulla osta istanza per lavoro subordinato non stagionale (modulo B2020 all. 1);
- nulla osta istanza lavoro subordinato stagionale (modulo Cstag all. 2);
- nulla osta istanza di conversione (modulo LS - LS1 all. 3);
- autorizzazione istanza di conversione (moduli VB, VA, Z, LS2 all. 4).

Tali nulla osta dovranno essere inviati agli indirizzi degli interessati contenuti negli elenchi trasmessi alle prefetture entro il 28 giugno.

Circa i termini di rilascio dei nulla osta, la circolare rinvia al punto 2 della circolare stessa.

b) *Provvedimenti di rigetto di nulla osta.*

Eventuali provvedimenti di rigetto del nulla osta dovranno essere adottati avvalendosi dell'applicativo SPI 2.0.

2) *Invio elenchi delle istanze da trattare in relazione al decreto flussi 2021*

Per agevolare l'attività degli Sportelli unici nell'applicazione della normativa sopra indicata, saranno inviati ad ogni prefettura gli elenchi delle istanze (stagionali, non stagionali e conversioni) rientranti nel limite delle quote stabilite dal c.d. decreto flussi 2021 già assegnate per intero per il lavoro stagionale e parzialmente per il lavoro non stagionale e le conversioni, per le quali si dovrà procedere al rilascio del nulla osta secondo quanto riportato nel punto 1 a).

Ogni prefettura riceverà 2 file in formato excel relativi a pratiche IN QUOTA presentate nell'ambito del Decreto Flussi 2021 (stagionali e non stagionali, ivi incluse le conversioni) all'interno dei quali saranno presenti distinti elenchi, come di seguito rappresentato:

- Il file del Decreto Flussi 2021 stagionali conterrà 3 elenchi distinti:

- 1) per lavoro stagionale;
- 2) per lavoro stagionale pluriennale;
- 3) per le quote riservate alle Organizzazioni professionali dei datori di lavoro CIA, COLDIRETTI, CONFAGRICOLTURA, COPAGRI, ALLEANZA COOP.VE (LEGA COOP. E CONFSCOOPERATIVE);

- Il file del Decreto Flussi 2021 non stagionali conterrà 6 elenchi distinti:

- 1) per i settori di autotrasporto merci per conto terzi, edilizia, turistico alberghiero (mod. B2020);
- 2) per le conversioni di permesso di soggiorno di lavoro stagionale (mod. VB) in permesso di soggiorno per lavoro subordinato;
- 3) per le conversioni di permesso di soggiorno per studio, tirocinio, formazione (mod. VA) in permesso di soggiorno per lavoro subordinato;
- 4) per le conversioni di permesso di soggiorno UE lungo periodo (mod. LS/LS1) in permesso di soggiorno per lavoro subordinato;

5) per le conversioni di permesso di soggiorno studio, tirocinio, formazione (mod. Z) in permesso di soggiorno per lavoro autonomo;

6) per le conversioni di permesso di soggiorno UE lungo periodo (mod. LS2) in permesso di soggiorno per lavoro autonomo.

Tale distinzione in elenchi ripercorre gli ambiti di distribuzione delle quote previsti dalle due circolari del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 359, del 9.2.2022 e n. 1685, del 13.6.2022.

Le pratiche che saranno inserite in ciascun elenco sono quelle:

- che rientrano in quota sulla base delle suddette circolari del Ministero del lavoro;
- che sono suscettibili di consentire il rilascio del nulla osta, anche in assenza delle informazioni sugli elementi ostativi di cui agli artt. 22 e 24 del Testo unico immigrazione (pareri ITL e questura), ai sensi della previsione di cui al comma 2 dell'art. 42 del decreto legge in argomento.

Le suddette pratiche sono estratte dal sistema SPI 2.0 e riporteranno le seguenti informazioni:

- data di invio dell'istanza, ordine di presentazione dell'istanza, tipologia della pratica, nome dell'Associazione di categoria, denominazione dell'Azienda, nome e cognome del datore di lavoro, sesso, data di nascita, cittadinanza, provincia di residenza, comune di residenza, indirizzo di residenza, cap di residenza, email, pec, telefono, cellulare, nome e cognome del lavoratore, sesso, data di nascita, cittadinanza, provincia di residenza, comune di residenza, indirizzo di residenza, cap di residenza, email, pec, telefono, cellulare;
- attuale stato della singola pratica in modo da conoscere con precisione la fase procedurale in cui la stessa si trova.

La circolare precisa che sono escluse dall'elenco le pratiche che, pur essendo in quota in base ad un criterio cronologico di presentazione delle istanze:

- hanno un parere negativo ITL o questura - in tale caso la pratica che si trova ancora in fase istruttoria e non presenta un rigetto definitivo, viene comunque conteggiata ai fini del numero complessivo delle pratiche in quota, come se vi fosse una «riserva quote»;
- sono state archiviate, rigettate definitivamente, rinunciate – in tal caso tali pratiche non rilevano ai fini del conteggio del numero complessivo delle pratiche da considerare in quota;
- si trovano nello step di «Rilascio N.O.» del Sistema SPI 2.0 e nei successivi fino all'ultimo step relativo al mod. 209 (in tal caso la pratica viene comunque conteggiata ai fini del numero complessivo delle pratiche in quota, avendo già impegnato la quota stessa).

Ognuno dei 2 file excel, per ciascun ambito provinciale, riporterà in un primo foglio una Tabella di riepilogo, recante la situazione attuale della lavorazione delle pratiche rientranti nelle quote del Decreto Flussi 2021 con indicazione:

- delle fasi procedurali di interesse, con evidenziazione del numero di quelle in elenco per le quali va rilasciato il nulla osta;

- delle quote a livello provinciale.

Tali elenchi non ricomprendono le istanze per le quali sia stato già rilasciato il parere negativo della questura e/o ITL; in tal caso si dovrà procedere all'immediata adozione del provvedimento di preavviso di rigetto.

La circolare richiama l'attenzione sulla necessità, al momento della trattazione della singola istanza, di effettuare comunque un controllo sul sistema informatico per verificare che nelle more del tempo intercorso tra l'invio degli elenchi e la trattazione della pratica stessa non sia intervenuto il parere negativo della questura, nel qual caso ovviamente occorrerà procedere all'emissione del preavviso di rigetto, come sopra indicato.

3) Termini e modalità di trattazione delle istanze

In relazione alle risultanze degli elenchi di cui sopra, ciascuna prefettura procederà alla trattazione delle istanze secondo le seguenti indicazioni:

a) istanze con parere positivo già emesso dalla questura (anche se non presente il parere dell'ITL). Adozione del nulla osta immediato;

b) istanze pronte per la convocazione del richiedente (o con appuntamento già fissato presso il SUI o in fase di approvazione del dirigente del SUI). Adozione del nulla osta immediato;

c) istanze di conversione con parere positivo ITL (in relazione alle quali non è previsto nel procedimento il parere della questura). Rilascio comunicazione/nulla osta immediato. Tali istanze sono evidenziate in verde negli elenchi. La circolare ricorda che la lettura dell'art. 42, co. 2, d.l. n. 73/2022 impone la necessità, nei casi sopra indicati, di procedere con assoluta immediatezza all'emissione del nulla osta che, per espressa previsione normativa, «consente lo svolgimento dell'attività lavorativa sul territorio nazionale».

Il nulla osta dovrà essere trasmesso alla mail/pec del richiedente, rinvenibile negli elenchi, nonché alla Rappresentanza diplomatico - consolare competente.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 42, co. 4 e 43, co. 4 del d.l. n. 73/2022, una volta rilasciato il nulla osta per tali pratiche, occorrerà procedere alla convocazione del datore di lavoro e dello straniero ai fini della sottoscrizione del contratto di soggiorno e della richiesta di permesso di soggiorno. Tale convocazione potrà avvenire successivamente, a seguito dell'adeguamento del sistema informatico, di cui verrà data opportuna comunicazione.

d) - istanze senza parere della questura (con parere positivo già rilasciato dall'ITL);

- istanze prive del parere questura e del parere ITL.

La lettura del combinato dei commi 1 e 2 dell'art. 42 consente l'emissione del nulla osta anche nel caso in cui, alla scadenza del termine di 30 giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore del decreto legge in questione, non sia intervenuto il parere della competente questura.

In tal caso, pertanto, la circolare prescrive il rilascio immediato del nulla-osta qualora alla data del 22 luglio 2022 permanessero le condizioni descritte al sopra indicato punto d), fermo restando che, se nel corso del termine di 30 giorni dovesse intervenire il parere positivo della questura, si dovrà procedere immediatamente al rilascio del nulla osta; diversamente, nel caso in cui dovesse intervenire il parere negativo della questura, si dovrà procedere all'adozione del provvedimento di rigetto.

Sempre in aderenza al dettato di cui all'art. 42, co. 2, in tutti i casi, il sopravvenuto accertamento degli elementi ostativi di cui agli artt. 22 e 24 del D. Lgs. n. 286/1998 dopo il rilascio del nulla osta comporta la revoca dello stesso da adottare manualmente nelle more dell'adeguamento del sistema informatico.

4) Adempimenti del datore di lavoro e del lavoratore a seguito del rilascio del nulla osta

In considerazione della previsione secondo cui il rilascio del nulla osta consente lo svolgimento dell'attività lavorativa (art. 42, co. 2), il datore di lavoro, acquisito il documento, dovrà consegnarne copia al lavoratore e provvedere autonomamente alla comunicazione obbligatoria all'INPS, mentre il lavoratore dovrà attivarsi ai fini del rilascio del codice fiscale provvisorio presso l'Agenzia delle Entrate.

5) cittadini stranieri per i quali è stata presentata domanda diretta ad instaurare in Italia un rapporto di lavoro subordinato nell'ambito del decreto flussi 2021, che risultino presenti sul territorio nazionale alla data del 1° maggio 2022

Il comma 7 dell'art. 42 il quale prevede che per le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5, al ricorrere di una delle condizioni previste alle lettere a) e b) dello stesso comma 7, si applica la procedura semplificata di rilascio del nulla osta anche al caso del cittadino straniero che risulti presente sul territorio nazionale alla data del 1° maggio 2022.

Tali condizioni dovranno essere verificate al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno dallo Sportello unico per l'immigrazione e pertanto il datore di lavoro potrà concludere il contratto di lavoro dopo il rilascio del nulla osta senza che siano state preventivamente accertate le predette condizioni; all'accertamento negativo delle stesse consegue la revoca del nulla osta a qualsiasi titolo rilasciato nonché la risoluzione di diritto del contratto di lavoro (art. 42, co.8).

Per quanto concerne la documentazione idonea alla prova della presenza di cui alla lett. b) del suddetto comma 7, si fa rinvio alle indicazioni a suo tempo diramate con circolare n. 1395 del 30.5.2020, emanata in occasione dell'emersione da lavoro irregolare di cui all'art. 103 del d.l. n. 34/2020, convertito dalla legge n. 77/2020, già richiamata con la circolare prot. 0007131 in data odierna.

6) Semplificazione delle verifiche di cui all'art. 30-bis, co. 8 del d.p.r. 31 agosto 1999 n. 394

L'art. 44 del decreto legge n. 73/2022 prevede, in relazione alle istanze di cui al decreto flussi 2021, una semplificazione delle verifiche dei requisiti menzionati dal citato articolo, riguardanti il datore di lavoro, in relazione ai quali era previsto, nell'ambito della procedura di rilascio del nulla osta al lavoro da parte degli Sportelli unici, il parere del competente Ispettorato territoriale del lavoro.

La nuova normativa prevede che la verifica di tali requisiti, fatti salvi i controlli a campione da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro, in collaborazione con l'Agenzia delle Entrate di cui al comma 8 dello stesso articolo, è ora demandata ai professionisti di cui all'art. 1 della legge 11 gennaio 1979 n. 12 e alle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ai quali il datore di lavoro aderisce o conferisce mandato.

In caso di esito positivo dei requisiti in questione, è previsto il rilascio di apposita asseverazione che il datore di lavoro produce unitamente alla richiesta di assunzione del lavoratore straniero.

Il comma 3 dell'art. 44 prevede che per le domande proposte per l'annualità 2021 l'asseverazione è presentata dal datore di lavoro al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno.

La circolare richiama l'attenzione sul comma 4 dell'art.44, laddove prevede che le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 non si applicano alle istanze dell'annualità 2021 per le quali le suddette verifiche siano già state effettuate dall'Ispettorato del lavoro (e risulti presente a sistema il parere positivo dell'Ispettorato del lavoro). In tal caso i datori di lavoro non sono tenuti a munirsi dell'asseverazione.

L'asseverazione, ai sensi del comma 5, non è altresì richiesta con riferimento alle istanze presentate dalle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che hanno sottoscritto con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali un apposito protocollo d'intesa con il quale si impegnano a garantire il rispetto, da parte dei propri associati, dei requisiti di cui al comma 1 del predetto art. 4.

Procedure di asseverazione concernenti le domande di nulla-osta al lavoro per gli ingressi nell'ambito delle quote previste dal d.p.c.m. del 2021. Profili di illegittimità

La circolare 5.7.2022, n. 3 dell'Ispettorato nazionale del lavoro disciplina i dettagli della nuova procedura di asseverazione introdotta dall'art. 44 del d.l. n. 73/2022, in vigore dal 22 giugno 2022 che prevede una procedura semplificata per le verifiche di cui all'art. 30-bis, co. 8, del d.p.r. n. 394/1999 ossia per le verifiche rimesse allo Sportello unico per l'immigrazione della regolarità, della completezza e dell'idoneità della documentazione presentata dal datore di lavoro per la concessione del nullaosta al lavoro subordinato di personale extra UE.

La circolare ricorda che le nuove norme legislative prevedono, in relazione agli ingressi previsti per le annualità 2021 e 2022, una diversa modalità delle verifiche, già rimesse agli Ispettorati del

lavoro, «dell'osservanza delle prescrizioni del contratto collettivo di lavoro applicabile alla fattispecie e la congruità del numero delle richieste presentate, per il medesimo periodo, dallo stesso datore di lavoro, in relazione alla sua capacità economica e alle esigenze dell'impresa, anche in relazione agli impegni retributivi ed assicurativi previsti dalla normativa vigente e dai contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria applicabili».

Tali verifiche, al fine di una semplificazione delle procedure, sono infatti demandate, in via esclusiva e fatti salvi eventuali controlli a campione da parte di questo Ispettorato in collaborazione con l'Agenzia delle entrate:

- ai professionisti di cui all'art. 1 della l. n. 12/1979 e cioè a coloro che siano iscritti nell'albo dei consulenti del lavoro nonché a coloro che siano iscritti negli albi degli avvocati o dei dottori commercialisti ed esperti contabili fermo restando, per tali ultime due categorie di professionisti, l'assolvimento dell'obbligo di comunicazione agli Ispettorati del lavoro ai sensi dello stesso art. 1 della l. n. 12/1979;
- alle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ai quali il datore di lavoro aderisce o conferisce mandato.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 44 in esame le verifiche in questione devono attenersi all'osservanza dei seguenti criteri:

- capacità patrimoniale, da intendersi come capacità dell'impresa di sostenere tutti gli oneri di assunzione in relazione al numero di personale richiesto e di mantenere, nel corso del tempo, una struttura patrimoniale bilanciata che le permetta di operare in modo equilibrato;
- equilibrio economico-finanziario e cioè la possibilità per l'impresa di far fronte con le proprie entrate agli obblighi di pagamento assunti in precedenza e agli investimenti che si rendono necessari, nonché ad operare in condizioni che consentano almeno di ripristinare la ricchezza consumata nello svolgimento della gestione;
- fatturato, ossia la somma dei ricavi ottenuti dall'impresa attraverso cessioni di beni e/o prestazioni di servizi per i quali è stata emessa fattura;
- numero dei dipendenti, ivi compresi quelli già richiesti ai sensi del d.lgs. n. 286/1998, da intendersi come unità di personale dipendente mediamente occupato, almeno negli ultimi due anni, con contratti di lavoro subordinato;
- tipo di attività svolta dall'impresa, anche con riferimento al carattere continuativo o stagionale della stessa.

In relazione a tali elementi si evidenzia che le relative verifiche vanno effettuate in correlazione le une con le altre e, per un maggior dettaglio, si ritiene possibile ricorrere alle indicazioni già contenute nell'art. 9 del d.m. 27 maggio 2020 relativo ai «requisiti reddituali del datore di lavoro» interessato ad accedere alla procedura di emersione di cui all'art. 103 del d.l. n. 34/2020 (conv. da l. n. 77/2020).

In particolare, in relazione alla capacità patrimoniale e all'equilibrio economico-finanziario del datore di lavoro sarà necessario verificare il possesso, in relazione a ciascun lavoratore che si intende assumere, di un reddito imponibile o un fatturato non inferiore a 30.000 euro annui, risultanti dall'ultima dichiarazione dei redditi o dall'ultimo bilancio di esercizio.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 30-*bis*, co. 8, del d.p.r. n. 394/1999, la congruità della capacità economica andrà valutata in riferimento al numero di domande presentate dal medesimo datore di lavoro sulla base dei contratti collettivi di lavoro indicati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali e delle tabelle del costo medio orario del lavoro emanate dal medesimo Ministero.

Tali requisiti appaiono citati però in modo illegittimo, perché attengono a normativa speciale relativa esclusivamente ad alcuni settori produttivi e non utilizzabile per analogia e introducono requisiti non previsti dalla legge attraverso un atto regolamentare a ciò non autorizzato in quanto contrario, tra l'altro, alla riserva di legge in materia di stranieri previsto dall'art. 10, co. 2 Cost. Inoltre tali requisiti non guardano ai contenuti del rapporto di lavoro e alla effettività dello stesso in alcuni settori produttivi in cui non è predeterminabile su base annua la retribuzione percepibile dal lavoratore.

Per quanto attiene in particolare il settore agricolo, potranno prendersi a riferimento anche gli indici di capacità economica di tipo analitico risultanti dalla dichiarazione IVA, prendendo in considerazione il volume d'affari al netto degli acquisti o dalla dichiarazione IRAP e, eventualmente, considerare i contributi comunitari documentati dagli enti erogatori.

Tali elementi costituiscono peraltro il patrimonio informativo minimo sul quale effettuare le valutazioni richieste. Rispetto a tali elementi, ai fini di una maggior consapevolezza di giudizio, la circolare prescrive che il professionista e l'organizzazione datoriale debbano altresì acquisire:

- a) il Documento unico di regolarità contributiva (DURC) che potrà fornire contezza in ordine alla inesistenza di debiti con gli Istituti previdenziali;
- b) una dichiarazione, ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, da parte del datore di lavoro/rappresentante legale dell'impresa in ordine alla circostanza di non essere a conoscenza di indagini e alla inesistenza di condanne, anche non definitive, comprese quelle adottate a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati contro la sicurezza e dignità dei lavoratori, ivi compresi i reati di cui agli artt. 437, 589 co. 2, 590 co. 3, 601, 602, 603-*bis* nonché per i reati indicati e introdotti dal d.lgs. n. 286/1998;
- c) una dichiarazione, ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, del datore di lavoro/rappresentante legale dell'impresa nonché, se diverso, del soggetto incaricato della gestione del personale, circa l'insussistenza a loro carico, negli ultimi due anni, di violazioni punite con la sanzione amministrativa di cui all'art. 3 del d.l. n. 12/2002 (conv. da l. n. 73/2002) concernenti l'impiego di manodopera irregolare;

d) una dichiarazione, ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, del datore di lavoro/rappresentante legale dell'impresa circa le esigenze sottostanti la richiesta dei nullasta e la eventuale presenza di nuovi e consistenti impegni contrattuali (es. acquisizione di nuove commesse e/o appalti) che giustifichino l'eventuale maggior numero di nullasta richiesti rispetto alla annualità precedente; e) una dichiarazione, ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, del datore di lavoro/rappresentante legale dell'impresa relativamente alla circostanza di non aver presentato ulteriori richieste di asseverazione presso altri professionisti o associazioni ovvero, qualora siano state presentate, l'indicazione del numero dei lavoratori interessati e l'esito delle stesse.

In caso di esito positivo delle verifiche e di acquisizione degli elementi di cui alle precedenti lettere è rilasciata apposita asseverazione che il datore di lavoro produce unitamente alla richiesta di assunzione del lavoratore straniero ovvero, per le domande già presentate per l'annualità 2021, al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno.

L'asseverazione, sotto la responsabilità anche penale del dichiarante, dovrà dar evidenza di tutta la documentazione verificata ed essere dettagliatamente argomentata. Il professionista e l'organizzazione che rilasciano l'asseverazione sono comunque tenuti, al fine di semplificare eventuali accertamenti, a conservare la relativa documentazione per un periodo non inferiore a cinque anni.

Il legislatore stabilisce inoltre che tali disposizioni non trovano applicazione con riferimento alle domande relative alla annualità 2021 in relazione alle quali le verifiche siano già state effettuate dal competente Ispettorato e cioè in relazione alle pratiche effettivamente definite. Per le altre istanze già presentate relative all'anno 2021, comprese quelle rispetto alle quali è stata richiesta una integrazione della documentazione a fini istruttori, così come previsto dal comma 3 dell'art. 44 del d.l. n. 73/2022 «l'asseverazione è presentata dal datore di lavoro al momento della sottoscrizione del contratto di soggiorno». Tali istanze, come già indicato dalla nota dello stesso Ispettorato prot. DC Tutela n. 3820 del 23 giugno 2022 e precisato dalla circolare del Ministero dell'interno prot. n. 5113 del 24 giugno 2022, saranno comunque conteggiate ai fini del numero complessivo delle pratiche in quota.

In ogni caso resta fermo, per entrambe le annualità 2021 e 2022, l'esclusione di cui all'art. 30-*bis*, co. 8, ultimo periodo, del d.p.r. n. 394/1999 secondo cui «la disposizione relativa alla verifica della congruità in rapporto alla capacità economica del datore di lavoro non si applica al datore di lavoro affetto da patologie o handicap che ne limitano l'autosufficienza, il quale intende assumere un lavoratore straniero addetto alla sua assistenza».

Ulteriore semplificazione introdotta dall'art. 44 in esame è prevista al comma 5 che esclude la presentazione della asseverazione «con riferimento alle istanze presentate dalle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che hanno sottoscritto

con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali un apposito protocollo di intesa con il quale si impegnano a garantire il rispetto, da parte dei propri associati, dei requisiti di cui al comma 1».

L'eventuale sottoscrizione dei protocolli in questione consentirà quindi il rilascio dei nullaosta esclusivamente sulla base della richiesta presentata dalle organizzazioni dei datori di lavoro, le quali sono comunque tenute a conservare per un periodo non inferiore a cinque anni la documentazione utilizzata ai fini delle verifiche in questione.

Da ultimo, la disposizione in esame evidenzia la possibilità da parte dell'Ispettorato, in collaborazione con l'Agenzia delle entrate, di effettuare controlli sul rispetto dei requisiti e delle procedure previste dallo stesso art. 44, sulle quali si rinvia alle indicazioni che potranno essere fornite dalla competente Direzione centrale tutela, vigilanza e sicurezza del lavoro.

Si allega alla circolare il modello di asseverazione da poter utilizzare ai fini della nuova procedura.

Permessi di soggiorno per studio: accesso al lavoro e conversione del permesso in permesso per lavoro. Profili di legittimità

La nota 24.7.2022, n. 1074 dell'Ispettorato nazionale del lavoro ricorda che le norme legislative e regolamentari vigenti prevedono la facoltà di svolgimento di una attività lavorativa da parte del titolare di un permesso di soggiorno per motivi di studio o formazione entro il limite di 20 ore settimanali e di complessive 1.040 ore annuali e che tale facoltà rinviene la sua ratio nella facoltà di consentire allo studente straniero di potersi mantenere agli studi, fermo restando che l'attività didattica/formativa (ragione dell'ingresso e permanenza nel territorio italiano) si pone in termini di assoluta prevalenza rispetto a quella lavorativa.

Da ciò la nota trae la conclusione che sia necessario interpretare la disposizione in senso restrittivo.

Per tale motivo la nota afferma che è consentito, con il permesso di soggiorno per studio, soltanto lo svolgimento di un'attività lavorativa part-time con limiti temporali ben definiti senza che siano quindi conformi alla normativa in questione contratti che prevedano, pur restando al di sotto del limite annuale delle 1.040 ore, un'articolazione oraria settimanale superiore alle 20 ore.

In tal senso deporrebbe la circostanza che la disciplina che prevede che l'ingresso per motivi di studio non è subordinato alla disponibilità delle quote stabilite con i flussi *ex art. 3, co. 4, d.lgs. n. 286/1998*), in quanto di maggior favore rispetto a quella prevista ordinariamente per coloro che intendano fare ingresso nel territorio nazionale per finalità lavorative, risulta porsi in termini di eccezionalità rispetto al delineato sistema normativo, così da impedire una interpretazione estensiva dei limiti orari indicati.

La nota rammenta pertanto che, qualora il titolare del permesso per motivi di studio intenda lavorare per un numero di ore superiore ai limiti anzidetti, è tenuto a richiedere, prima della sua scadenza, la conversione dello stesso in permesso per motivi di lavoro.

Parte del contenuto di questa nota appare di dubbia legittimità.

Esso mira a modificare la precedente prassi secondo cui in tali casi era possibile lavorare anche con contratti a tempo maggiore o pieno, pur nel rispetto del monte annuo di 1040 ore lavorative. Tuttavia il parere esprime un orientamento che viola l'art. 14, co. 4, d.p.r. n. 394/1999 che dopo aver previsto che è autorizzato l'«esercizio di attività lavorative subordinate per un tempo non superiore a 20 ore settimanali» specifica che esse siano «anche cumulabili per cinquantadue settimane, fermo restando il limite annuale di 1.040 ore».

Secondo l'interpretazione di questo parere l'eventuale contratto sarebbe nullo per violazione di una norma imperativa di legge per le ore eccedenti il part-time a 20 ore settimanali, ma la norma regolamentare citata espressamente prevede la cumulabilità delle ore settimanali con il limite delle 1040 ore, il che però è ignorato da tale parere dell'Ispettorato.

In tal caso il legittimato attivo a proporre l'azione di nullità davanti al giudice ordinario dovrebbe essere l'Ispettorato nazionale del lavoro che ora ha un'autonoma soggettività giuridica.

In ogni caso tutto ciò non dovrebbe condurre alla revoca o al mancato rinnovo del permesso di soggiorno per studio in presenza dei requisiti di profitto.

L'effetto di questa nota potrebbe essere quello che i datori di lavoro per evitare qualsiasi problema in caso di ispezione da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro, i datori di lavoro non assumeranno gli stranieri extraUE titolari di permesso per studio per un numero di ore superiore alle 20 settimanali.

Peraltro tutto ciò denota l'esigenza di ampliare le quote per la conversione dei premessi di soggiorno da studio a lavoro.

Procedure per il rilascio dei codici fiscali e dei permessi di soggiorno per lavoro dopo la semplificazione del rilascio dei nulla-osta al lavoro

A seguito della semplificazione delle procedure di rilascio dei nulla-osta al lavoro in favore degli stranieri autorizzati ad entrare e soggiornare in Italia sulla base del d.p.c.m. di determinazione delle quote di ingresso per il 2021 con *circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione dell'8.8.2022, n. 5961* dopo le circolari del medesimo Dipartimento AOO STAFF prot. 0007131 del 23.06.2022 e prot. 5113 del 24.06.2022 richiama l'attenzione su quanto previsto dal paragrafo 4 della citata circolare prot. 5113 del 24 giugno 2022 («adempimenti del datore di lavoro e del lavoratore a seguito del rilascio del nulla osta»), il quale prevede che «in considerazione della previsione secondo cui il rilascio del nulla osta consente lo svolgimento dell'attività lavorativa (art. 42, co. 2), il datore di lavoro, acquisito il documento, dovrà consegnarne copia al lavoratore e provvedere autonomamente alla comunicazione obbligatoria all'INPS, mentre il lavoratore dovrà attivarsi ai fini del rilascio del codice fiscale provvisorio presso l'Agenzia delle Entrate».

Proprio con riferimento al rilascio del codice fiscale ai lavoratori stranieri cui sia stato rilasciato il nulla osta, la circolare comunica che sono intercorsi contatti con l’Agenzia delle Entrate al fine di definire una procedura che consenta ai predetti lavoratori di acquisire tale documento, necessario sia per consentire l’attività lavorativa, sia ai fini della sottoscrizione del contratto di soggiorno, unitamente al datore di lavoro, al momento della convocazione presso lo Sportello unico per l’immigrazione.

In tale ottica, la circolare informa che si è concordato di procedere secondo gli *step* seguenti:

1 - L’Ufficio informatico del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione del Ministero dell’interno invierà alla sede nazionale dell’Agenzia delle Entrate i file contenenti gli elenchi dei nulla osta rilasciati;

2 - l’Agenzia delle Entrate porrà a disposizione dei propri Uffici territoriali tali *files*, al fine di verificare l’autenticità del nulla osta esibito dal cittadino straniero in sede di richiesta di attribuzione del codice fiscale;

3 - gli Sportelli unici per l’immigrazione avranno cura di invitare il cittadino straniero cui è stato rilasciato il nulla osta a recarsi presso l’ufficio della Direzione provinciale dell’Agenzia delle Entrate per il rilascio del codice fiscale, direttamente tramite email o recapito telefonico che il cittadino stesso dovesse aver fornito, oppure incaricando il datore di lavoro di informare il lavoratore della procedura;

4 - lo straniero, munito del nulla osta, nonché del passaporto o di altro documento di identità, si recherà all’Ufficio territoriale dell’Agenzia delle Entrate per richiedere l’attribuzione del codice fiscale; qualora lo straniero stesso non fosse in possesso di altro documento di identificazione, l’Ufficio territoriale dell’Agenzia delle Entrate lo rinvierà allo Sportello unico per l’immigrazione che potrà, se del caso, accertare l’esistenza delle condizioni di cui all’art. 42, co. 7 d.l. 21.6.2022 n. 73;

5 - l’operatore dell’Agenzia delle Entrate verificherà la corrispondenza dei dati indicati sul nulla osta con quelli presenti negli elenchi di cui al punto 1 e con quelli riportati sul passaporto e, in caso di riscontro positivo, procederà all’attribuzione del codice fiscale;

6 - se i dati riportati sul nulla osta non corrisponderanno a quelli degli elenchi di cui al punto|, l’operatore dell’Agenzia non procederà all’attribuzione del codice fiscale e la posizione verrà segnalata allo Sportello unico per l’immigrazione competente;

7 - nel caso in cui lo straniero presentasse un nulla osta non presente negli elenchi di cui al punto 1, l’operatore dell’Agenzia verificherà la regolarità del passaporto e la data di rilascio del nulla osta; qualora quest’ultima fosse posteriore alla data di fornitura degli elenchi, l’Agenzia rinvierà lo straniero allo Sportello unico per l’immigrazione competente al fine di ulteriore verifica;

8 - in caso di non accoglimento dell'istanza a conclusione dell'*iter*, lo Sportello unico per l'immigrazione segnalerà tale circostanza all'Agenzia delle Entrate - Divisione Servizi - Settore procedure - Ufficio Archivio Anagrafico per eventuali interventi;

9 - in caso di accoglimento dell'istanza a conclusione dell'*iter*, lo Sportello unico per l'immigrazione acquisisce e riconcilia in procedura il codice fiscale dello straniero rilasciando la documentazione atta a richiedere il permesso di soggiorno alla competente questura;

10 - qualora i dati riportati sul nulla osta non dovessero coincidere con quelli presenti sul documento di identità, l'operatore dell'Agenzia rinvierà il cittadino straniero allo Sportello unico per l'immigrazione allo scopo di ulteriori verifiche.

Circa la comunicazione obbligatoria che i datori di lavoro dovranno effettuare autonomamente all'INPS, gli Sportelli unici per l'immigrazione prima della convocazione delle parti (datore di lavoro e lavoratore) per la firma del contratto di soggiorno, informino gli stessi datori di lavoro del suddetto adempimento, con la procedura illustrata al punto 3 della stessa circolare.

Regolarizzazione

Accredito della contribuzione versata forfettariamente

Con circolare n. 72 del 21.6.2022 dell'INPS (Istituto nazionale previdenza sociale) - Direzione centrale entrate - Direzione centrale pensioni - Direzione centrale tecnologia, informatica e innovazione - Coordinamento generale legale - Coordinamento generale statistico attuariale fornisce alcune precisazioni in ordine alla valorizzazione nella posizione assicurativa del lavoratore della contribuzione versata forfettariamente ai sensi dell'art. 103 del d.l. n. 34/2020, con cui i datori di lavoro hanno avuto la possibilità di presentare istanza per concludere un contratto di lavoro subordinato con cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale ovvero per dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro irregolare con cittadini italiani, dell'Unione europea o extracomunitari.

Il comma 7 del citato art. 103 ha previsto che, nelle ipotesi di emersione di rapporti di lavoro irregolari con cittadini italiani, comunitari o stranieri, già instaurati prima della istanza di regolarizzazione, il datore di lavoro fosse tenuto al «pagamento di un contributo forfettario per le somme dovute dal datore di lavoro a titolo retributivo, contributivo e fiscale, la cui determinazione e le relative modalità di acquisizione sono stabilite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il Ministro dell'interno ed il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali». Il decreto interministeriale citato nella norma, adottato in data 7 luglio 2020, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 223 dell'8 settembre 2020 e l'INPS ha fornito indicazioni con la circolare n. 79 del 28 maggio 2021.

Un terzo dell'importo versato dal datore di lavoro a titolo di contributo forfettario, ai sensi del comma 7 dell'art. 103 del d.l. n. 34/2020, è destinato alla copertura contributiva sulla posizione assicurativa del lavoratore.

Tale contributo forfettario ai fini previdenziali è stato quantificato in misura fissa dal decreto interministeriale del 7 luglio 2020, per ciascun mese o frazione di mese, come segue:

a) € 100,00 per i settori dell'agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse, secondo i codici Ateco di cui all'allegato 1 del citato decreto interministeriale del 27 maggio 2020;

b) € 52,00 per i settori dell'assistenza alla persona per sé stessi o per componenti della propria famiglia, ancorché non conviventi, affetti da patologie o disabilità che ne limitino l'autosufficienza e del lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare.

1. La copertura assicurativa del lavoratore per i periodi per i quali è versato il contributo forfettario

La valorizzazione della contribuzione sul conto assicurativo, sulla base delle somme forfettarie versate, avverrà a conclusione dell'accoglimento della domanda di emersione e all'esito della comunicazione dei dati riferiti a ogni singolo lavoratore dipendente, puntualmente designato, anche in ordine alla decorrenza del rapporto di lavoro riferito alla domanda di emersione.

Le informazioni relative allo stato della domanda di emersione presentata, sia presso l'INPS sia presso lo Sportello unico per l'immigrazione, sono reperibili tramite la procedura «Emersione rapporti di lavoro», rilasciata in ambiente intranet, per le Strutture territoriali, con il messaggio INPS n. 2979 del 2 settembre 2021.

La circolare invita le Strutture territoriali a completare le attività di abbinamento dei versamenti per i quali non sia stato possibile l'abbinamento centralizzato, al fine di consentire l'accredito della contribuzione sull'estratto conto del lavoratore.

Il processo di accreditamento, che è in fase di definizione e implementazione, sarà automatico e verrà predisposto a livello centrale a conclusione dei controlli relativi al procedimento di emersione.

a) Lavoratori dipendenti del settore privato

Per i lavoratori dipendenti, escluso il settore domestico e dell'assistenza alla persona, il valore dell'imponibile retributivo ai fini previdenziali è definito applicando all'importo del contributo forfettario mensile versato (€ 100,00) un'aliquota media comprensiva delle aliquote contributive di finanziamento sia dell'assicurazione per invalidità, vecchiaia e superstiti (IVS) sia delle assicurazioni previdenziali minori.

Al riguardo la circolare evidenzia che, vista la specificità della fattispecie, sono state considerate le aliquote relative all'IVS, all'Assicurazione Sociale per l'Impiego, alla *ex* CUAFF (contribuzione di finanziamento degli assegni per il nucleo familiare), al fondo di garanzia TFR, alle assicurazioni economiche di malattia e di maternità, escludendo la contribuzione relativa alla cassa integrazione guadagni.

Pertanto, per gli operai non agricoli, la retribuzione imponibile forfettaria – calcolata sulla base del contributo forfettario (€ 100,00) e dell'aliquota contributiva media del 37,87% – da valorizzare sull'estratto conto è pari a euro 264,06 per ogni mese o frazione di mese in relazione al quale sia stato effettuato il versamento del contributo forfettario.

La circolare precisa altresì che, sempre con riferimento agli operai non agricoli, in applicazione dell'art. 7, d.l. 12.9.1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11.11.1983, n. 638, il numero massimo delle settimane che potranno essere accreditate ai fini pensionistici sarà pari al valore, arrotondato per eccesso, derivante dal rapporto fra retribuzione forfettaria complessiva e minimale di retribuzione settimanale pensionabile stabilito per legge.

Dispone, infatti, il predetto art. 7 che: «1. Il numero dei contributi settimanali da accreditare ai lavoratori dipendenti nel corso dell'anno solare, ai fini delle prestazioni pensionistiche a carico dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, per ogni anno solare successivo al 1983 è pari a quello delle settimane dell'anno stesso retribuite o riconosciute in base alle norme che disciplinano l'accREDITAMENTO figurativo, sempre che risulti erogata, dovuta o accreditata figurativamente per ognuna di tali settimane una retribuzione non inferiore al 30% dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo pensioni lavoratori dipendenti in vigore al 1° gennaio dell'anno considerato. [...] 2. In caso contrario viene accreditato un numero di contributi settimanali pari al quoziente arrotondato per eccesso che si ottiene dividendo la retribuzione complessivamente corrisposta, dovuta o accreditata figurativamente nell'anno solare, per la retribuzione di cui al comma precedente. I contributi così determinati, ferma restando l'anzianità assicurativa, sono riferiti ad un periodo comprendente tante settimane retribuite, e che hanno dato luogo all'accREDITAMENTO figurativo, per quanti sono i contributi medesimi risalendo a ritroso nel tempo, a decorrere dall'ultima settimana lavorativa o accreditata figurativamente compresa nell'anno».

Allo stato, ai sensi del combinato disposto del predetto art. 7, co. 1, primo periodo, del d.l. n. 463/1983 e dell'art. 1, co. 2, del d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, il limite di retribuzione per l'accREDITO dei contributi obbligatori e figurativi è fissato nella misura del 40% del trattamento minimo di pensione in vigore al 1° gennaio dell'anno di riferimento (in particolare detto limite settimanale è pari a € 206,23 per l'anno 2020 e pari a € 205,20 per l'anno 2019).

Pertanto, posto che il valore della retribuzione forfettaria media settimanale, in relazione alla quale è stato versato il contributo di cui all'art. 103 del d.l. n. 34/2020, è di importo inferiore al limite minimo di retribuzione settimanale per l'accredito dei contributi obbligatori di cui alle predette norme, le settimane che saranno riconosciute ai fini pensionistici saranno proporzionalmente ridotte.

A tale fine, nell'estratto contributivo dell'assicurato le settimane riferite al periodo oggetto di emersione saranno registrate con apposita annotazione circa la circostanza che trattasi di «numero di contributi soggetto a verifica in quanto la retribuzione corrisposta non è sufficiente a riconoscere l'intero periodo», parimenti a quanto avviene in tutte le fattispecie in cui la retribuzione risulti inferiore a quella minimale stabilita dalla legge e, come tale, sia destinata a subire una contrazione dell'accredito ai fini pensionistici. Nello specifico il numero massimo delle settimane riconoscibili ai fini pensionistici sarà pari al valore, arrotondato per eccesso, derivante dal rapporto fra retribuzione forfettaria complessiva e minimale di retribuzione settimanale pensionabile stabilito per legge.

Per gli operai agricoli, applicando al contributo forfettario (€ 100,00) la corrispondente aliquota media del 31,593%, la retribuzione forfettaria è pari a € 316,53 mensili.

Pertanto, per questi lavoratori la retribuzione imponibile forfettaria da valorizzare sull'estratto conto è pari a € 316,53 per ogni mese o frazione di mese in relazione al quale sia stato effettuato il versamento del contributo forfettario.

Per gli operai agricoli la circolare precisa, inoltre, che nel conto assicurativo, in corrispondenza dei periodi coperti da contribuzione forfettaria, sarà valorizzato un numero di giornate corrispondenti al rapporto, arrotondato per eccesso, tra la retribuzione forfettaria e il limite minimo di retribuzione giornaliera stabilito dal legislatore per il settore agricolo e rivalutato annualmente in relazione all'aumento dell'indice medio del costo della vita, segnatamente euro 43,57 per l'anno 2020, euro 43,35 per l'anno 2019 (cfr. la circolare n. 9 del 29 gennaio 2020 e la circolare n. 6 del 25 gennaio 2019) e così di seguito.

b) Lavoro domestico per il bisogno familiare e per l'assistenza alla persona

Per il lavoro domestico per il bisogno familiare e per l'assistenza alla persona, la parte del contributo forfettario destinato alle gestioni previdenziali assicurative, in base alle aliquote previste dall'art. 5 del d.p.r. 31 dicembre 1971, n. 1403, e successive modificazioni, viene attribuita, per i mesi per i quali è effettuato il versamento, applicando la contribuzione della 4^a fascia contributiva (€ 1,04 per i rapporti di lavoro superiori a 24 ore) a 50 ore di lavoro, con l'accredito di due settimane al mese. Tale soluzione consente di conservare la caratteristica che dà luogo all'applicazione della 4^a fascia, corrispondente a un imponibile previdenziale dato dalla

retribuzione convenzionale di detta fascia per il numero delle ore, pari a 261 euro (€ 5,22 x 50 ore).

La circolare precisa che ai lavoratori domestici non si applicano le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, dell'art. 7 del d.l. n. 463/1983.

2. Rimborso di somme versate a titolo di contributo forfettario in eccesso

Il comma 5 dell'art. 1 del decreto interministeriale del 7 luglio 2020 espressamente prevede che «in caso di inammissibilità, archiviazione o rigetto della dichiarazione di emersione, ovvero di mancata presentazione della stessa, non si procederà alla restituzione delle somme versate a titolo di contributo forfettario».

Si procederà, tuttavia, per la quota di competenza dell'INPS, alla restituzione degli importi versati dal contribuente per un numero di mensilità eccedenti rispetto a quelle previste dal quadro normativo di riferimento, sia nelle ipotesi di accoglimento delle istanze di emersione sia nelle ipotesi di esito di inammissibilità, archiviazione o rigetto della dichiarazione di emersione, ovvero di mancata presentazione della stessa.

Trattenimento nei centri di permanenza per i rimpatri

Nuova direttiva per l'organizzazione dei centri di permanenza per i rimpatri – Profili di illegittimità

Il decreto del Ministro dell'Interno 19.05.2022 approva la nuova Direttiva recante criteri per l'organizzazione dei centri di permanenza per i rimpatri.

Essa sostituisce l'analoga direttiva approvata col decreto ministeriale del 20.10.2014. La direttiva si compone di ben 16 articoli ed essa sono allegati la Carta dei diritti e dei doveri dello straniero nel Centro di permanenza per il rimpatrio, i requisiti minimi dell'ambulatorio e dello strumentario di ogni centro, lo strumentario e i materiali dell'ambulatorio di ogni centro e due bozze di Protocollo d'intesa tra la Prefettura e l'Azienda sanitaria/ospedaliera per garantire l'assistenza sanitaria agli stranieri trattenuti e verificare che ognuno sia in condizioni di salute idonee al trattenimento.

La direttiva appare incostituzionale per violazione della riserva di legge assoluta circa i modi delle misure restrittive della libertà personale prevista dall'art. 13, co. 2 Cost.: tutti i contenuti di questa direttiva avrebbero dovuto essere previsti in norme legislative e non in una mera circolare, analogamente a ciò che prevede la legge sull'ordinamento penitenziario del 1975.

Alla direttiva è seguita l'emanazione della *circolare 15.06.2022 del Ministero dell'Interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione Prot. 0019098* che illustra i contenuti della direttiva.

L'art. 1 (Disposizioni generali) ribadisce e fissa uno dei principi cardine posti alla base dell'intero sistema normativo del trattenimento, secondo il quale allo straniero trattenuto in un CPR è assicurata la necessaria assistenza ed il pieno rispetto dei diritti fondamentali della persona, anche in considerazione della sua provenienza, della sua fede religiosa, del suo stato di salute fisica e psichica, della differenza di genere, compresa l'identità di genere, della presenza di esigenze particolari o di vulnerabilità.

All'art. 2 (Informazioni allo straniero trattenuto nel CPR):

- il comma 1 richiama in primo luogo l'obbligo di fornire informazioni sulla possibilità di richiedere protezione internazionale e di rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, al Garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti delle persone private della libertà personale, già previsti da disposizioni vigenti (art. 6, c. 4, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 e art. 14, c. 2-bis, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

Lo stesso comma 1 stabilisce inoltre che, al momento dell'ingresso nel Centro, lo straniero venga informato, a cura del personale dell'Ente gestore preposto al ricevimento, dei suoi diritti e doveri all'interno del Centro, dei beni forniti e dei servizi erogati dall'Ente gestore, delle modalità di trattenimento e delle regole di convivenza all'interno della struttura, anche mediante consegna del materiale informativo ivi elencato.

- Il comma 2 riguarda l'obbligo del gestore di informare lo straniero, prima dell'udienza di convalida, del diritto di nominare un difensore di fiducia e di rendere immediatamente consultabile allo straniero che ne faccia richiesta l'elenco degli avvocati che prestano gratuito patrocinio, fornito dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati su richiesta della Prefettura, e periodicamente aggiornato.

- il comma 3 stabilisce che, successivamente all'ingresso, e di norma, prima dell'udienza di convalida del trattenimento, l'operatore legale coadiuvato dal mediatore linguistico-culturale fornisca allo straniero l'informativa completa ed illustri il contenuto del materiale informativo che deve comunque rimanere a disposizione, per la consultazione, negli uffici e nelle sale dei colloqui.

- il comma 4 stabilisce che le informazioni siano rese in una lingua comprensibile allo straniero e disciplina le lingue nelle quali deve essere tradotto il materiale informativo (inglese, francese, spagnolo, arabo, russo e cinese).

L'art. 3 (Accertamento delle condizioni di salute e assistenza medica) manifesta l'idea che la valutazione complessiva dello stato di salute dei soggetti trattenuti sia stata oggetto di specifica attenzione, anche con riferimento alle condizioni di vulnerabilità e inidoneità al trattenimento. In tal senso, è stato tra l'altro integrato il previgente schema di protocollo d'intesa tra Prefettura

sede di CPR e Azienda sanitaria locale, nonché prevista la sottoscrizione di un apposito Protocollo anche per le Prefetture di provenienza dello straniero destinatario del provvedimento di trattenimento. Più in particolare:

- il comma 1 prevede che lo straniero accede al centro previa visita medica effettuata di norma da un medico della ASL o dell'azienda ospedaliera, disposta su richiesta del Questore, anche in ore notturne, volta ad accertare l'assenza di patologie evidenti che rendano incompatibile l'ingresso e la permanenza dello straniero nella medesima struttura. Inoltre, alla luce di quanto previsto dall'art. 7, co. 5, del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 (in base al quale per i richiedenti asilo trattenuti occorre considerare la presenza di condizioni di vulnerabilità), è stato stabilito che la certificazione medica deve, comunque, attestare la compatibilità delle condizioni di salute o di vulnerabilità dello straniero, con la convivenza in comunità ristrette. Viene inoltre disciplinato il rilascio della certificazione riferita allo straniero proveniente da istituto di pena.
- il comma 2 precisa che, nei casi in cui la visita di cui al comma 1 non sia stata effettuata da un medico della ASL o dell'azienda ospedaliera, la visita è rinnovata da parte del medico della ASL con cui la Prefettura sede del CPR ha stipulato apposito protocollo, entro 24 ore dall'ingresso.
- il comma 3 disciplina la visita da parte del medico responsabile della struttura sanitaria presente nel Centro e prevede inoltre che lo straniero sia sottoposto a visita medica durante la permanenza, quando le sue condizioni lo richiedano ovvero quando ritenuto necessario.
- il comma 4 prevede che il medico responsabile del Centro possa comunque chiedere una nuova valutazione sulla compatibilità delle condizioni di salute con il trattenimento da parte della ASL o dell'azienda ospedaliera nei casi in cui si ravvisano elementi non emersi nel corso della certificazione di idoneità e che, ove ritenuto opportuno, possa essere disposto che lo straniero venga alloggiato in una stanza di osservazione, posta nei pressi del presidio sanitario, tenendone traccia in apposito registro cronologico.
- il comma 5 disciplina le modalità di svolgimento della visita all'interno del Centro, prevedendo altresì che solo in presenza di particolari esigenze e su richiesta del medico possa essere ammessa la presenza delle forze di Polizia.
- il comma 6 reca la disciplina della scheda sanitaria dello straniero, mentre il comma 7 riguarda la certificazione di idoneità alla vita comunitaria ristretta e le relazioni del servizio socio-sanitario del Centro.
- il comma 8 disciplina l'assistenza sanitaria durante lo svolgimento delle operazioni di rimpatrio all'interno del centro, prevedendo altresì che, secondo la prescrizione del medico, il gestore fornisca al personale di accompagnamento la necessaria copertura farmacologica almeno fino alla conclusione delle procedure di rimpatrio e comunque secondo la prescrizione del medico. Tale modifica si pone in linea con il vigente schema di capitolato d'appalto, che prescrive che nell'ambito

dei CPR siano assicurati farmaci, visite specialistiche o altre forniture sanitarie non coperte dal SSN, che dovessero risultare necessarie in base alle specifiche esigenze della persona trattenuta.

- al comma 9, alla luce del capitolato d'appalto del 29 gennaio 2021, è previsto che nel presidio sanitario è assicurata la presenza di personale medico e paramedico, quest'ultimo per 24 ore al giorno, compresi i giorni festivi e che l'Ente gestore provvede alla nomina del medico responsabile del presidio ed individua il personale paramedico.

- il comma 10 disciplina le situazioni in cui sia necessario trasferire lo straniero in una struttura ospedaliera per ulteriori accertamenti o per la prestazione di cure.

- al comma 11 è stata confermata la necessità – già prevista nel testo previgente - per il Prefetto ove ha sede il CPR, di stipulare un protocollo di intesa con le strutture sanitarie pubbliche, non solo per le visite mediche di accertamento dell'idoneità alla vita in comunità ristretta, ma anche per la prestazione delle cure e dei servizi specialistici previsti dall'art. 35, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, redatto secondo lo schema di cui all'allegato 1 d).

Per rispondere invece alla necessità di regolamentare gli ingressi nei CPR da province diverse da quella ove ha sede il centro, è stato previsto che la visita sia effettuata a cura di un medico della struttura pubblica con la quale il Prefetto competente ha stipulato apposita convenzione sulla base dello schema di cui all'allegato 1 e).

L'art. 4 (Servizi all'interno del centro) disciplina i servizi da assicurare all'interno del centro, anche alla luce dello schema di capitolato di appalto di cui al d.m. 29 gennaio 2021, ed è volto ad innalzare gli standard di tutela dei trattenuti, nel pieno rispetto delle esigenze di ordine e sicurezza. In tal senso è stato tra l'altro specificato che l'Ente gestore, nell'organizzazione dei servizi, debba assicurare le modalità di comunicazione degli stranieri con gli operatori, per la più tempestiva raccolta delle istanze da parte delle persone trattenute. Tra i servizi all'interno del centro, è stata precisata la possibilità di fruire degli apparecchi radio-televisivi, ove presenti nella struttura (lett. j), e di assicurare la corrispondenza telefonica secondo quanto previsto dal successivo art. 5.

Sono stati inoltre precisati una serie di adempimenti in capo all'Ente gestore, indicati nelle lettere da a) a q), tra i quali si segnalano:

- la tenuta di un registro di eventi critici, ove annotare nell'immediatezza ogni evento che abbia creato turbativa all'interno del centro ed eventuali episodi che hanno causato lesioni ad ospiti o operatori e atti di autolesionismo e suicidari, nonché un registro dei colloqui degli stranieri per ciascun servizio di informazione legale, assistenza sociale e psicologica (lett. p);

- il costante controllo dei locali alloggiativi, durante le ore notturne, tramite gli operatori preposti (lett. q).

L'art. 5 (Corrispondenza telefonica) mira a precisare le modalità di utilizzo dei cellulari, contemperando la necessità di assicurare la libertà di corrispondenza telefonica con le esigenze di ordine e sicurezza. A tal riguardo, è previsto che lo straniero utilizzi prioritariamente apparecchi telefonici fissi installati nel Centro e/o telefoni cellulari o cordless messi a disposizione dal Gestore del Centro, secondo le modalità organizzative e gli orari prefissati nei centri. Quanto all'utilizzo del telefono cellulare personale, è tra l'altro previsto che esso possa essere consegnato solo per consultare i numeri contenuti in rubrica nonché, se privo della telecamera, per il tempo strettamente necessario ed effettuare le chiamate, in caso di necessità e urgenza. In ogni caso, le telefonate sono effettuate in uno spazio dedicato e riservato, sotto vigilanza discreta, in modo da non limitare il diritto alla riservatezza della persona, e alla presenza di personale dell'Ente gestore.

L'art. 6 (Accesso ai centri per esigenze di servizio e assistenza) disciplina le modalità di accesso del personale che, a vario titolo, presta il proprio servizio all'interno dei CPR (in particolare le Forze dell'Ordine, comprese anche quelle di altri Stati e della Guardia di Frontiera e Costiera Europea nei casi previsti dal regolamento (UE) 2019/1896, il giudice competente, il personale dell'ASL e della Prefettura, gli operatori dell'Ente gestore e i dipendenti di ditte esterne che forniscono beni e servizi per il funzionamento e/o il mantenimento delle strutture), nonché degli appartenenti ad enti, associazioni di volontariato e cooperative di solidarietà sociale, ammessi a svolgere attività di assistenza, sulla base di accordi di collaborazione stipulati con la Prefettura, anche su proposta dell'Ente gestore. Le collaborazioni possono riguardare servizi di interpretariato, informazione legale, mediazione culturale, supporto psicologico, assistenza sociale, attività ricreative, nonché, in aggiunta a quanto previsto dal regolamento previgente, attività di prevenzione e contrasto alla tratta e di promozione umana e sociale.

L'art. 7 (Accesso ai centri) individua tutti i soggetti che, a vario titolo, hanno diritto ad accedere al centro, precisando, per ciascuna categoria di visitatori, le relative modalità di ingresso (con o senza autorizzazione) e, ove applicabile, le tempistiche per rivolgere istanze di accesso alle Prefetture e gli eventuali adempimenti istruttori (richieste di nulla osta da parte della Prefettura alla Questura ed eventuale preventivo parere del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione). Sul punto si tiene conto delle modifiche introdotte dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 aprile 2017, n. 46, con il conseguente rinvio all'art. 67 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (ordinamento penitenziario), nonché alle prerogative di accesso che il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, conferisce al Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

Ai sensi del comma 1, tra coloro che entrano senza autorizzazione, sono compresi i membri del Governo e del Parlamento nazionale e coloro che li accompagnano per ragioni del loro ufficio.

Al comma 2 è previsto che il Garante possa accedere – senza autorizzazione – accompagnato da uno o più componenti o dipendenti del proprio ufficio.

Al comma 3 sono stati altresì disciplinati gli accessi dei componenti di ulteriori organismi sovranazionali di controllo, quali il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti (Cpt) e il Sottocomitato sulla prevenzione della tortura e delle altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (Spt), che accedono al Centro senza autorizzazione.

Al comma 4 sono precisate le modalità di visita, comprensive anche dei colloqui con gli stranieri che ne diano disponibilità o ne facciano richiesta, ove non si rilevino rischi per la sicurezza.

Al comma 5 è stato altresì previsto l'accesso, previa tempestiva segnalazione, dei componenti dell'Ufficio del Garante e dei monitor appositamente incaricati nell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 8, par. 6, della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 che prevede che «Gli Stati membri prevedono un sistema di monitoraggio efficace dei rimpatri forzati».

Al comma 6 è inoltre precisato che il difensore dello straniero può fare accesso, previa esibizione di apposito mandato e nelle fasce orarie stabilite dal regolamento che dovrà essere adottato presso ciascun centro e che, ai fini del primo accesso, lo straniero può indicare il nominativo del difensore di fiducia, cui intende conferire il proprio mandato.

Il comma 7, lett. e), disciplina l'accesso nei CPR dei rappresentanti di enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore (tale previsione è conforme a quanto disposto dall'art. 7 del citato d.lgs. 142/2015), con possibilità di colloquio con i richiedenti asilo eventualmente presenti, nonché, alla lett. f) l'accesso da parte degli appartenenti alle associazioni di volontariato o cooperative di solidarietà sociale ammesse a svolgere attività di assistenza.

Al comma 8 sono precisate le modalità di presentazione delle relative istanze di accesso, stabilendo, tra l'altro, che per i rappresentanti delle Organizzazioni che operano per conto dell'UNHCR in base a progetti sviluppati specificamente per i CPR, la Prefettura possa rilasciare un'unica autorizzazione valida per tutta la durata della collaborazione.

L'art. 8 (Modalità di svolgimento delle visite) disciplina le modalità di svolgimento delle visite da parte dei soggetti che, a vario titolo, accedono nei centri e le relative verifiche e controlli di identità da parte del personale addetto alla vigilanza e, al termine di ogni incontro, i controlli di sicurezza degli stranieri prima del rientro nelle aree di appartenenza. Viene altresì stabilito che la vigilanza, nel corso dei colloqui riservati, sia effettuata con modalità tali da non limitare il diritto alla

riservatezza, nonché la possibilità per i ministri di culto di accedere ad eventuali luoghi riservati al culto.

L'art. 9 (Monitoraggio e controllo) riguarda lo svolgimento dell'attività di monitoraggio sulla gestione del Centro, nonché sul mantenimento delle condizioni di vivibilità sotto il profilo strutturale e impiantistico. In continuità con quanto già previsto dal regolamento del 2014, viene inoltre precisato che, al fine di consentire di segnalare irregolarità durante la permanenza nel centro, allo straniero è consegnato, a richiesta, un modello per tali segnalazioni. La busta può essere inserita dallo straniero in apposito contenitore cui può accedere solo la Prefettura o consegnata ad altro soggetto con cui lo straniero intrattenga colloqui per il successivo inoltro alla Prefettura.

L'art. 10 (Istanze e reclami) attua l'art. 14, co. 2-*bis* (Comma aggiunto al citato art. 14, dall'art. 3, co. 4 del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173), del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e prevede la possibilità di presentare all'Autorità Garante nazionale, regionale o locale reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, da parte dei migranti trattenuti.

L'art. 11 disciplina la vigilanza esterna, prevedendo, tra l'altro, l'istituzione del presidio permanente di vigilanza, i relativi compiti ed i soggetti preposti.

L'art. 12 disciplina la vigilanza interna, disciplinando i compiti del dispositivo di vigilanza.

L'art. 13 disciplina i compiti del Responsabile del complessivo dispositivo di vigilanza, individuato dal Questore, che provvede a coordinare i servizi di ordine pubblico e di vigilanza del Centro.

L'art. 14 disciplina i controlli dei pacchi e della posta in entrata (altra misura che potrebbe essere disciplinata soltanto con norma legislativa sulla base della riserva assoluta di legge in materia di libertà e segretezza della corrispondenza prevista dall'art. 15 Cost.).

L'art. 15 disciplina i compiti del personale dell'Ufficio Immigrazione, prevedendo la presenza, presso il Centro, di una unità organizzativa distaccata composta dal personale dell'Ufficio Immigrazione della Questura, di cui sono disciplinati i relativi compiti, anche con riguardo all'attività preparatoria delle audizioni e delle udienze.

L'art. 16 disciplina le procedure di sicurezza, anche con riferimento alla predisposizione del piano di emergenza da parte dell'Ente gestore in raccordo con il Responsabile del dispositivo di vigilanza, nonché alla nomina del Responsabile per la gestione dell'emergenza.

Assistenza sociale

Assegno per il nucleo familiare. Nuove disposizioni per il riconoscimento del diritto alla prestazione familiare ai lavoratori cittadini di Paese extracomunitario, titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo o di un permesso unico di soggiorno, per i familiari residenti in Paese terzo. Applicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 67 dell'11 marzo 2022

La circolare 2.8.2022, n. 95 dell'INPS (Istituto nazionale per la previdenza sociale) dopo avere ricordato i presupposti normativi europei e italiani dall'assegno per il nucleo familiare ricorda che alla luce della sentenza n. 67/2022 della Corte costituzionale la prestazione di assegno per il nucleo familiare erogata dall'Inps ai lavoratori del settore privato e ai titolari di prestazioni economiche previdenziali da lavoro dipendente spetta anche ai cittadini extraUE, titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo o di un permesso unico di soggiorno, per i familiari residenti in un Paese estero per cui non vige alcuna convenzione in materia di trattamenti di famiglia, alle condizioni previste nell'art. 2, d.l. n. 69/1988.

La circolare impartisce indicazioni amministrative circa la documentazione da acquisire e le verifiche da effettuare per la definizione del diritto e della misura dell'Assegno per il nucleo familiare ai fini del recepimento di tale sentenza.

1. Requisiti del nucleo e reddituali per l'Assegno per il nucleo familiare

Al fine di potere erogare la prestazione familiare anche ai cittadini extraUE occupati in Italia, titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo o di un permesso unico di soggiorno, per i familiari residenti in un Paese estero, occorre verificare, al pari dei cittadini italiani con familiari residenti all'estero, che siano rispettate le disposizioni previste nell'art. 2, d.l. n. 69/1988.

2. Documentazione e autocertificazioni

Al fine di potere procedere con la verifica e l'accertamento del diritto, nonché della misura della prestazione familiare, l'acquisizione della documentazione necessaria, in gran parte dei casi, avviene mediante le autocertificazioni del richiedente la prestazione, in ottemperanza di quanto previsto dal d.p.r. 28.12.2000, n. 445.

Infatti, il legislatore, con il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa di cui al citato d.p.r. n. 445/2000, ha disciplinato anche le

autocertificazioni che possono essere rilasciate dai cittadini italiani, comunitari ed extracomunitari.

In particolare, all'art. 3 è stato definito l'ambito soggettivo di applicazione del d.p.r. n. 445/2000 prevedendo, ai commi 2 e 3, che il cittadino straniero non appartenente all'Unione europea possa utilizzare le dichiarazioni sostitutive, di cui agli artt. 46 e 47 del medesimo decreto, limitatamente agli stati, alle qualità personali e ai fatti certificabili o attestabili da parte di soggetti pubblici italiani ovvero nei casi in cui la produzione delle stesse avvenga in applicazione di convenzioni internazionali fra l'Italia e il Paese di provenienza del dichiarante.

Al di fuori dei suddetti casi, pertanto, gli stati, le qualità personali e i fatti sono documentati mediante certificati o attestazioni rilasciati dalla competente Autorità dello Stato estero, corredati di traduzione in lingua italiana autenticata dall'Autorità consolare italiana, che ne attesta la conformità all'originale, «dopo avere ammonito l'interessato sulle conseguenze penali della produzione di atti o documenti non veritieri» (cfr. il comma 4 del citato art. 3).

A tale riguardo, si ricorda che l'art. 33, d.p.r. n. 445/2000 prevede, al comma 2, che: «Le firme sugli atti e documenti formati all'estero da autorità estere e da valere nello Stato sono legalizzate dalle Rappresentanze diplomatiche o consolari italiane all'estero. Le firme apposte su atti e documenti dai competenti organi delle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane o dai funzionari da loro delegati non sono soggette a legalizzazione».

Al successivo comma 3 è precisato che: «Agli atti e documenti indicati nel comma precedente, redatti in lingua straniera, deve essere allegata una traduzione in lingua italiana certificata conforme al testo straniero dalla competente Rappresentanza diplomatica o consolare, ovvero da un traduttore ufficiale».

Infine, al comma 4, è previsto che: «Le firme sugli atti e documenti formati nello Stato e da valere nello Stato, rilasciati da una Rappresentanza diplomatica o consolare estera residente nello Stato sono legalizzate a cura delle prefetture».

Si ricorda, inoltre, che nei Paesi che hanno sottoscritto la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, ratificata con la legge 20 dicembre 1966, n. 1253, relativa all'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri, la legalizzazione di atti e documenti rilasciati da Autorità straniere è sostituita da un'altra formalità: l'apposizione della «apostilla», che rappresenta una certificazione rilasciata in base ai termini della Convenzione che specifica le modalità attraverso le quali un documento emesso in uno dei Paesi sottoscrittori può essere certificato per scopi legali in tutti gli altri Stati sottoscrittori.

Alla luce di quanto esposto, laddove non risulti possibile il rilascio di autocertificazioni attestanti gli stati, le qualità personali e i fatti dei familiari residenti all'estero del lavoratore soggiornante di lungo periodo o titolare di un permesso unico di soggiorno, richiedente l'Assegno per il nucleo familiare, questi dovranno essere documentati mediante certificati o attestazioni rilasciati dalla

competente autorità dello Stato estero, corredati di traduzione in lingua italiana autenticata dall'Autorità consolare italiana, che ne attesta la conformità all'originale o mediante apposizione di «apostilla».

Analogamente, i redditi prodotti all'estero dai soggetti interessati e loro familiari, dovranno essere accertati sulla base delle indicate certificazioni rilasciate dalla competente Autorità estera.

Diritto e misura dell'Assegno per il nucleo familiare per familiari residenti in un Paese terzo

Alla luce di quanto sopra evidenziato, ai fini della verifica del diritto e della misura della prestazione per i familiari residenti all'estero, il richiedente dovrà corredare la domanda della documentazione necessaria che attesti la composizione e il reddito del nucleo familiare, secondo le seguenti indicazioni.

Nel caso di richieste di Assegno per il nucleo familiare presentate all'Istituto da cittadino di Paese terzo, titolare del permesso di soggiorno di lungo periodo o di un permesso unico di soggiorno, per un nucleo composto da familiari residenti all'estero in Paese extracomunitario non in convenzione in materia di trattamenti di famiglia, devono essere presentati, al pari delle situazioni o fatti autocertificabili, i documenti, redatti nella forma descritta al par. 2, che attestino:

- lo stato civile del richiedente;
- lo stato di famiglia con l'indicazione dei rapporti di parentela dei componenti il nucleo familiare dichiarato ai fini dell'ANF;
- il legame di parentela (paternità/maternità dei minori, o maggiorenni inabili, componenti il nucleo per i quali si richiede l'ANF);
- i redditi dei familiari prodotti all'estero, espressi in euro, che se fossero prodotti in Italia sarebbero assoggettati al regime italiano dell'imposta sui redditi (Allegato n. 1), per il periodo di riferimento della domanda di ANF;
- eventuale situazione di inabilità di uno o più componenti del nucleo.

Si ricorda che, in aggiunta alla documentazione già indicata dalla normativa, deve essere inoltrata all'Istituto ulteriore documentazione nei seguenti casi:

- a) l'inclusione di familiari nel nucleo del richiedente;
- b) l'applicazione dell'aumento dei livelli reddituali;
- c) il riconoscimento del diritto nei casi di abbandono del nucleo di uno dei coniugi.

Di seguito si riepilogano, per i lavoratori cittadini di Stato estero, titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo o di un permesso unico di soggiorno, che richiedono la prestazione di ANF per componenti del nucleo residenti in Paese extraUE non convenzionato, i certificati o attestazioni rilasciati dalla competente Autorità dello Stato estero, corredati di traduzione in lingua italiana autenticata, redatti nella forma descritta al paragrafo 3 della presente circolare, che attestino:

a) *per l'inclusione di familiari nel nucleo del richiedente riferito a:*

- figli ed equiparati di coniugi/parti dell'unione civile legalmente separati o divorziati/sciolti dall'unione civile: lo stato civile del richiedente e le relative sentenze/ provvedimenti di affidamento dei minori;
- figli del coniuge/della parte dell'unione civile nati da precedente matrimonio/unione civile e per i figli naturali (propri o del proprio coniuge/della parte dell'unione civile) riconosciuti dall'altro genitore: i dati anagrafici del richiedente e dell'altro genitore e per i figli nati da precedente matrimonio/unione civile le sentenze/provvedimenti di affidamento dei minori;
- fratelli, sorelle, nipoti del richiedente orfani di entrambi i genitori, non aventi diritto a trattamento pensionistico: la condizione di orfani di tali familiari e l'assenza di un diritto alla pensione ai superstiti, specificando le generalità dei genitori;
- nipoti minori a carico (ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 180/1999) dell'ascendente richiedente:
 - la discendenza del nipote in linea retta e il mantenimento abituale del/i minore/i;
 - l'impossibilità dei genitori di provvedere al mantenimento del figlio in quanto non svolgono attività lavorativa e non possiedono redditi di alcuna natura;
 - mancata percezione di analogo trattamento di famiglia;
- minori affidati a strutture pubbliche e collocati in famiglia;
- figli o equiparati di età compresa tra i 18 e i 21 anni, purché studenti o apprendisti, in nuclei con più di tre figli o equiparati di età inferiore a 26 anni:
 - la qualità di studente o la qualifica di apprendista o la relativa documentazione quali il certificato di frequenza scolastica/universitaria o copia del contratto di apprendistato (o contratto simile);

In tale casistica va allegato anche il modulo per il riconoscimento di nucleo familiare numeroso (ANF/NN cod. SR61 compilato dal richiedente);

b) *per l'applicazione dell'aumento dei livelli reddituali riferiti a:*

- familiari minorenni: certificazione medica relativa alla difficoltà persistente a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età;
- familiari maggiorenni: certificazione medica relativa all'inabilità per soggetti che si trovino, a causa di infermità o difetto fisico o mentale, nell'assoluta e permanente impossibilità di dedicarsi a un proficuo lavoro;

c) *per il riconoscimento del diritto nei casi di abbandono del nucleo di uno dei due coniugi:* lo stato di abbandono rilasciato dall'Autorità giudiziaria o altra pubblica Autorità nel Paese estero.

Per tutti i casi descritti nel presente paragrafo è necessario presentare la domanda di Autorizzazione ANF allegando la documentazione specificamente prevista dalla normativa per ogni tipologia (cfr. la circolare n. 34/2022).

4. Indicazioni ulteriori

Si ricorda che, in attuazione del d.lgs. 29.12.2021, n. 230, che ha istituito dal 1° marzo 2022 l'Assegno unico e universale per i figli a carico, a partire dalla medesima data si producono i seguenti effetti sulla disciplina dell'ANF sopra richiamata:

- a) non saranno più riconosciute le prestazioni di Assegno per il nucleo familiare e di Assegni familiari, riferite ai nuclei familiari con figli e orfanili;
- b) continueranno, invece, a essere riconosciute le prestazioni di Assegno per il nucleo familiare e di Assegni familiari riferite a nuclei familiari composti unicamente dai coniugi, con esclusione del coniuge legalmente ed effettivamente separato, dai fratelli, dalle sorelle e dai nipoti, di età inferiore a diciotto anni compiuti ovvero senza limiti di età, qualora si trovino, a causa di infermità o difetto fisico o mentale, nell'assoluta e permanente impossibilità di dedicarsi ad un proficuo lavoro, nel caso in cui essi siano orfani di entrambi i genitori e non abbiano conseguito il diritto a pensione ai superstiti.

Pertanto, le domande per le prestazioni di Assegno per il nucleo familiare per componenti del nucleo residenti in Paese extraUE non convenzionato, riguardanti periodi decorrenti a partire dal 1° marzo 2022 (compreso) potranno essere presentate dai lavoratori cittadini di Stato terzo – titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo o di un permesso unico di soggiorno – esclusivamente in relazione a nuclei familiari senza figli.

Diversamente, le domande presentate – nel limite della prescrizione quinquennale – per periodi che terminano entro il 28 febbraio 2022, potranno fare riferimento al nucleo familiare composto anche dai figli (cfr. la circolare n. 34/2022).

Al riguardo, peraltro, la Corte costituzionale nella sent. n. 67/2022 ricordando che il legislatore, con il d.lgs. n. 230/2021 ha istituito l'Assegno unico e universale per i figli a carico, ha evidenziato che «le nuove norme in tema di assegno unico universale – prestazione [...] erogata a decorrere dal 1° marzo 2022 – non incidono sui giudizi *a quibus*, concernenti fattispecie che si sono perfezionate nel vigore della disciplina anteriore».

Pertanto, la circolare evidenzia la necessità di riesaminare, alla luce del *decisum* della Consulta, le domande amministrative di ANF non ancora definite, già proposte da cittadini di Paesi terzi non comunitari, in possesso di permesso unico e lavoro o di permesso di soggiorno di lungo periodo, in relazione ai familiari residenti all'estero.

Alla luce di quanto esposto, ne consegue che:

- le domande di Assegno per il nucleo familiare presentate dai titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo o di un permesso unico di soggiorno, attualmente in fase di istruttoria, qualora ricorrano i requisiti previsti dalla normativa vigente, dovranno essere gestite in relazione alle indicazioni riportate nella presente circolare;

- le eventuali istanze volte a ottenere il riesame delle domande respinte di Assegno per il nucleo familiare presentate dai titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo o di un permesso unico di soggiorno, e per le quali il relativo rapporto giuridico non possa considerarsi esaurito (ad esempio, per decadenza, giudicato, ecc.), potranno essere accolte, in autotutela, dalle competenti Strutture territoriali, previa apposita richiesta di integrazione istruttoria agli interessati e verifica della sussistenza degli altri requisiti prescritti dalla normativa vigente, nell'ambito della prescrizione quinquennale;
- con riferimento ai giudizi in corso, le Strutture territoriali, in raccordo, per quanto di competenza, con gli Uffici legali, porranno in essere, in autotutela, le attività necessarie per consentire la richiesta di dichiarazione della cessata materia del contendere e per la definizione degli eventuali giudizi di impugnazione.

Minori

Attribuzione del codice fiscale ai minori stranieri non regolari e ai minori stranieri non accompagnati ai fini dell'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale

La *risoluzione 7.6.2022, n. 25 dell'Agenzia delle Entrate* disciplina l'attribuzione del codice fiscale ai minori stranieri non regolari e ai minori stranieri non accompagnati ai fini dell'iscrizione al Servizio sanitario nazionale.

Essa ricorda i presupposti normativi.

L'art. 63 del d.p.c.m. del 12 gennaio 2017 (Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali, di cui all' art. 1, co. 7, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) al comma 4 ha previsto che «I minori stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, siano iscritti al Servizio sanitario nazionale ed usufruiscano dell'assistenza sanitaria in condizione di parità con i cittadini italiani».

Inoltre, l'art.14 della legge n. 47/2017 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati) ha sancito l'iscrizione obbligatoria e gratuita al Servizio sanitario nazionale dei «minori stranieri non accompagnati, anche nelle more del rilascio del permesso di soggiorno, a seguito delle segnalazioni di legge dopo il loro ritrovamento nel territorio nazionale». Sulla base di tali disposizioni normative a tutela dei minori stranieri, in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità, e considerato che, allo stato attuale, il codice fiscale è il codice identificativo ritenuto indispensabile per l'iscrizione al SSN a cura delle strutture ASL, si rende necessaria l'attribuzione Divisione servizi del codice fiscale a tale tipologia di minori stranieri, ancorché privi di un regolare permesso di soggiorno.

Al fine di uniformare il comportamento degli Uffici dell’Agenzia delle Entrate su tutto il territorio nazionale, si forniscono, pertanto, le seguenti indicazioni operative qualora al minore non sia stato già attribuito un codice fiscale.

Le richieste di attribuzione del codice fiscale relative ai minori stranieri devono essere presentate agli uffici dell’Agenzia delle entrate dalla struttura ASL tenuta all’iscrizione al SSN dei soggetti stranieri in oggetto. La ASL richiede il codice fiscale in qualità di soggetto terzo obbligato all’indicazione del codice fiscale di altri soggetti ai sensi dell’art. 6, co. 2, del d.p.r. n. 605/1973 (Disposizioni relative all’anagrafe tributaria e al codice fiscale dei contribuenti).

Le sopraindicate richieste devono essere presentate dalla struttura ASL competente tramite il modello anagrafico AA4/8 - Domanda di attribuzione codice fiscale, comunicazione variazione dati e richiesta tesserino/duplicato tessera sanitaria (persone fisiche) come richiesta per soggetto terzo, indicando come tipologia richiedente il codice 17 - Soggetti tenuti agli obblighi di indicazione del codice fiscale di soggetto terzo, come ad esempio enti previdenziali, banche, associazioni sportive, ecc. (art. 6, co. 2, d.p.r. n. 605/1973) ovvero, se relative a più minori, tramite un’unica istanza contenente tutte le informazioni previste dal suddetto modello per ogni minore. Deve essere allegata, inoltre, una dichiarazione della struttura ASL richiedente che attesti la motivazione della richiesta del codice fiscale e la corrispondenza dei dati indicati nella stessa con quelli desunti dagli atti in base ai quali effettua l’iscrizione al SSN.

L’ufficio dell’Agenzia delle Entrate che riceve la domanda deve acquisire agli atti l’eventuale documentazione prodotta dalla struttura ASL ed effettuare preventivamente la ricerca del soggetto negli archivi dell’Anagrafe tributaria, anche per dati anagrafici parziali; ciò al fine di verificare che questi non sia già titolare di un codice fiscale, registrato sulla base di dati anagrafici difformi da quelli dichiarati dalla struttura ASL.

Una volta generato il codice fiscale, l’Ufficio lo comunica all’ASL richiedente: sarà cura di tale struttura comunicare il codice fiscale a chi ne ha la responsabilità genitoriale o al responsabile della struttura di prima accoglienza.

Le strutture ASL interessate potranno stipulare con le rispettive Direzioni regionali dell’Agenzia delle Entrate appositi protocolli d’intesa volti a concordare modalità operative efficaci ed agevoli per lo scambio delle suddette informazioni.

Piano minori stranieri non accompagnati provenienti dall’Ucraina - Ricerca in caso di scomparsa

Il Piano minori stranieri non accompagnati - ricerca in caso di scomparsa del 20.5.2022 del Commissario delegato per il coordinamento delle misure e delle procedure finalizzate alle attività di assistenza nei confronti dei minori non accompagnati provenienti dall’Ucraina a seguito del conflitto in atto (o.c.d.p.c. n. 876/2022) mira a sensibilizzare sulla necessità di prevenire possibili

episodi di allontanamento e/o scomparsa dai luoghi di accoglienza di minori non accompagnati provenienti dall'Ucraina e, ove dovessero accadere, di intervenire tempestivamente predisponendo strutture e metodi operativi per automatizzare l'attivazione e la conduzione delle ricerche e ridurre al massimo i tempi che ne potrebbero compromettere l'esito. Il Piano è dedicato alla loro ricerca anche al fine di una tempestiva ed immediata verifica delle prime informazioni ed eventuale attivazione del piano provinciale per le persone scomparse.

A livello territoriale si sottolinea infatti l'importanza delle attività di prevenzione di possibili fenomeni di tratta o di altre forme illecite come l'inserimento in organizzazioni criminali o lo sfruttamento e il lavoro nero.

Le linee guida completano il Piano minori non accompagnati provenienti dall'Ucraina, adottato il 25.3.2022, e aggiornato, da ultimo, il 5.5.2022.

Iscrizione al Servizio sanitario nazionale dei minori stranieri non in regola con le norme relative all'ingresso e soggiorno, minori non accompagnati, ed esenzioni. Indicazioni operative.

La circolare del 8.8.2022 del Ministero della salute - Direzione generale della programmazione sanitaria - Ufficio 8- Funzioni statali in materia di assistenza sanitaria in ambito internazionale fornisce alle regioni indicazioni operative circa Iscrizione al Servizio sanitario nazionale dei minori stranieri non in regola con le norme relative all'ingresso e soggiorno, minori non accompagnati, ed esenzioni

La circolare ricorda che la tutela della salute dei minori stranieri trova il suo fondamento nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo che impone agli Stati di garantire ai fanciulli i diritti essenziali, tra i quali l'assistenza sanitaria, "senza distinzione di sorta", ovvero in condizioni di assoluta parità. Già nel 2012 l'Accordo sul documento "Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province Autonome italiane" (Rep. Atti n. 255/CSR del 20/12 /2012) aveva previsto l'iscrizione obbligatoria al SSN dei minori stranieri a prescindere dal possesso del permesso di soggiorno, senza tuttavia individuare specifiche modalità e procedure a livello nazionale relative all'iscrizione.

Quindi il d.p.c.m. del 12 gennaio 2017 ha normativamente previsto l'iscrizione obbligatoria al Servizio Sanitario Nazionale per tutti i minori stranieri presenti sul territorio ed indipendentemente dalla regolarità del soggiorno. A tale riconoscimento si è giunti con l'articolo 63, co. 4, che recita «I minori stranieri presenti sul territorio nazionale non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono iscritti al Servizio sanitario nazionale ed usufruiscono dell'assistenza sanitaria in condizioni di parità con i cittadini italiani».

Infine, l'art. 14 della legge 7 aprile 2017, n. 47 nel modificare l'art. 34 del T.U. 286/98 ha previsto l'iscrizione obbligatoria e gratuita al S.S.N. dei minori stranieri non accompagnati anche

nelle more del rilascio del permesso di soggiorno. L'iscrizione al SSN è richiesta dall'esercente la responsabilità genitoriale o dal responsabile della struttura di prima accoglienza.

Con l'iscrizione al SSN italiano a titolo obbligatorio prevista dalle sopra citate norme, tutti i minori, regolari, irregolari e minori non accompagnati, hanno diritto al pediatra di libera scelta o al medico di medicina generale, quali soggetti destinatari delle più ampie misure di tutela in relazione alla loro naturale vulnerabilità.

Tutto ciò premesso tenuto conto delle diverse procedure adottate dalle singole Regioni nonché in considerazione della necessità del codice fiscale, di regola richiesto per l'iscrizione al SSN, l'Agenzia delle entrate ha adottato la Risoluzione n. 25 (si veda prima) volta a facilitare l'iscrizione al SSN dei minori, attraverso la richiesta del codice fiscale attivata direttamente dalla ASL quale soggetto terzo ai sensi del DPR n. 605/1973, assicurando in tal modo sia la semplificazione dell'iter procedurale che l'allineamento dei dati tra il SSN e l'Anagrafe tributaria, nonché uniformità nell'applicazione della norma.

Per quanto riguarda l'iscrizione al SSN dei minori stranieri non regolarmente soggiornanti, la circolare chiarisce che l'iscrizione assicura gli stessi livelli di assistenza sanitaria garantita sul territorio nazionale in condizioni di parità con i cittadini italiani, escludendo tuttavia l'assistenza all'estero secondo quanto previsto dal Regolamento n. 1231 del 2010 che estende i regolamenti di sicurezza sociale ai cittadini dei Paesi terzi "purché risiedano legalmente nel territorio di uno Stato membro.

Inoltre, sempre per i minori non regolarmente soggiornanti, tenuto conto dell'impossibilità di accertare l'eventuale reddito del nucleo familiare come previsto per i cittadini italiani, le prestazioni sanitarie potranno essere erogate senza la partecipazione alla spesa, dietro presentazione di dichiarazione di indigenza, valida dal momento dell'iscrizione e non oltre i 6 anni, salvo eventuali variazioni delle condizioni. L'esenzione, secondo quanto indicato dal MEF è individuata nel codice esenzione X 23 ed è valida dal momento dell'iscrizione fino al compimento dei 6 anni.

Sopra i 6 anni l'esenzione per minore età cessa e l'eventuale esenzione per la singola prestazione è quella X01, secondo quanto più avanti specificato per tutti gli stranieri STP.

Per quanto riguarda invece i minori non accompagnati tenuto conto della espressa previsione normativa di cui all'art. 1, co. 334 della legge n. 160/2019 le prestazioni saranno erogate senza la quota di partecipazione al ticket ed il codice di esenzione specifico è individuato dal MEF nel codice esenzione X 24. Tale esenzione, limitata alle prestazioni specialistiche, cessa al raggiungimento della maggiore età. Si precisa infatti che, sebbene l'art. 1, co. 334 della legge n. 160/2019 faccia riferimento ai commi 14 e 15 dell'art 8 legge n. 537/93 e quindi alla spesa sanitaria relativa alla farmaceutica e alla specialistica, il ticket sui farmaci di fascia A è stato eliminato dall'art. 85, co. 2, della legge n. 388/2000. Non essendo, quindi, previsto a livello

nazionale un ticket sui farmaci che sono a carico del SSN, non può parlarsi di esenzione. A livello nazionale, dunque, l'esenzione X 24 è valida solo per le prestazioni specialistiche.

Con riguardo alla partecipazione alla spesa degli stranieri STP in generale e quindi non minori di 6 anni si ritiene utile ripercorrere quanto previsto dalla vigente normativa.

L'art. 35, co. 4, del TU. 286/98 prevede che «Le prestazioni di cui al comma 3 sono erogate senza oneri a carico dei richiedenti qualora privi di risorse economiche sufficienti, fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani».

L'art. 43, co. 4 del DPR 394/99- Regolamento di attuazione del T.U. n. 286/98- prevede che «Gli oneri per le prestazioni sanitarie di cui all'articolo 35, co. 3, del testo unico, erogate ai soggetti privi di risorse economiche sufficienti, comprese le quote di partecipazione alla spesa eventualmente non versate, sono a carico della U.S.L competente per il luogo in cui le prestazioni sono state erogate.... Lo stato d'indigenza può essere attestato attraverso autodichiarazione presentata all'ente sanitario erogante».

Pertanto, pur affermando in linea di principio la non gratuità delle prestazioni, l'art. 43 del Regolamento di attuazione contiene normativamente la possibilità del mancato versamento della quota di partecipazione alla spesa da parte di soggetti in stato di indigenza, ponendola a carico della ASL competente. È evidente che la *ratio legis* intenda salvaguardare la fruizione delle prestazioni sanitarie da parte di soggetti in condizioni socio- economiche disagiate e di marginalità sociale, in quanto l'impossibilità di partecipare alla spesa sanitaria non può, di fatto, escluderli dall'assistenza sanitaria.

La circolare n. 5 del 2000 ha quindi chiarito che lo straniero indigente, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, è esonerato dalla quota di partecipazione alla spesa, in analogia con il cittadino italiano, per quanto concerne: le prestazioni sanitarie di primo livello, le urgenze, lo stato di gravidanza, le patologie esenti o i soggetti esenti in ragione dell'età o in quanto affetti da gravi stati invalidanti, confermando altresì quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 43 del Regolamento di attuazione, cioè che le quote di partecipazione alla spesa non versate sono a carico della A.S.L. competente per il luogo in cui le prestazioni sono erogate.

L'Accordo Stato- Regioni del 2012 ha altresì esplicitato quanto indicato nella circolare n. 5 del 2000 indicando che lo straniero STP è esonerato dalla quota di partecipazione alla spesa (ticket), in analogia con il cittadino italiano, per quanto concerne:

- le prestazioni sanitarie di primo livello, ad accesso diretto senza prenotazione e impegnativa (quali ad esempio quelle di medicina generale, SERT, DSM, Consultori Familiari);
- le prestazioni di urgenza erogate presso il Pronto Soccorso secondo i criteri di esenzione già definiti per i cittadini italiani;
- le prestazioni erogate a tutela della gravidanza e della maternità;

- le prestazioni di prevenzione erogabili attraverso le articolazioni territoriali del Dipartimento di Prevenzione (piano nazionale e regionale dei vaccini, screening, prevenzione HIV);
- le prestazioni erogabili in esenzione, secondo i criteri e i limiti previsti dalla normativa in atto per i cittadini italiani, in presenza di patologie croniche, patologie rare e stati invalidanti (con conseguente rilascio di attestato di esenzione);
- età/condizione anagrafica (inferiore ai 6 o superiore ai 65 anni), alle stesse condizioni con i cittadini italiani.

Ai fini dell'esenzione, nelle ipotesi sopra evidenziate dovranno essere attuate le stesse modalità, procedure e criteri richieste ai cittadini italiani.

Ne consegue che il diritto all'esenzione per reddito, previsto per alcune condizioni personali e sociali associate a determinate situazioni reddituali documentabili non potrà essere rilasciato allo straniero

STP, la cui condizione di non regolarità confligge con i requisiti richiesti.

Tutto ciò premesso, tenuto conto di quanto previsto dalla normativa da cui non è possibile esulare e dei principi in essa contenuti si è dell'avviso che per gli stranieri STP in ogni caso deve essere richiesta la quota di partecipazione a fronte di ciascuna prestazione, e laddove lo straniero dichiari il proprio stato di indigenza, la singola prestazione dovrà essere erogata in esenzione con codice X01, previa acquisizione di dichiarazione.

Per quanto infine attiene il riconoscimento del diritto all'esenzione per reddito per i richiedenti protezione internazionale oltre il periodo previsto dalla norma in cui non possono svolgere attività lavorativa si precisa che, a seguito del recente parere del Consiglio di Stato, si è in attesa di indicazioni applicative da parte dei competenti Uffici.

Istruzione scolastica

Valutazione degli apprendimenti ed esami di Stato degli alunni e degli studenti ucraini per l'anno scolastico 2021/2022

L'*ordinanza 4.6.2022, n. 156 del Ministro dell'istruzione* ha disposto specifiche misure sulla valutazione finale degli apprendimenti per l'anno scolastico 2021/2022 degli alunni e studenti ucraini iscritti nelle classi del primo e del secondo ciclo di istruzione a partire dal 24 febbraio 2022 a seguito della guerra in Ucraina, nonché sul loro esonero dalla partecipazione agli esami di Stato conclusivi del primo e del secondo ciclo di istruzione per l'anno scolastico 2021/2022, in deroga alla normativa vigente in tema di valutazione degli apprendimenti e di svolgimento degli esami di Stato.

Si tratta di misure disposte con numerose deroghe anche alle norme legislative vigenti, adottate come misure speciali adottate con speciale ordinanza ministeriale autorizzata dall'art. 46, d.l. n. 50/2022.

1) Valutazione nel primo ciclo di istruzione - classi non terminali (art. 2)

La valutazione finale degli apprendimenti di tali alunni ucraini è effettuata collegialmente, in sede di scrutinio finale, dai docenti contitolari della classe ovvero dal consiglio di classe, in riferimento all'eventuale Piano didattico personalizzato (PDP) predisposto, tenendo conto dell'impatto psicologico e del livello delle competenze linguistico-comunicative nella lingua italiana degli alunni, nonché della complessità del processo di apprendimento maturato nel contesto della guerra e della conseguente emergenza umanitaria.

Qualora i docenti contitolari della classe ovvero del consiglio di classe non abbiano elementi sufficienti per la valutazione degli apprendimenti in ciascuna disciplina, la valutazione finale è espressa attraverso un giudizio globale sul livello di sviluppo degli apprendimenti, sull'acquisizione delle prime competenze linguistico-comunicative in lingua italiana, sul grado di socializzazione e di partecipazione alle attività didattiche.

Tali alunni ucraini sono ammessi alla classe successiva, salvo nei casi di non validità dell'anno scolastico nella scuola secondaria di primo grado accertati e verbalizzati dal consiglio di classe, tenendo a riferimento la data di iscrizione ai fini del computo dell'orario annuale personalizzato. Sono fatti salvi i provvedimenti di esclusione dagli scrutini emanati ai sensi dello Statuto delle studentesse e degli studenti.

Per gli alunni ucraini ammessi alla classe successiva con tali modalità i docenti contitolari della classe, ovvero il consiglio di classe, predispongono un Piano di apprendimento individualizzato, in cui sono indicati, per ciascuna disciplina, gli obiettivi di apprendimento di lingua e di contenuto da conseguire nel corso del successivo anno scolastico nonché le specifiche strategie per il raggiungimento dei relativi livelli di apprendimento.

Nel corso dell'anno scolastico 2022/2023 le istituzioni scolastiche realizzano attività idonee a sostenere gli alunni nel raggiungimento degli obiettivi definiti nel Piano di apprendimento individualizzato, che costituiscono attività didattica ordinaria, hanno inizio a decorrere dal 1° settembre 2022 e proseguono, se necessarie, per l'intera durata dell'anno scolastico 2022/2023. Ai citati alunni ucraini frequentanti la classe quinta della scuola primaria e la classe terza della scuola secondaria di primo grado non viene rilasciata la certificazione delle competenze.

2) Valutazione nel secondo ciclo di istruzione - classi non terminali (art. 3)

La valutazione finale degli apprendimenti di tali studenti ucraini che frequentano classi non terminali nel secondo ciclo di istruzione è effettuata collegialmente, in sede di scrutinio finale, dal

consiglio di classe, anche in riferimento all'eventuale Piano didattico personalizzato (PDP) predisposto, tenendo conto dell'impatto psicologico e del livello delle competenze linguistico-comunicative nella lingua italiana degli studenti, nonché della complessità del processo di apprendimento maturato nel contesto della guerra e della conseguente emergenza umanitaria.

Qualora i docenti del consiglio di classe non abbiano elementi sufficienti per la valutazione degli apprendimenti in ciascuna disciplina, e/o le valutazioni risultino insufficienti, gli studenti di cui al comma 1 sono comunque ammessi alla classe successiva.

Nel verbale di scrutinio finale sono espresse per ciascuno studente le eventuali valutazioni presenti, ancorché insufficienti; non si procede ad alcuna valutazione per le discipline nelle quali il consiglio di classe non disponga di adeguati elementi rinviando ad un giudizio globale sul livello di sviluppo degli apprendimenti, sull'acquisizione delle prime competenze linguistico-comunicative in lingua italiana e sul grado di socializzazione e di partecipazione alle attività didattiche, utile al rilascio della certificazione dell'assolvimento dell'obbligo di istruzione per i soli studenti iscritti alle classi prima e seconda.

Nel caso di frequenza delle classi terza e quarta, e di ammissione alla classe successiva ai sensi del comma 2, non si procede all'attribuzione del credito scolastico.

Per gli studenti ammessi alla classe successiva con tali modalità in presenza di votazioni inferiori a sei decimi, o con discipline non valutabili, il consiglio di classe predispone un Piano di apprendimento individualizzato, in cui sono indicati, per ciascuna disciplina, gli obiettivi di apprendimento di lingua e di contenuto da conseguire nel corso del successivo anno scolastico nonché le specifiche strategie per il raggiungimento dei relativi livelli di apprendimento.

Nel corso dell'anno scolastico 2022/2023 le istituzioni scolastiche realizzano attività idonee a sostenere gli studenti nel raggiungimento degli obiettivi definiti nel Piano di apprendimento individualizzato, che costituiscono attività didattica ordinaria, hanno inizio a decorrere dal 1° settembre 2022 e proseguono, se necessarie, per l'intera durata dell'anno scolastico 2022/2023. In relazione alle discipline e ai relativi obiettivi indicati nel Piano di apprendimento individualizzato, i docenti effettuano, nel corso dell'anno scolastico 2022/2023, apposite verifiche relativamente al raggiungimento dei suddetti obiettivi.

Nel corso dello scrutinio finale dell'anno scolastico 2022/2023, per le sole classi quarte e quinte, il consiglio di classe, sulla base delle verifiche di cui al comma 7, procede a integrare le valutazioni dell'anno scolastico 2021/2022 relativamente alle discipline incluse nel Piano di apprendimento individualizzato, per le quali non si era proceduto a valutazione o la valutazione era insufficiente, e all'eventuale attribuzione del credito scolastico dell'anno precedente. I voti espressi in decimi per l'anno scolastico 2021/2022, anche se inferiori a sei, sono riportati nel documento di valutazione finale del suddetto anno scolastico. Il permanere di valutazioni insufficienti ha effetto

esclusivamente sul calcolo della media ai fini dell'attribuzione del credito scolastico. Se la media dei voti è inferiore a sei decimi viene attribuito un credito pari a sei punti.

Sono fatti salvi i provvedimenti di esclusione dagli scrutini emanati ai sensi dello Statuto delle studentesse e degli studenti.

3) Esonero dalla partecipazione all'esame di Stato conclusivo del primo ciclo di istruzione (art. 4)

Il consiglio di classe delibera l'esonero dalla partecipazione all'esame di Stato conclusivo del primo ciclo di istruzione per i citati studenti ucraini frequentanti la classe terza della scuola secondaria di primo grado che non siano in grado di sostenere le prove di cui all'ordinanza n. 64 del 2022 in considerazione del livello delle abilità linguistiche ricettive e produttive scritte e orali nella lingua italiana ovvero del mancato raggiungimento delle competenze disciplinari previste dalle Indicazioni nazionali per il curriculum.

Per tali alunni ucraini l'esame di Stato è sostituito dalla valutazione finale da parte del consiglio di classe effettuata secondo le modalità derogatorie indicate nell'art. 2 della stessa ordinanza.

In sede di scrutinio finale il consiglio di classe rilascia un attestato di credito formativo che costituisce titolo per l'iscrizione e la frequenza della scuola secondaria di secondo grado ovvero dei corsi di istruzione e formazione professionale e che assolve agli obblighi di cui all'art. 2, co. 3 del d.lgs. 15 aprile 2005 n. 76, il quale costituisce, comunque, titolo per l'eventuale iscrizione, su richiesta, per l'anno scolastico 2022/2023 alla classe terza della scuola secondaria di primo grado.

4) Esonero dalla partecipazione all'esame di Stato conclusivo del secondo ciclo di istruzione (art. 5)

Il consiglio di classe delibera l'esonero dalla partecipazione all'esame di Stato conclusivo del secondo ciclo di istruzione per i citati studenti ucraini frequentanti la classe quinta che non siano in grado di sostenere le prove di cui all'ordinanza n. 65 del 2022, in considerazione del livello delle abilità linguistiche ricettive e produttive scritte e orali nella lingua italiana ovvero del mancato raggiungimento degli obiettivi di apprendimento previsti dai piani di studio dei singoli percorsi.

Per tali studenti ucraini in sede di scrutinio finale il consiglio di classe redige un attestato di credito formativo, recante elementi informativi sull'indirizzo del corso di studi cui gli studenti sono stati iscritti e sulle discipline comprese nel relativo piano di studi, il quale costituisce, comunque, titolo per l'eventuale iscrizione, su richiesta, per l'anno scolastico 2022/2023 alla classe quinta del medesimo indirizzo, articolazione, opzione frequentato nel corrente anno scolastico.

5) Percorsi di istruzione per gli adulti (art. 6)

Per i citati studenti ucraini che frequentano i percorsi di istruzione per gli adulti presso i CPIA, di cui all'art. 4, co. 1, lett. a), b) e c) del d.p.r. 29.10.2012, n. 263, la valutazione finale degli apprendimenti è effettuata, in deroga a quanto previsto dal citato decreto, ai sensi della presente ordinanza, tenendo conto del Patto formativo individuale e sulla base delle attività didattiche svolte.

Per tali studenti l'esame di Stato conclusivo dei percorsi di primo livello – primo periodo didattico – di cui all'art. 4, co. 2, lett. a) del medesimo d.p.r. è sostituito con la valutazione finale effettuata collegialmente dai docenti del gruppo di livello facenti parte del consiglio di classe in sede di scrutinio finale, ai sensi della presente ordinanza.

Il consiglio di classe tiene conto delle eventuali carenze individuate ai fini della revisione del Patto formativo individuale e della relativa formalizzazione del Percorso di studio personalizzato da frequentare nell'anno scolastico successivo in modo da poter sostenere l'esame di stato conclusivo del percorso di studio di cui all'art. 4, co. 2, lett. a) del medesimo d.p.r. entro il mese di marzo 2023.

6) Misure organizzative per l'avvio dell'anno scolastico 2022/2023 (art. 7)

Nel caso di bambini e alunni ucraini sfollati, già frequentanti nel corrente anno scolastico e per i quali è previsto il passaggio al successivo grado di istruzione, i dirigenti scolastici coadiuvano le famiglie ad individuare l'istituzione scolastica di destinazione ai fini dell'iscrizione tardiva con il supporto degli Uffici di ambito territoriale degli Uffici scolastici regionali e con la collaborazione degli Enti locali.

Con specifico riguardo alla scuola secondaria di secondo grado, sono previste, entro l'avvio delle lezioni dell'anno scolastico 2022/2023, le opportune interlocuzioni e le ordinarie attività di orientamento ai fini una scelta consapevole del percorso di studi.

Istruzione e formazione universitaria e superiore

Procedure per l'ingresso il soggiorno, l'immatricolazione degli studenti internazionali e il relativo riconoscimento dei titoli, per i corsi della formazione superiore in Italia valide per l'anno accademico 2022-2023

La circolare emanata nell'aprile 2022 del Ministero dell'università e della ricerca - Segretariato generale - Direzione generale dell'internazionalizzazione e della comunicazione dispone le procedure per l'ingresso il soggiorno, l'immatricolazione degli studenti internazionali e il relativo riconoscimento dei titoli, per i corsi della formazione superiore in Italia valide per l'anno accademico 2022-2023.

Tali lunghe e complesse procedure (scritte ora in lingua italiana e in lingua inglese) coinvolgono studenti stranieri, Consolati italiani all'estero e università. Nella presente sede non si illustrano anche perché ogni anno si ripetono in modo analogo da decenni con analoghe circolari con qualche riadattamento connesso a novità nella digitalizzazione degli adempimenti e ad eventuali nuove norme in materia di istruzione superiore e di stranieri.

La circolare precisa peraltro che esse sono subordinate alle attuali e future disposizioni emergenziali del Governo italiano e dell'Unione europea in materia di prevenzione e contenimento dell'epidemia del virus COVID 19.

In considerazione delle disposizioni inviate alle istituzioni della formazione superiore dal Ministro dell'università e della ricerca e relative all'avvio dell'anno accademico 2022-2023, la circolare ricorda che come a fronte del permanere della situazione di emergenza COVID-19, la mobilità fisica degli studenti internazionali verso l'Italia potrà essere sostituita, se necessario, con attività didattiche a distanza, ma ricorda che ciò non toglie che tali studenti internazionali, qualora necessitino del visto di ingresso in Italia, dovranno comunque e in maniera tempestiva provvedere alla richiesta di visto per motivi di studio presso le Rappresentanze diplomatico-consolari di riferimento per i rispettivi luoghi di residenza, al fine di utilizzare tale visto non appena le condizioni lo consentiranno e in linea con la normativa vigente.

In linea di principio le domande di visto dovranno essere presentate presso le competenti Rappresentanze diplomatico-consolari entro il 30 novembre 2022, onde consentire l'effettiva immatricolazione degli studenti internazionali ed il successivo pagamento delle tasse universitarie, fatta salva differente futura indicazione del Ministero dell'università e della ricerca concordata con il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, anche sulla base dell'evolversi della situazione pandemica. In caso di proroga dei termini, le Istituzioni della formazione superiore potranno continuare le proprie procedure di reclutamento degli studenti internazionali e la relativa valutazione dell'idoneità dei titoli esteri da essi posseduti, così come le Rappresentanze diplomatico-consolari potranno procedere con la trattazione delle domande di visto fino ad esaurimento delle domande di pre-iscrizione, purché pervenute entro le date previste dalla stessa circolare e dai successivi aggiornamenti.

Inoltre, con riferimento al termine del 30 novembre, le Istituzioni della formazione superiore potranno, sulla base della propria autonomia e in riferimento ai singoli corsi di studio presenti all'interno della propria offerta formativa, indicare sui propri portali una data precedente a quella indicata per ogni singolo corso, sulla base delle esigenze specifiche collegate all'inizio delle attività didattiche. La domanda di preiscrizione per il rilascio del visto per i candidati ai corsi di studio presso le Istituzioni della formazione superiore italiane dovrà essere presentata utilizzando il portale UNIVERSITALY, secondo le indicazioni già pervenute presso tutte le Istituzioni italiane.

La circolare rammenta, inoltre, che la legge 30 dicembre 2021, n. 234 ha previsto per ciascuno degli anni 2022 e 2023 un finanziamento *ad hoc* a favore dell'associazione Uni-Italia, al fine di potenziare la promozione della frequenza di corsi di livello universitario o post-universitario in Italia da parte di studenti stranieri. In questo senso, la predetta associazione potrà offrire servizi di orientamento o assistenza a chi ne fosse interessato.

In merito alla valutazione dei titoli scolastici esteri idonei per l'accesso in Italia a corsi di primo ciclo (diplomi di scuola media superiore), la circolare rammenta che, a causa dell'emergenza COVID-19, molti Paesi esteri hanno adottato misure di carattere eccezionale al fine di garantire il completamento dei cicli scolastici ed il rilascio delle relative qualifiche finali.

Si invitano pertanto le istituzioni italiane della formazione superiore ad applicare anche per i suddetti casi i criteri stabiliti dalla Convenzione di Lisbona, avvalendosi delle indicazioni prodotte dal CIMEA, ovvero il riconoscimento dei medesimi diritti accademici che un determinato titolo scolastico finale conferisce ufficialmente nel sistema estero di riferimento, a meno che non sussistano comprovate differenze sostanziali, anche in riferimento alla durata della scolarità complessiva pre-universitaria richiesta in Italia, che si rammenta essere almeno di dodici anni.

Infatti, in applicazione dell'Art. IX.2 della Convenzione di Lisbona sul riconoscimento dei titoli di studio relativi all'insegnamento superiore nella Regione europea, ratificata a seguito della legge n. 148/2002, il CIMEA è il Centro nazionale di informazione sulle procedure di riconoscimento dei titoli vigenti in Italia, sul sistema italiano della formazione superiore e sui titoli presenti a livello nazionale.

RECENSIONI
E MATERIALI
DI RICERCA

MONIA GIOVANNETTI, MASSIMO PASTORE

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Amato F. (a cura di), *Genere, sesso, migrazione*, Roma, DeriveApprodi collana Sexscapes, 2022.

Bettini R., *Migrazioni alle frontiere europee*, Roma, Armando Editore, 2022.

Brambilla A., Degani P., Paggi M., Zorzella N. (a cura di), *Donne straniere, diritti umani, questioni di genere. Riflessioni su legislazione e prassi*, CLUEP, 2022.

Bivona A., Rizzo C. (a cura di), *Migrazioni e appartenenze. Identità composite e plurilinguismo*, Milano, Mimesis collana Eterotopie, 2022.

Brigadoi Cologna D., Panzeri L. (a cura di), *Migrazioni e cittadinanza. Prospettive sociologiche e giuridiche*, Milano, Ledizioni collana Quaderni del CERM, 2022.

Bonini M., La Porta S., *Quale governo per le migrazioni? Atti del Seminario di Studi Interdisciplinari 20 Novembre 2020 Università degli Studi di Milano Bicocca*, Torino, Giappichelli, 2022.

Bulli G., Tonini A. (a cura di), *Migrazioni in Italia: oltre la sfida. Per un approccio interdisciplinare allo studio delle migrazioni*, Firenze, Firenze University Press, 2022.

Caracciolo I. (a cura di), *Migrazioni internazionali: questioni giuridiche aperte*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022.

Caroli Casavola H., Corazza L., Savino M., (a cura di), *Migranti, territorio e lavoro. Le strategie d'integrazione*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2022.

Caruso F., Corrado A. (a cura di), *Essenziali ma invisibili. Analisi delle politiche e delle iniziative di contrasto allo sfruttamento e per l'inclusione dei lavoratori migranti in agricoltura nel sud Italia*, Torino, Rosenberg & Sellier collana Sviluppo e territori, 2021.

Cecchini C., Chiodini M., Guidi E., Ferrucci V., Donati C., *Sostenere la rete, sostenere l'inclusione: analisi dei bisogni dei servizi di accoglienza per minori stranieri non accompagnati*, in *Psicologia di comunità: gruppi, ricerca azione e modelli formativi*, 2022, n. 1.

Chiaromonte W., *Migrazioni ambientali, protezione internazionale e inclusione lavorativa: la prospettiva nazionale*, in *Lavoro e Diritto*, 2022, n. 1.

- Chiaromonte W., Ferrara M.D., *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre. Riflessioni su regolarizzazione ruolo del sindacato*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2022, n. 2.
- Comberiat D., *Raccontare l'immigrazione in Italia*, Roma, Carocci, 2022.
- Dambone C., Monteleone L., *Uomini in-visibili. La sfida del Mediterraneo centrale tra trafficanti, migranti e soccorritori*, Milano, FrancoAngeli, 2022.
- Di Fazio C., *Acqua come frontiera. Saggio sulla mobilità umana*, Milano, Feltrinelli collana Fondazione Giangiacomo Feltrinelli. Ricerche, 2022.
- Di Florio A., "La grande naturalizzazione brasiliana": il senso della cittadinanza fra passato, presente e futuro, in *QuestioneGiustizia*, Diritti senza confini, 24.5.2022.
- Di Martino A., *Questioni di legittimità costituzionale sul reato di sfruttamento lavorativo: punti e contrappunti*, in *L'Altro Diritto*, vol. 6, 2022.
- Galioto E., *Finestre rotte e porti chiusi*, Roma, Manifestolibri collana Esplorazioni, 2022.
- Giannattasio V. (a cura di), *Circolazioni mediterranee*, Napoli, Guida editori, 2022.
- Licata D., *L'Italia e i figli del vento. Mobilità interna e nuove migrazioni*, Roma, Donzelli, 2022.
- Lo Pinto R., *Educare alla diversità religiosa: alcune riflessioni a partire da Martha Nussbaum*, in *Democrazia e diritto*, LIX, 1, 2022.
- Margiotta C., *La cittadinanza ignorata*, in *il Mulino*, 3 agosto 2022.
- Morozzo della Rocca P., Sossai M., *Chiedere asilo da lontano*, in *QuestioneGiustizia*, Diritti senza confini, 12.9.2022.
- Nascimbene B., *Nationality Law and the Law of Regional Integration Organisation Towards New Residence Status?*, Leiden, Brill, 2022.
- Nuselovici A., *Diritto d'esilio. Per una politicizzazione della questione migratoria*, Pisa, Astarte, 2022.
- Omizzolo M., *Per motivi di giustizia*, Busto Arsizio, People, 2022.
- Pompeo P.F., *Protezione internazionale e vittime di tratta. Valutazione di credibilità, dovere di cooperazione istruttoria e forme di protezione*, in *QuestioneGiustizia*, Diritti senza confini, 12.5.2022.
- Randone N. (a cura di), *Anteo. La questione dei migranti. La questione ecologica*, Francofonte, Stampeacontatto, 2022.

- Rigo E., *La straniera. Migrazioni, asilo, sfruttamento in una prospettiva di genere*, Roma, Carocci, 2022.
- Rubini A., *Movimenti migratori e educazione interculturale*, in *Education Sciences & Society*, 2022, n. 1.
- Sanfrancesco A. (a cura di), *Accogliere e integrare. Analisi comparativa delle politiche pubbliche di accoglienza in Europa*, Roma, Futura editrice collana Materiali, 2022.
- Scocco M., *Famiglie, generazioni e percorsi migratori. La re-invenzione di pratiche culturali nello spazio del quotidiano*, Milano, FrancoAngeli collana Politiche migratorie, 2022.
- Sorrenti G., *Il principio di eguaglianza nella CEDU e le sue ricadute interne*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 2.
- Sorgoni B., *Antropologia delle migrazioni: l'età dei rifugiati*, Roma, Carocci, 2022.
- Talamo G., *Migrazioni climatiche*, Milano, FrancoAngeli collana Sociologia, 2022.
- Thym D. and Odysseus Academic Network (Eds.), *Reforming the Common European Asylum System: Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden-Baden, Nomos, 2022.
- Tizzi G., *Ragazzi sospesi: i neomaggiorenni minori stranieri non accompagnati verso l'autonomia*, Milano, FrancoAngeli, 2022.

Rapporti, riviste e siti Internet

- Committee of the Regions, *EU Annual Report on the State of Regions and Cities*, October 2022.
- 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 the Report on Migration and Asylum*, 6.10.2022.
- Fondazione Leone Moressa, *XII Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, 2022.
- IDOS, *Dossier Statistico Immigrazione*, 2022.
- Mondi migranti, 2022, n. 2, *L'inconsistenza dei diritti. Il grave sfruttamento del lavoro migrante in Italia*.

Table of contents

2022 - Volume 6

ISSUE no. 3

Editorial, *Lorenzo Trucco*

Articles

The principle of non-refoulement and environmental migration: a legal analysis of regional protection instruments

Chiara Scissa

Towards the Reform of the Schengen Border Code: the internal borders put to the test of a new key role for informal readmissions

Emanuela Pistoia

The reform of the visa information system: hovering out the security needs of the Schengen area and the protection of visa applicants

Simone Marinai

Age assessment of asylum seekers in “second arrival” countries: *in dubio prosoftware?*

Luca Alessandria

It's easy to say special. Special protection two years after decree law 130/2020: a unitary institution still looking for a discipline, a residence permit that cannot fail to be convertible

Livio Neri

The legal status of foreign persons with disabilities. Research paths in the perspective of multiple discrimination

Giuseppe Arconzo

Unmarried couples and the right of residence of the foreign partner of an Italian or European citizen

Paolo Morozzo della Rocca

Domestic violence and conjugal rape in the laws of Bangladesh, Egypt, Morocco and Pakistan
Deborah Scolart

Comments

Facilitation of irregular immigration vs. smuggling of migrants: Is this dichotomy relevant to the interpretation of art. 12 TUI? (Reasoning about Constitutional Judgment No. 63/2022)
Alessandro Spina

Fundamental rights and distribution of jurisdiction. Comment on Cass. civ. S.U. 15.2.2022, n. 4873 about the right to health of asylum seekers hosted in the CAS
Nicoletta Vettori

Economic migration and highly qualified employment: Directive 2021/1883/EU
Monica McBritton

Overview of European case law

(1 May 2022 – 31 August 2022)

European Court of Human Rights

Court of Justice of the European Union

Overview of Italian case law

European observatory

(1 May 2022 – 31 August 2022)

Italian observatory

(1 May 2022 – 31 August 2022)

Reviews and research materials